

## CAPÍTULO CUARTO

### OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I.	Generalidades .....	215
II.	Las leyes, con especial referencia a las electorales, a las pre-supuestarias y a las Constituciones locales .....	220
III.	Tratados internacionales .....	243
IV.	Las reformas constitucionales .....	256
	1. La posibilidad de su control (formal) de constitucionalidad para evitar un Caballo de Troya (in)constitucional .....	256
	2. La posibilidad de su control material de constitucionalidad ..	269

## CAPÍTULO CUARTO

# OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

## I. GENERALIDADES

Aunque el número II del artículo 105 constitucional comienza diciendo que la acción de inconstitucionalidad procederá contra “normas de carácter general”,<sup>387</sup> de lo cual podría deducirse inicialmente una extraordinaria amplitud en la configuración del objeto de la acción de inconstitucionalidad, que bien podría incluso llegar a desvirtuarla por desbordamiento, es lo cierto que el propio precepto precisa y delimita en la regulación ulterior ese objeto, concretándolo —conforme a un sistema restrictivo de *numerus clausus*— en las siguientes “normas generales”: a) las leyes, sean éstas federales, estatales o del Distrito Federal; b) los tratados internacionales.

Los sujetos legitimados para interponer la acción, como ya hemos visto, no son los mismos respecto de todas las normas, sino que varían en función precisamente de cuál sea la naturaleza de la norma a impugnar, de tal forma que existe una estrecha relación entre el objeto y la legitimación, como es por otra parte natural. Un cuadro orientativo de los sujetos legitimados y el objeto (tipo de normas generales) que éstos pueden impugnar es el siguiente:

<sup>387</sup> Así, en la acción de inconstitucionalidad 2/97 de 13 de febrero, se sobresee el proceso en cuanto que del análisis integral del escrito de demanda se deduce que se combaten actos concretos, sin que en ningún momento se cuestione disposición general alguna por contravención de la Constitución federal.

	33% CD	33% CS	33% Lgra	33% D.F.	PGR	PP <sup>388</sup>
Ley Federal	sí	sí	no	no	sí	sí
Ley Estatal	no	no	sí	no	sí	sí
Tratados int.	no	sí	no	no	sí	no
Ley del D.F.	no	no	sí	sí	sí	sí

33% CD = 33% de los miembros de la Cámara de Diputados.

33% CS = 33% de los miembros de la Cámara de Senadores.

33% Lgra = 33% de los miembros del órgano legislativo estatal.

33% D.F. = 33% de los miembros de la Cámara de Representantes del Distrito Federal.

PGR = Procurador general de la República.

PP = Partidos políticos.

Lo que no puede suscitar dudas, al margen de su acierto o desacierto, es que sólo las leyes formalmente tales están sujetas al control de constitucionalidad por medio del instituto procesal aquí estudiado y ello sólo respecto de las *leyes aprobadas, promulgadas y publicadas en la fecha de entrada en vigor de la LR105*.<sup>389</sup> Ello excluye no sólo a los actos<sup>390</sup> y a los reglamentos administrativos,<sup>391</sup> a los que en seguida nos referiremos, sino también a las normas con fuerza de ley que, por delegación extraordinaria y excepcional del Congreso de la Unión, puede aprobar el Ejecutivo en las dos hipótesis contempladas en el artículo 49 de la Constitución, por relación con los artículos 29 (situaciones de emergencia: casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o grave peligro o conflicto para la sociedad) y 131 (algunos aspectos relacionados con el comercio exterior, la economía del país y la estabilidad de la producción nacional) del mismo texto legal; aunque sí pueden ser objeto de control por esta vía las “prevenciones genera-

<sup>388</sup> Los partidos políticos sólo pueden impugnar leyes electorales, y en el caso de los de ámbito estatal sólo pueden impugnar las leyes electorales de su propio Estado. Igual limitación territorial rige para las legislaturas locales.

<sup>389</sup> Tampoco puede suscitar dudas que no cabe este control respecto de leyes anteriores a la reforma constitucional de 1994, solución prudente y comprensible, en cuanto que no hay un cambio de régimen, como sí lo hubo en Italia con la Constitución de 1947, en Alemania con la Ley Fundamental de 1949 o en España con la Constitución de 1978.

<sup>390</sup> En concreto, respecto del ámbito electoral, ha sostenido la Suprema Corte la tesis de que la acción de inconstitucionalidad “procede contra normas generales y no contra actos de aplicación emitidos por las autoridades electorales”. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XI, junio de 2000, p. 339, Acción de inconstitucionalidad 5/2000.

<sup>391</sup> Mateos Santillán, Juan José, “La reinstauración de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, núm. 1, enero-abril de 1995, p. 64.

les” del decreto de suspensión de garantías a que se refiere el artículo 29 cuando las apruebe el Congreso (pero no la Comisión Permanente), así como la aprobación (o rechazo) por el Congreso del uso que haga el Ejecutivo de la facultad a que se refiere el propio artículo 131 en su parte final.<sup>392</sup> Resultan asimismo excluidas las normas de valor legislativo que el propio Ejecutivo puede dictar en el específico supuesto del artículo 27 constitucional, en que se concede al presidente de la República, directamente y no por delegación del Congreso, facultad legislativa para reglamentar la extracción y utilización de las aguas del subsuelo “que pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales” por el dueño del terreno donde broten, así como para establecer zonas vedadas respecto de dichas aguas y de las de propiedad nacional. Quedan asimismo excluidas de la impugnación por la acción de inconstitucionalidad las normas con fuerza de ley que los gobernadores de los estados puedan emitir en ejercicio de las facultades extraordinarias que les hayan podido ser otorgadas a estos efectos por las legislaturas.

No se han respetado así las consideraciones que ya hiciera Kelsen, y que nos parecen enteramente vigentes aún hoy en día: “la jurisdicción del órgano de justicia constitucional no debe limitarse al control de constitucionalidad de las leyes”, sino que debe, sobre todo, extenderse “a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución cuya regularidad consiste exclusivamente” “en su constitucionalidad”, que es el caso fundamentalmente de los Reglamentos o Decretos de necesidad, respecto de los cuales

el control de constitucionalidad es tanto más necesario cuanto que, al autorizarlos la Constitución sólo bajo ciertas condiciones rigurosas, el peligro de un empleo inconstitucional de los mismos es tanto mayor. En efecto, la experiencia enseña que, aunque la Constitución autorice estos reglamentos de necesidad, su constitucionalidad es siempre, con razón o sin ella, contestada apasionadamente. Es, por todo ello, importante que exista, para decidir estas controversias, un órgano supremo cuya objetividad esté fuera de discusión, especialmente si, por exigirlo las circunstancias, dichos Decretos inciden en sectores importantes.<sup>393</sup>

Por lo que a los *reglamentos* se refiere, debe distinguirse entre los reglamentos ejecutivos, que son aquellos que se dictan con el fin de per-

<sup>392</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 81, p. 122.

<sup>393</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, pp. 177 y 178.

mitir la mejor aplicación y ejecución de una ley del Congreso preexistente y que únicamente detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales; y, por otro lado, los reglamentos independientes, que son los que autoriza la misma Constitución sin necesidad de que exista una ley del Congreso para que puedan ser dictados. Respecto de estos últimos, como nos recuerda Bachof en un discurso rectoral de 1959 que ha devenido clásico (*Grundgesetz und Richtermacht*), “la administración se ve directamente confrontada con la Constitución”,<sup>394</sup> con lo cual el único parámetro para enjuiciar su validez es la Constitución misma, mientras que respecto de los primeros (la inmensa mayoría) el juicio de contraste puede y debe hacerse no sólo respecto de la Constitución, sino también respecto de la ley o, en su caso, de los reglamentos de jerarquía superior. En cualquier caso, ese juicio de contraste corresponderá hacerlo a los jueces y tribunales por vía de amparo, no siendo en cambio posible la impugnación de reglamentos por la vía de acción de inconstitucionalidad, si bien ello no impide que la Suprema Corte pueda conocer de la constitucionalidad de esos reglamentos por la vía de la controversia constitucional, vía por la que también podrá decretarse la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, con efectos *erga omnes*.

La cuestión se plantea en otros términos respecto a los *reglamentos parlamentarios*, pues si bien en diversos países se ha discutido su naturaleza legislativa, en México es ésa una cuestión cerrada por el propio texto constitucional que, tras la reforma de 1977, atribuye en su artículo 70 competencia al Congreso de la Unión para que expida su propia *ley orgánica* para regular su estructura, organización y funcionamiento: el Reglamento parlamentario es, sin duda posible, una ley y, por ello mismo, está sujeta al control por esta vía. La Suprema Corte ha admitido la impugnación de las Ley Orgánica del Congreso del Estado de Morelos a través de la acción de inconstitucionalidad, sin que sea óbice para ello “el hecho de que la ya invocada ley orgánica únicamente sea aplicada a los miembros que integran el citado Congreso, puesto que su aplicación no se agota con la actual legislatura y los miembros que la integran, sino que se aplicará a las subsecuentes legislaturas y a todas aquellas personas que integren el Congreso del Estado de Morelos”,<sup>395</sup> aunque esta última argumentación no resulta en modo alguno convincente, pues si su

<sup>394</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 45, p. 43.

<sup>395</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo IX, febrero de 1999, p. 288, Acción de inconstitucionalidad 1/98.

aplicación se agotara en la actual legislatura (por ejemplo, una disposición transitoria o provisional de esa ley) difícilmente podría excluirse su control a través de la acción de inconstitucionalidad, a nuestro modo de ver y ni siquiera podría decirse que no fuese una norma general.

Por último, se plantea la cuestión de si pueden ser objeto de la acción federal de inconstitucionalidad las omisiones legislativas inconstitucionales. Deben diferenciarse las omisiones del legislador o silencios de la ley (omisiones relativas) y las omisiones de ley o silencios del legislador (omisiones absolutas). En el segundo caso, se trata de que hay una ausencia total de ley que regule una determinada materia, pese a que la Constitución exige que exista esa ley (por ejemplo, una ley que proteja la vida creando los correspondientes tipos penales de homicidio). En el primer caso, hablamos de omisión relativa porque realmente existe una ley que regula la materia de que se trate, estribando la inconstitucionalidad en su carácter incompleto, defectuoso (por ejemplo, una ley atribuye determinados derechos a los hijos matrimoniales, pero “omite” otorgar esos derechos a los extramatrimoniales). Pues bien, desde nuestro punto de vista, resulta claro que las omisiones absolutas (de ley; “silencios del legislador”), en la hipótesis de que existan, no pueden controlarse a través de esta vía procesal-constitucional. La cuestión se plantea en términos radicalmente distintos respecto de las omisiones legislativas relativas (“silencios de la ley”), pues en este caso existe una ley, aunque sea deficiente o incompleta, y la misma puede impugnarse para achacarle una “omisión del legislador” al regular la materia en cuestión. En este sentido, no nos cabe duda que la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte que rechaza el conocimiento de las omisiones legislativas se refiere a las omisiones absolutas y no, en ningún caso, a las relativas, lo que, sin embargo, convendría precisar convenientemente en el futuro. Esa tesis jurisprudencial dice:

Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente en contra de la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a una constitución local. A través de este medio de control constitucional no pueden impugnarse actos de carácter negativo de los Congresos de los Estados, como lo es la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a la Constitución Local, por no constituir una norma general que por lo mismo no se ha promulgado ni publicado, los cuales son presupuestos indispensables de la acción. Lo anterior se infiere de la interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso *d*), de la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos, y 61 de la ley reglamentaria de la materia, en los que se prevé la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que en contra de leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados, promuevan el equivalente al treinta y tres por ciento de sus integrantes, ya que se exige como requisito de la demanda el señalamiento del medio oficial de publicación, puesto que es parte demandada no sólo el órgano legislativo que expidió la norma general, sino también el Poder Ejecutivo que la promulgó; de esta forma, no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad cualquier acto de un órgano legislativo, sino que forzosamente debe revestir las características de una norma general, y que además, ya haya sido publicada en el medio oficial correspondiente”.<sup>396</sup>

## II. LAS LEYES, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS ELECTORALES, A LAS PRESUPUESTARIAS Y A LAS CONSTITUCIONES LOCALES

Quedan sujetas a control todo tipo de leyes formalmente tales, es decir, no sólo las leyes de la Federación aprobadas por el Congreso de la Unión, sino también las leyes de los diferentes Estados aprobadas por sus respectivos órganos legislativos, así como las leyes que el Congreso de la Unión apruebe para el Distrito Federal.<sup>397</sup> Todas ellas están sujetas al control por vía de la acción de inconstitucionalidad, si bien —como hemos visto— la legitimación para interponer frente a ellas la acción de inconstitucionalidad es distinta en cada caso.

Aquí han de incluirse, en particular, las Constituciones locales, pues si bien es tesis jurisprudencial la de que “las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de estas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien de tratados internacionales”,<sup>398</sup> también lo es que la acción de inconstitucionalidad “es procedente para impugnar Constituciones locales, al ser éstas normas de carácter general y estar subordinadas a la Constitución federal”, ya que dentro del concepto de “normas generales” han de comprenderse “todas las disposiciones de carácter general

<sup>396</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XV, marzo de 2002, p. 995, Reclamación 619/2001, deducida de la acción de inconstitucionalidad 34/2001, Tesis jurisprudencial 16/2002.

<sup>397</sup> A las reformas constitucionales como leyes sujetas a esta vía de control aludiremos más adelante.

<sup>398</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo IX, abril de 1999, p. 257, Acción de inconstitucionalidad 4/98.

y abstracto, provenientes de órganos legislativos”, y en concreto no resultaría admisible la exclusión de control por esta vía de las Constituciones locales pues, aunque los estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones “en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal” (Ley Suprema), por mandato expreso de la Constitución federal, por lo que no puede aceptarse una exclusión de control por esta vía que “implicaría que estos ordenamientos locales pudieran escapar del control abstracto de su subordinación con respecto a la Constitución federal”.<sup>399</sup>

También resulta polémico si pueden ser objeto de control a través de la acción de inconstitucionalidad los Presupuestos de Egresos (aprobados mediante ley). La cuestión se planteó ante la Suprema Corte, que la resolvió mediante Sentencia de 28 de mayo de 1998, en el marco de la acción de inconstitucionalidad 4/1998, dando lugar a la tesis 23/99, con un voto disidente de tres ministros. La Corte no entró al fondo del asunto planteado basándose en que la norma impugnada no es controlable por la vía de la acción de inconstitucionalidad, pues para determinar la procedencia de ésta hay que atender no sólo a la designación del acto impugnado en el momento de su creación, sino también a su contenido material, para ver si se trata en efecto de una norma de carácter general, partiendo de la doctrina de que “la ley regula situaciones generales, abstractas e impersonales” y no “situaciones jurídicas particulares y concretas” e individuales y no se agota en sí misma, sino que permanece

<sup>399</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 447, Acción de inconstitucionalidad 9/2001. También es tesis jurisprudencial que “las resoluciones de la suprema corte de justicia de la nación que declaran la invalidez de normas generales emitidas por los órganos legislativos estatales, no vulneran ni restringen la soberanía de los estados. De la interpretación de lo dispuesto en los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se infiere que ésta es la Ley Suprema de toda la Unión y si bien los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones en ningún caso podrán contravenir las disposiciones establecidas en aquélla. Por tanto, la decisión de fondo que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer de las acciones de inconstitucionalidad previstas en el artículo 105, fracción II, de la citada Constitución Federal, en el sentido de declarar la invalidez de normas generales emitidas por los órganos legislativos locales, no vulnera ni restringe la soberanía de los Estados miembros de la Federación, toda vez que al integrarse en un Pacto Federal, quedaron obligados a su respeto y a no contravenirla ante todo en las Constituciones locales, por imperativo propio del mencionado artículo 41, máxime si se toma en consideración que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control garante de ese respeto”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, Acción de inconstitucionalidad 9/2001, Tesis jurisprudencial 17/2001.



después de su aplicación y se aplica cuantas veces se da el supuesto jurídico por referirse a un número indeterminado e indeterminable de casos e ir dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. La Corte sostiene que los Presupuestos son, materialmente, un acto administrativo por no participar de la generalidad “como característica esencial” de una ley, además de que no otorgan competencia alguna, pues incluso cuando así lo pueda parecer, en realidad sólo reiteran competencias atribuidas por las leyes respectivas.

Por nuestra parte, no podemos compartir ni el criterio de la Corte, ni tampoco el del voto disidente, pues en ambos casos el punto de partida es, en nuestra opinión, errado, completamente. Incluso el voto particular o disidente parte también del dogma de la generalidad de la ley (aunque se afirma, frente a la mayoría, que tal cualidad de “norma general” la tienen los presupuestos), dogma que responde a una concepción superada hace tiempo por la mejor doctrina y que hoy es ya sólo eso en la mayor parte de los países: un dogma que no responde a la realidad de cualquier Estado constitucional contemporáneo. La cuestión no es, no era entonces, la de si los Presupuestos son o no una norma general, pues la generalidad no es ninguna característica intrínseca de la ley en ningún país, y la doctrina que así lo consideraba hace ya mucho tiempo que está completamente superada, por lo que la sentencia de la Corte y el voto disidente no pueden sino causar asombro, francamente.

La más prestigiosa doctrina administrativista española lo ha expresado con toda claridad y contundencia. La ley

es un mandato normativo. Puede ser, y es lo corriente, un mandato preceptivo general, pero puede ser también un mandato singular o excepcional. El dogma de la generalidad de la Ley podrá expresar una directiva política, pero carece de consistencia como requisito técnico. De hecho son usuales y, por supuesto, valen como Ley, que es lo que importa, preceptos singulares y específicos, para supuestos únicos o para sujetos también concretos, entre ellos los casos de “derogaciones singulares”, que suponen apartar de la regla común general a uno o varios casos especiales. Quizás el ejemplo más importante sea la Ley aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado (artículo 134 de la Constitución)... En este sentido puede sostenerse que todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto a su eficacia, en cuanto a la fuerza de Ley, lo cual puede justificarse por tres razones. Primero, porque no hay acto administrativo sin Administración que lo produzca y el poder legislativo

actuante como tal no es nunca una Administración, ni órgano de la misma, como ya nos consta. Segundo, porque cuando se produce una “derogación singular” se está delimitando en plano ordinamental el ámbito de aplicación de la norma común exceptuada y poniendo en su mismo nivel, aunque con un ámbito aplicativo mucho más reducido (eventualmente, reducido a un supuesto único), la norma privilegiada. Lo relevante de una Ley para ser calificada como tal es que su contenido pueda ser atribuido, mediante la técnica de la representación, a la voluntad general (Rousseau) expresada en el Parlamento; si se cumple esa característica, cualquiera que sea su contenido, es una Ley. Se busca así legitimar una decisión de creación del Derecho como creación irresistible y suprema en cuanto aceptada como tal por los propios destinatarios. Esto es, justamente, lo que se expresa en el concepto tradicional de “fuerza de ley” y lo que continúa siendo la nota básica de la Ley, la que la caracteriza entre todas las demás fuentes del Derecho. Por eso se dice expresivamente en el constitucionalismo inglés que “la Ley lo puede todo, menos cambiar a un hombre en mujer”; quiere indicarse todo lo que no sea físicamente imposible: puede establecer mandatos generales o particulares; puede ordenar para el futuro o retroactivamente; puede quebrantar o rescindir una relación constituida o puede crear una nueva donde no existía; puede poner término a un proceso o reabrir uno fenecido. Ningún órgano podrá resistirse al mandato de la Ley, todos le están expresamente sometidos por lo mismo que en la Ley tienen basada todos su propia competencia... Sólo el llamado control de la constitucionalidad, allí donde se admite... podrá erigirse en límite jurídico de la Ley.<sup>400</sup>

El más prestigioso civilista español del siglo pasado, por su parte, ya se refirió también a la cuestión de la “generalidad” de la ley en un Tratado hoy clásico (uno de los libros jurídicos españoles más importantes del siglo pasado), considerando que estábamos sólo ante un “supuesto” requisito de la ley:

Se ha sostenido por la doctrina francesa que la ley se establece en permanencia, para un número indeterminado de casos, y que toda decisión de la autoridad pública que no deba ejecutarse más que una sola vez, no es una ley, sino un acto de administración. Su origen está en el intento de poner un límite formal a los excesos del absolutismo, condenando

<sup>400</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 136 y 144.

los privilegios y la arbitrariedad, que amenazaban a la libertad y propiedad de los ciudadanos. Buen propósito sin posible éxito, pues aun logrando que “la ley considere a los súbditos corporativamente y a las acciones en abstracto” [Rousseau], no queda garantizada su libertad. La ley, normalmente será general, pero, como ya demostrara Suárez al tratar del privilegio, no precisa tener un objeto general o determinado de manera abstracta (*lex generalis*), sino que puede tener uno individualmente concretado (*lex specialis*)... La generalidad que debe tener la ley no es la de su objeto o contenido ni la indeterminación del número de actos a regular, sino que hace referencia a su finalidad general (bien común) y a su general eficacia (deber general de respeto)”.<sup>401</sup>

Es verdad que en el siglo XIX existió una polémica sobre la naturaleza jurídica del Presupuesto que dio lugar al surgimiento de una distinción, hoy clásica aunque ampliamente superada, entre leyes formales y leyes materiales. De Castro nos lo explica así:

El choque producido al encontrarse obligada la doctrina de Derecho político a admitir como leyes a todas las disposiciones dictadas por el Poder legislativo, con arreglo a las disposiciones constitucionales sobre el nacimiento de las leyes, cualquiera que fuese su contenido, en contradicción con el dogma rousseaiano de la generalidad de las leyes, hará admitir dos tipos de leyes: las formales, con sólo exterioridad de ley, y las materiales, que poseían, además, el carácter de generalidad.

Esta distinción la introduce von Stockmar (1867), pero es luego en 1871 Laband quien la precisa y desarrolla, alcanzando amplia repercusión. “Se llama ley en sentido material al ‘mandato jurídico obligatorio de una disposición jurídica’, sobreentendiéndose la generalidad del objeto dentro del concepto de norma, y ley en sentido formal, a cualquier manifestación de la voluntad del Estado hecha ‘por el camino de la legislación’. El valor práctico de estas afirmaciones estaba en que, si se separaba del concepto de leyes en sentido material a todas las que no creaban de modo inmediato derechos y obligaciones para los ciudadanos y se delimitaba el Poder legislativo, haciéndolo competente sólo para la legislación en sentido material, se obtenía la consecuencia importantísima de que no correspondía al Poder Legislativo (Parlamento), sino que era atribución exclusiva del Poder Ejecutivo (el monarca) el dictar las disposiciones relativas a la organización del

<sup>401</sup> Castro, Federico de, *Derecho civil de España, parte general*, Madrid, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 355.

Estado y, en especial, lo que era objeto del debate político, la confección del Presupuesto del Estado”.<sup>402</sup>

Hoy son muchos en la doctrina francesa e italiana los que siguen considerando que la Ley de Presupuestos es una ley sólo formal, no materialmente, aunque discrepen luego en qué es entonces materialmente dicha Ley de Presupuestos. Pero aun con lo relativamente cuestionable que ello puede resultar si se piensa que la Ley de Presupuestos es requisito indispensable nada menos que para el funcionamiento real de toda la Administración y estructura organizativa del Estado (y en este sentido, es un complemento indispensable de las leyes de organización, que evita que éstas sean letra muerta, hasta el punto de que un sector muy acreditado de la doctrina fiscalista española considera que es una ley de organización en sentido amplio), lo que importa destacar es que *lo que no se cuestiona es que la ley de presupuestos sea una ley, aunque sólo sea formal* o, al menos, ello no debería cuestionarse, pues tanto una interpretación sistemática como teleológica e histórica no pueden llevar sino a esa conclusión.<sup>403</sup> Y por ello mismo, ha de reconocérsele, sin duda, la “fuerza de ley” correspondiente; y también ha de admitirse su controlabilidad, en cuanto a su conformidad con la Constitución, a través de la acción de inconstitucionalidad, como es propio de las leyes. Así se admite en España o Alemania, por ejemplo,<sup>404</sup> pues no puede aceptarse que las leyes de contenido presupuestario sean “inmune(s) al control de la jurisdicción constitucional”.<sup>405</sup>

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>403</sup> Sobre la naturaleza de los presupuestos en México, con referencias al derecho comparado, y poniendo de relieve como en prácticamente todos los países se les reconoce la naturaleza jurídica de una ley, aunque considerando que en México tiene, lamentablemente, naturaleza administrativa, véase el interesante estudio interdisciplinar de Gutiérrez, Jerónimo; Lujambio, Alonso, y Valadés, Diego, *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder. El caso mexicano en perspectiva histórica y comparada*, México, UNAM, 2001, pp. 80 y ss. Véase también Mijangos Borja, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del Presupuesto”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 82, enero de 1995 y Paoli Bolio, Francisco José, “La Constitución y el presupuesto”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Economía y Constitución. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional IV*, México, UNAM, 2001, pp. 91 y ss.

<sup>404</sup> Para Alemania, véase BVerfGE 99, 57.

<sup>405</sup> STC 3/2003, de 26 de enero, FJ 1. Sobre la controlabilidad constitucional de los presupuestos, véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional español 13/1992, de 6 de febrero y 11/1996, de 10 de febrero.

Nada de ello se plantea en términos distintos en el caso mexicano. Y el que el artículo 105.III<sup>406</sup> de la Constitución mexicana se refiera a “normas de carácter general” en su enunciado inicial no es obstáculo para ello si esa referencia se interpreta sistemáticamente y con sentido común, pues esta prescripción no puede interpretarse en el sentido restrictivo de que las normas que luego dicho precepto concreta como posible objeto de la acción (leyes y tratados internacionales) sólo podrán impugnarse cuando sean de carácter general. Esta interpretación es tan enrevesada como tergiversadora. La utilización del concepto de “norma de carácter general” en el inciso primero del artículo 105.II se explica, mucho más sencillamente, porque es un concepto genérico que, a falta de otro posible, abarca (y no sólo, por cierto) tanto a las leyes como a los tratados internacionales, que son los posibles objetos de la acción, como luego se encarga de precisar el propio precepto con toda claridad. Y es que la generalidad es una característica común u ordinaria de las leyes y tratados internacionales, aunque no un elemento esencial constitutivo de los mismos como se pretende en la sentencia y en el propio voto disidente, y es por ello por lo que, con toda normalidad, dentro del concepto de “normas generales”, sin mayores precisiones, se entienden comprendidos por la doctrina de todos los países a las leyes y a los tratados internacionales (y también a los reglamentos o decretos,

<sup>406</sup> “Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de *leyes federales o del Distrito Federal* expedidas por el Congreso de la Unión; b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de *leyes federales o del Distrito Federal* expedidas por el Congreso de la Unión o de *tratados internacionales* celebrados por el Estado Mexicano; c) El Procurador General de la República, en contra de *leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales* celebrados por el Estado Mexicano; d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de *leyes* expedidas por el propio órgano; e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de *leyes* expedidas por la propia Asamblea, y f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de *leyes electorales federales o locales*; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de *leyes electorales* expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro...”.

por cierto), lo cual no significa que todas las leyes y tratados sean, siempre y en su integridad, “generales”. Pero si el precepto utiliza en su primer inciso el concepto de “normas generales” en este sentido genérico, por así decirlo, comprensivo tanto de las leyes como de los tratados internacionales, lo importante es que luego concreta, ahora ya sí con un marcado y preciso sentido técnico, qué normas pueden impugnarse (¿y cuáles no, sean o no “normas generales”!) a través de la acción de inconstitucionalidad y tales normas son las leyes y los tratados internacionales, sin que aquí quepa luego establecer restricciones sobre la base de verdaderos prejuicios dogmáticos sobre la “generalidad” de las leyes (que a veces, por lo demás, puede ser una cuestión sobre todo de redacción, abstracta o no), un dogma además hoy enteramente superado en todos los Estados constitucionales y que, en absoluto, puede entenderse anacrónicamente asumido por el artículo 105 de la Constitución.

Piénsese, por otra parte, en fin, en lo paradójico que resulta admitir —como hay que admitir si se sostiene que sólo las leyes (federales o locales) y tratados internacionales “generales” pueden impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad— que basta al legislador con prescindir de la generalidad para eludir el control a través de la acción de inconstitucionalidad, pues con ello se eludiría este control justamente en algunos de los supuestos en que el riesgo de arbitrariedad, injusticia y actuación inconstitucional por parte del legislador es mayor (leyes de caso único, por ejemplo). Precisamente porque la generalidad es, o ha de ser, una característica común u ordinaria (aunque no esencial o constitutiva) de las leyes y tratados internacionales, las leyes que no sean generales han de ser susceptibles, con mayor razón si cabe que las generales, de control a través de las acciones de inconstitucionalidad. Esa “burla” del específico sistema de control constitucional cuidadosamente construido por el Constituyente en el artículo 105.II de la Constitución, y precisamente respecto de las leyes que no sean generales (que son las que hay que controlar con mayor razón), es algo que no puede haber sido querido por éste, ni puede admitirse en una interpretación sistemática, y a la luz del principio vertebrador del sistema jurídico-constitucional mexicano de la supremacía constitucional, de la Constitución.

En el ámbito comparado, se reconoce la controlabilidad de los Presupuestos a través de la acción de inconstitucionalidad, aun cuando se

les considere todavía hoy como una ley “sólo” en sentido formal por no contener regulaciones abstractas y generales con efecto externo (así, la doctrina dominante en España o Alemania). Así, el Tribunal Constitucional español señaló ya en su temprana Sentencia 63/1986, frente a las pretensiones de la Abogacía del Estado que alegaba “falta de idoneidad” del objeto de la acción o recurso de inconstitucionalidad por impugnarse una Sección de la Ley de Presupuestos que no era (a su juicio) ningún precepto o texto legal que pueda ser impugnado en esa vía:

Con su argumentación [el Abogado del Estado] parece dar a entender que sólo el articulado y no los estados de gastos e ingresos de las Leyes de Presupuestos sería susceptible de impugnación... A este respecto es preciso señalar, sin embargo, que el contenido de los Presupuestos Generales del Estado integra, junto con su articulado, la Ley de Presupuestos Generales del Estado y que, por lo que se refiere a los estados de autorización de gastos, cada una de las Secciones presupuestarias —que contiene los créditos destinados a hacer frente a las correspondientes obligaciones del Estado— adquiere fuerza de ley a través de la norma de aprobación incluida en el artículo 1o. de las respectivas Leyes de Presupuestos. Y no pierde tal carácter por el hecho de que para su comprensión, interpretación e incluso integración, sea preciso acudir a otros preceptos, tal como ocurre con muchas normas jurídicas... No cabe, pues, afirmar que la pretensión de anulación, por parte del Gobierno Vasco, de la Sección 33 del estado de gastos de los Presupuestos Generales del Estado no constituya un “objeto idóneo” de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad.<sup>407</sup>

En suma, no se trata de si el presupuesto del Estado (federal o federado) es o no una “norma general” en sentido estricto, que no lo es seguramente, sino de si es una ley o no lo es, pues si lo es, puede impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad, y éste era el caso de la acción de inconstitucionalidad 4/98, en contra de lo que entendió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a nuestro juicio.

<sup>407</sup> STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5; STC 76/1992, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 4a: “...los Presupuestos —en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos— y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de ley, y es objeto idóneo de control de constitucionalidad”. Para Alemania, véase BVerfGE 20, 56, 86 (norma jurídica), 90 y ss. (las partidas presupuestarias de gastos como autorización normativa al gobierno para realizar gastos con determinado fin).

Pero, cerrada la cuestión de si hay, desde una perspectiva formal, algún tipo de ley excluido de este control, pueden suscitarse dudas respecto de si hay alguna exclusión desde una perspectiva material: si hay leyes, en suma, que por razón de su contenido o de la materia que regulan, quedan exentas de todo control de constitucionalidad por la vía procesal a que venimos refiriéndonos. Es claro, por lo pronto, que si quisiera excluirse alguna materia del objeto de la acción de inconstitucionalidad, tal excepción habría de constar expresamente en la Constitución —y el artículo 105 sería su sede natural— o, a lo sumo, deducirse de una manera clara y terminante de una interpretación sistemática de diversas prescripciones constitucionales.

El hecho de que el legislador de reforma haya incluido en la regulación originaria una excepción de la *materia electoral*, hoy suprimida, y la haya mencionado expresamente, para excluirla de manera terminante de todo control de la constitucionalidad, no es sino una confirmación de que sólo quería excluir esa materia y no ninguna otra. Al suprimirse por la reforma de 1996 la exclusión de la materia electoral, parece que todas las leyes, sin excepción posible y cualquiera que sea su contenido, están sujetas al control a través de la acción de inconstitucionalidad;<sup>408</sup> la única excepción que quiso inicialmente establecer el legislador de reforma, la introdujo expresamente y, derogada ya tal excepción, parece que no hay exclusión material de ninguna ley.

El único motivo que hoy podría buscarse para justificar una exclusión de ese tipo sería considerar que no nos encontramos ante una ley: el campo de discusión, por tanto, ha de venir referido ya no a las leyes excluidas, sino a si nos encontramos o no ante una verdadera ley en sentido formal,<sup>409</sup> con absoluta independencia, pues, de cuál pueda ser su contenido concreto.

<sup>408</sup> Cuestión distinta es que exista un plazo de treinta días para impugnar las leyes, a computar desde el día de su publicación, de tal forma que si esas leyes no se impugnan dentro del plazo devienen inimpugnables. Pero tales leyes no quedan en cuanto tales excluidas del objeto de la acción de inconstitucionalidad; sólo ocurre que, por razones de seguridad jurídica, a partir de un determinado plazo devienen “firmes”, por así decirlo, y no es posible ya hacer valer su inconstitucionalidad por esta vía, lo que sin embargo no excluye que, como es enteramente natural, sí pueda hacerse valer a través del amparo.

<sup>409</sup> Y claramente no son leyes ni los criterios jurisprudenciales, ni las disposiciones generales del Consejo de salubridad a que se refiere el artículo 73.XVI.1a, ni los decretos parlamentarios, ni la declaración senatorial de la desaparición de los poderes de un estado o la convocatoria a un periodo extraordinario de sesiones, supuestos a los



Por lo que se refiere a la exclusión inicial de las leyes electorales como objeto de la acción de inconstitucionalidad, debe señalarse que la misma motivó una muy severa crítica de la doctrina constitucional mexicana más autorizada, crítica que sin exageración puede decirse que fue generalizada,<sup>410</sup> casi unánime.

Así, Fix-Fierro juzgó que tal exclusión

no tiene ninguna justificación, como no sea un temor de la fuerza política dominante, que puede resultar contraproducente, pues se priva a sí misma de la posibilidad de impugnar leyes electorales donde sea minoría. Por otro lado, la improcedencia de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral puede traducirse en una pérdida de legitimidad de la Suprema Corte, cuando se achaque a ésta, y no a la reforma, falta de voluntad, o de imparcialidad, en el examen de la constitucionalidad de ciertas normas. Mientras esta anomalía se subsana, es necesario que la Corte haga una interpretación sumamente restrictiva de la excepción constitucional, precisamente por su carácter de tal.<sup>411</sup>

La anomalía a que Fix-Fierro se refería no tardó mucho, ciertamente, en subsanarse, pues la reciente reforma constitucional de agosto de 1996 a que nos hemos referido ya en un momento precedente, va a eliminar esa excepción,<sup>412</sup> por lo que las leyes electorales no van a tener

que confusamente alude Arteaga como “materias excluidas”; en rigor no lo son, simplemente no son leyes, lo cual es enteramente distinto. Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco*, México, Monte Alto, 1996, pp. 54 y 55.

<sup>410</sup> Flores Medina, Rubén Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 89; Castro y Castro, Juventino, *op. cit.*, nota 69, p. 262; Mateos Santillán, Juan José, *op. cit.*, nota 391, p. 65; Villanueva Gómez, Juan Manuel, “Algunas consideraciones en torno a la última reforma constitucional relativa a la impartición de justicia”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, núm. 1, enero-abril de 1995, pp. 31 y 32; Estrada Sámano, José Antonio, “Inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 19, núm. 19, 1995, p. 423 (quien habla de “isla inhabitada de los beneficios de la Justicia” constitucional); Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 13, p. 836; Barragán, José, *op. cit.*, nota 2, p. 318; y categóricamente, García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, p. 996.

<sup>411</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 9, p. 54.

<sup>412</sup> Otras disposiciones constitucionales, también tras esta reforma, introducen significativas innovaciones en una línea de plena juridificación de la materia electoral, tendentes a lograr un sistema completo de garantías electorales. Así, por ejemplo, el

una regulación especial respecto de las demás leyes, federales o estatales en este ámbito, sino que son impugnables por vía de acción de inconstitucionalidad en los mismos términos que éstas, sin perjuicio de la legitimación especial o específica de los partidos políticos, a que ya hemos aludido, para impugnar las leyes electorales, con lo cual dichas leyes ya no quedan excluidas del control de constitucionalidad, sino que éste resulta particularmente reforzado frente a ellas.

La exclusión originaria de la materia electoral resultaba, por lo demás, incongruente con la voluntad manifestada en la iniciativa de reforma presidencial de “llevar *hasta sus últimas consecuencias* el principio de la supremacía constitucional”.<sup>413</sup>

Y, por otra parte, frente a cualesquiera alusiones a los riesgos que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de estas leyes pudiera entrañar, se erigía el contundente ejemplo de los principales modelos de jurisdicción constitucional, que conocen en sus respectivos países de la materia electoral. Era este el caso, y sigue siéndolo, de España,<sup>414</sup> Alemania,<sup>415</sup>

artículo 41.IV prescribe con carácter general: “Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación (sin efectos suspensivos) en los términos que señalen esta Constitución y la ley. Dicho sistema dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación, en los términos del artículo 99 de esta Constitución”.

<sup>413</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 81, p. 121, quien alude también a lo contradictorio que resultaba el que se otorgue legitimación a las minorías parlamentarias, como garantía adicional en el juego democrático, juego en el que el tribunal tiene el papel de árbitro, y se excluyese de todo control precisamente a las reglas de ese juego, más si cabe atendiendo al hecho de que las reglas electorales fundamentales se hallan establecidas en la propia Constitución (p. 122).

<sup>414</sup> Un análisis reciente de la jurisprudencia constitucional en materia electoral puede verse en: Torres del Moral, Antonio y Álvaro Xosé López Mira, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia electoral. Acotaciones críticas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996, pp. 9 y ss. En marzo de 1997, el Defensor del Pueblo ha recurrido una Ley de las Cortes Generales de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias en cuanto que eleva el porcentaje de votos mínimos para tener acceso a la Cámara legislativa autonómica; la cuestión no ha merecido más que una breve nota de prensa.

<sup>415</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de septiembre de 1990 del Tribunal Constitucional, por la que se resuelve que la ley electoral para las primeras elecciones generales tras la reunificación alemana es inconstitucional por cuanto contraría el principio de igualdad de oportunidades de los partidos en la antigua RDA en cuanto que preveía una barrera del 5 por ciento aplicable sobre el conjunto del territorio reunificado. El Tribunal señala, sin embargo, que no sería inconstitucional una barrera regionalizada

Italia,<sup>416</sup> Austria, Francia,<sup>417</sup> Portugal<sup>418</sup> y Estados Unidos,<sup>419</sup> entre otros muchos que podrían acaso citarse.<sup>420</sup> Era esta realidad, empecinada, el mentís más grande de cuantas justificaciones teóricas pudieran intentarse para esa exclusión.

Y si la propia realidad mexicana podía justificar alguna peculiaridad en materia de control de constitucionalidad de las leyes, no era precisamente en ese sentido absolutamente restrictivo, sino justamente en un sentido inverso, de intensificación del control de esas leyes, tal y como de alguna manera ha entendido el propio legislador de reforma constitucional sólo año y medio después de consagrar constitucionalmente esa originaria excepción.

Si había una verdadera voluntad de acabar con una hegemonía del PRI que ha llevado al escritor peruano Mario Vargas Llosa a hablar al respecto de la “dictadura perfecta”,<sup>421</sup> si había en suma una genuina

(una para la RFA y otra para la RDA), incluso aunque alcanzara la misma cifra. Para la jurisprudencia anterior, véase Christoph Sasse, “Germany”, en el colectivo Hand, Geoffrey; Georgel, Jacques, y Sasse, Christoph (eds.), *European Electoral Systems Handbook*, Butterworths, London, 1979, pp. 62 y 68 y ss.; y, especialmente, Piero, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986, pp. 266 y ss.; Landfried, Christine, *op. cit.*, nota 33, pp. 116 y ss.

<sup>416</sup> Amoroso, Mario, “Italy”, en el colectivo Hand, Geoffrey; Georgel, Jacques, y Sasse, Christoph (eds.), *op. cit.*, p. 160; Cuocolo, Fausto, *Principi di Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 428.

<sup>417</sup> Véanse las sentencias del Consejo Constitucional de 6 de diciembre de 1980 (Décision 90-280 DC), de 10 de enero de 1994 (D. 93-331 DC), y de 6 de julio de 1994 (D. 94-341 DC).

<sup>418</sup> Duarte Silva, A. E., “As inelegibilidades nas Eleições autárquicas”, *op. cit.*, nota 223, pp. 156 y ss.

<sup>419</sup> Véase, entre las sentencias más conocidas, Baker vs. Carr, 369 U. S. 186 (1962); Reynolds vs. Sims, 377 U. S. 533 (1964), sentencia que su ponente —nada menos que Earl Warren— consideraría en varias ocasiones el fallo más significativo de su carrera. Véase Denenberg, R.V., *op. cit.*, nota 80, pp. 93 y ss., y Conway, M. Margaret, *La participación política en los Estados Unidos* (traducción de Elsa Ruth Martínez Conde), México, Gernika, 1986, pp. 127 y ss.; Stanley Ingber, voz “elections”, en Kermit, L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1992, p. 248.

<sup>420</sup> En Argentina, por ejemplo, si bien inicialmente se consideró no justiciable la materia electoral, desde hace décadas que tal planteamiento ha sido abandonado. Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVIII, núm. 52, enero-abril de 1985, p. 51.

<sup>421</sup> Así, en su artículo “La revolución posmoderna”, *El País*, 11 de agosto de 1996, p. 9.

voluntad democratizadora del país, un paso inexcusable era que el control de constitucionalidad se extendiese, antes quizás que a ninguna otra materia, a las leyes electorales, a fin de instaurar así un mecanismo por medio del cual pudiesen impedirse o corregirse algunos de los más graves fraudes que de otro modo se hacían posibles en este campo, pues de poco sirve instaurar un control de la administración electoral si se deja en manos del partido mayoritario la regulación de todos sus principios básicos y estructurales sin posibilidad de contraste por una instancia independiente de esa regulación legal con los principios y normas constitucionales. No había garantías serias de respeto nada menos que por el legislador de las reglas de juego del proceso electoral que, cuidadosamente, había diseñado la Constitución.

No deja de ser significativo, por lo demás, que, pese a la prohibición de impugnación de leyes electorales, la primera acción de inconstitucionalidad se plantease precisamente en torno a una cuestión que la Suprema Corte iba finalmente a considerar “materia electoral”, para así excluir de su competencia el control de esa ley. En dicha sentencia, la Suprema Corte iba a sostener, entre otras cuestiones, lo siguiente:<sup>422</sup>

a) La interpretación de lo que debe entenderse por materia electoral ha de partir del derecho positivo vigente, y siguiendo un criterio hermenéutico de tipo sistemático y no la interpretación puramente literal, que debe descartarse de plano;<sup>423</sup>

b) Deben considerarse normas de carácter general que tienen como contenido la materia electoral “aquellas que establecen el régimen conforme al cual se logra la selección o nombramiento, a través del voto de los ciudadanos y dentro de un proceso democrático, de las personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal”;<sup>424</sup>

c) En concreto, los consejos de ciudadanos del Distrito Federal son órganos de gobierno y de la administración pública del Distrito Federal; y la postulación y registro de candidatos al cargo de consejeros ciudadanos, en cuanto que actos preparatorios de la elección, han de considerarse actos integrantes del proceso electoral pues, aunque sean

<sup>422</sup> Sobre el concepto de materia electoral, puede verse Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Acha, Luis Manuel, “El artículo 105 constitucional y el concepto de materia electoral”, *Lex*, 3a. época, año I, diciembre de 1995, núm. 6, pp. 5 y ss.

<sup>423</sup> Tesis CXXVII/95.

<sup>424</sup> Tesis CXXVI/1995.

previos al ejercicio del sufragio, lo cierto es que la diferencia que teórica o doctrinalmente pudiera establecerse entre el derecho a postular y la postulación en sí misma carece de apoyo en el derecho positivo, dado que el mentado derecho a postular “es un derecho que se pretende ejercer precisamente en el proceso electoral, sin que puedan desligarse del efecto o consecuencia que con él se busca, y que no es otro que el de intervenir en tal proceso”.<sup>425</sup>

Sea como sea, no es preciso hoy profundizar en ese fallo de la Suprema Corte ni en los muchos ejemplos que nos muestra el derecho comparado de control constitucional de la materia electoral como función absolutamente normal de los órganos de constitucionalidad, y ello porque las críticas doctrinales<sup>426</sup> aludidas con anterioridad, la opinión pública y el propio sentido común —si se nos permite decirlo así—, surtieron por fortuna un rápido y temprano efecto. Bastó, en efecto, con el curso apenas de año y medio desde la anterior reforma para que, con ocasión precisamente de una reforma electoral de la Constitución, el constituyente constituido se viese obligado a eliminar la exclusión de la “materia electoral” que hasta entonces afectaba a la acción de inconstitucionalidad.

En cualquier caso, es lo cierto que las leyes electorales son hoy susceptibles de ser impugnadas por medio de la acción de inconstitucionalidad exactamente igual que cualquier otra ley, sin otra especialidad que la que se deriva del régimen de la legitimación. Con todo, el controvertido concepto de “materia electoral” seguirá planteando problemas y sigue siendo un concepto cuya precisa delimitación parece ineludible para la aplicación del precepto estudiado. La Suprema Corte ha sentado la tesis de que “las normas generales electorales no sólo son las que establecen el régimen normativo de los procesos electorales propiamente dichos, sino también las que, aunque contenidas en ordenamientos distintos a una ley o código electoral sustantivo, regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra, como por ejemplo, distritación o redistribución, creación de órganos administrativos para fines electorales, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos, límites de las erogaciones y montos máximos de

<sup>425</sup> Tesis jurisprudenciales 128, 129 y 130/95.

<sup>426</sup> García Ramírez, Sergio, “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995)”.

aportaciones, delitos y faltas administrativas y sus sanciones. Por lo tanto esas normas pueden impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad y, por regla general, debe instruirse el procedimiento correspondiente y resolverse conforme a las disposiciones específicas que para tales asuntos prevé la ley reglamentaria de la materia, pues al no existir disposición expresa o antecedente constitucional o legal alguno que permita diferenciarlas por razón de su contenido o de la materia específica que regulan, no se justificaría la aplicación de las reglas genéricas para unas y las específicas para otras”.<sup>427</sup>

Ahora bien, es claro que las *consecuencias de la calificación de una materia como “electoral”* no serán tan graves como antes de la reforma de julio de 1996, pues no quedará ya tal materia excluida de una fiscalización de su constitucionalidad por la vía del artículo 105.II, aunque de esa calificación se seguirán derivando con todo, todavía, cinco consecuencias de importancia, al menos:

a) En primer lugar, respecto de los *sujetos legitimados*, por el régimen *sui generis* de la materia electoral en este aspecto, tema éste al que acabamos de referirnos con cierto detalle al tratar de la legitimación. Sólo cuando nos encontremos ante una ley de “contenido electoral” existirá la legitimación específica *adicional* de los partidos políticos.

b) En segundo lugar, porque la *única vía* para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la vía de la acción de inconstitucionalidad (artículo 105.II, penúltimo párrafo),<sup>428</sup> cuyo plazo de ejercicio es ocioso recordar que es de treinta días.

<sup>427</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo IX, abril de 1999, p. 255, Acción de inconstitucionalidad 10/98, Tesis jurisprudencial 25/99.

<sup>428</sup> La Suprema Corte ha sostenido la siguiente tesis jurisprudencial: “Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad. En el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su ley reglamentaria, se establece que las leyes electorales federal y locales deben promulgarse y publicarse cuando menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse; que durante éste no pueden someterse a modificaciones fundamentales, así como el sistema de su impugnación, conforme al cual la única vía para plantear la no conformidad de dichas leyes con la Constitución es la acción de inconstitucionalidad, que puede promoverse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la respectiva publicación y que la única autoridad competente para conocer y resolver dichas acciones es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las que deben tramitarse y resolverse en plazos breves, a fin de que el legislador esté en posibilidad de llevar a cabo las modificaciones pertinentes, en caso de que la norma

En efecto, el penúltimo párrafo del artículo 105 establece que “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”, es decir, la acción de inconstitucionalidad. Ello supone reafirmar el principio de que las leyes electorales no pueden ser objeto de una fiscalización constitucional mediante el amparo contra leyes. Precisamente por ello, es especialmente necesaria en este tipo de leyes una mayor diligencia por parte de los legitimados —especialmente minorías políticas y partidos políticos— en el examen de la constitucionalidad de las mismas, así como en la interposición, en su caso, de la acción ante la Suprema Corte. Pasado el plazo de treinta días desde la publicación de la ley, sean o no afectados uno o mil intereses concretos, la ley ya no es impugnabile, y si tenía un defecto de constitucionalidad, tal defecto ya no es fiscalizable ni siquiera por la Suprema Corte. No es ésta una solución todavía totalmente satisfactoria, pero constituye un avance importante, en todo caso, que se haya admitido la posibilidad de impugnación por vía de la acción de inconstitucionalidad.

c) En tercer lugar, las leyes “electorales”, tanto de la Federación como de los estados, habrán de estar *promulgadas y publicadas al menos con noventa días de antelación* al inicio del proceso electoral en que hayan de aplicarse.<sup>429</sup> De no ser así, nos encontraríamos ante un claro

impugnada sea declarada inconstitucional. Por tanto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no puede, en ningún caso, pronunciarse acerca de la constitucionalidad de leyes electorales, por no ser impugnables ante él con motivo de los actos y resoluciones en los que se hubieran aplicado, porque por un lado, en atención a su naturaleza, en cuanto a que están destinadas a regir un proceso electoral, es imprescindible partir de su firmeza, ya que de otra forma se vulneraría el equilibrio del proceso electoral, pues no sería lógico que conforme a un sistema de contienda electoral entre partidos políticos, se cuestionara la constitucionalidad de una norma relativa a ese proceso, con motivo de actos y resoluciones producidos en él; y por el otro, que está fuera de las facultades de ese tribunal cotejar la norma electoral frente a la Constitución, aun a pretexto de determinar su posible inaplicación”. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XV, junio de 2002, p. 81, Contradicción de tesis 2/2000-PL, Tesis jurisprudencial 25/2002.

<sup>429</sup> Dice el último párrafo del artículo 105.II “las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que se inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales”. El artículo transitorio segundo establece que “las adiciones contenidas en la fracción II del artículo 105 del presente Decreto, únicamente por lo que se refiere a las legislaciones electorales de los Estados que por los calendarios vigentes de sus procesos la jornada electoral deba celebrarse antes del primero de abril de 1997, entrarán en vigor a partir del 1o. de enero de 1997” y no,

supuesto, un tanto peculiar, de omisión legislativa inconstitucional. Ello también conlleva una interdicción de reforma dentro de ese plazo. La Suprema Corte ha sentado la importante tesis jurisprudencial de que “al estar facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 41, fracción v, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, para declarar la validez o invalidez de las disposiciones o actos combatidos, también puede declarar su inaplicabilidad temporal”:

En virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad, está facultada para declarar la validez o invalidez de las normas o actos impugnados y, en su caso, para decretar la absolución o condena respectivas, por mayoría de razón, cuando el caso así lo amerite, debe considerarse que también tiene facultades para declarar la inaplicabilidad para un determinado proceso electoral, de las disposiciones impugnadas que se consideren contrarias a la Constitución Federal, en el supuesto de que haya resultado fundada la acción de inconstitucionalidad intentada en contra del decreto que reforma diversas disposiciones de alguna ley electoral dada su extemporaneidad. Ahora bien, en atención al espíritu del artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal que exige la oportunidad de la reforma en materia electoral, para que previamente y durante el proceso electoral respectivo no se presenten reformas fundamentales, es de concluirse que el motivo de inconstitucionalidad sólo se actualiza para efectos del proceso electoral inmediato, por lo que, en tales condiciones, no existe impedimento, por razón de temporalidad, para que dichas reformas puedan aplicarse o cobren vigencia para ulteriores procesos electorales; entonces, al tratarse de un vicio que no destruye la ley reformada materia de impugnación en la presente vía constitucional, únicamente procede declarar su inaplicabilidad para el siguiente proceso electoral.<sup>430</sup>

como con carácter general establece el artículo transitorio primero, el 23 de agosto de 1996 (día siguiente de su publicación); “Para las legislaciones electorales federal y locales que se expidan antes del 1o. de abril de 1997 con motivo de las reformas contenidas en el presente Decreto, por única ocasión, no se aplicará el plazo señalado en el párrafo cuarto de la fracción II del artículo 105”.

<sup>430</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XI, abril de 2000, p. 546, Acción de inconstitucionalidad 9/99 y su acumulada 10/99, Tesis jurisprudencial 41/2000, Unanimidad de ocho votos.



Ahora bien, esta doctrina de la inaplicabilidad temporal (y no nulidad) de las normas aprobadas extemporáneamente (es decir, dentro del plazo de noventa días anteriores al proceso electoral en que se vayan a aplicar) conlleva también que cuando se hagan valer, como argumentos de inconstitucionalidad, tanto motivos de fondo como otros relativos a esa extemporaneidad respecto de las leyes electorales, han de ser analizados en primer lugar los motivos de fondo y sólo subsidiariamente los otros, si se desestiman los primeros:

Atendiendo a que de conformidad con lo previsto por el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, las resoluciones que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de acciones de inconstitucionalidad que declaren inválidas las normas generales impugnadas, siendo aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos, tendrán efectos generales, es decir, la norma impugnada dejará de tener existencia jurídica; al efectuarse el análisis de los conceptos de invalidez planteados en los que se aduzca conjuntamente falta de oportunidad en la expedición de la norma impugnada y violaciones de fondo, debe privilegiarse el análisis de estas últimas y, sólo en caso de considerarse infundadas, debe efectuarse el correspondiente a los vicios referidos al momento de la expedición de la norma, ya que si el estudio de fondo en una acción de inconstitucionalidad puede tener como consecuencia anular la norma impugnada con efectos absolutos, debe estimarse que el análisis de la inaplicabilidad de una norma electoral para un proceso electoral determinado, sólo tendrá un fin práctico en el caso de que sean desestimados los planteamientos de fondo, por lo que únicamente podrán hacerse consideraciones respecto de la falta de oportunidad de la reforma, en su caso, a mayor abundamiento y con efectos ilustrativos.<sup>431</sup>

La proyección de la doctrina de la inaplicabilidad de las normas electorales aprobadas extemporáneamente sobre casos diversos nos permite observar que la Suprema Corte, por ejemplo, consideró que el decreto “450”, por el que se reformó el artículo 47, párrafo segundo, parte final, de la Constitución política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, debía declararse inaplicable para el próximo proceso electoral extra-

<sup>431</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIII, abril de 2001, p. 637, Acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001, Tesis jurisprudencial 59/2001.

ordinario que iba a tener lugar en esa entidad federativa, por no haberse emitido con la anticipación debida:

A fin de estar en posibilidad de precisar si la reforma al artículo 47 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco se realizó dentro del plazo a que se refiere el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, y toda vez que el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de esa entidad no establece el momento en que inician los procesos electorales extraordinarios, además de no existir la convocatoria a dichas elecciones, debe acudirse a las normas del mencionado código que regulan lo referente a los procesos electorales ordinarios, a fin de extraer de ellas los principios que puedan servir de base para determinar en qué momento inició o debió iniciar el proceso electoral extraordinario de que se trata. En este sentido, de lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 168 del código de referencia, se advierte que la convocatoria a elecciones es un acto que forma parte del proceso electoral, razón por la cual, en tratándose de elecciones extraordinarias, y a falta de otra referencia cierta, debe tenerse como fecha de inicio del proceso electoral aquella en que se expidió o en que debió expedirse la convocatoria respectiva, y tomando en consideración que en el caso concreto dicha convocatoria debió emitirse en los primeros días del mes de enero de dos mil uno, queda evidenciado que la reforma al artículo 47 de la Constitución Política del Estado de Tabasco se realizó dentro del plazo de noventa días anteriores al referido proceso electoral, en el que conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 constitucional, no pueden efectuarse modificaciones legales fundamentales, por lo que procede declarar la inaplicabilidad de dicha reforma para el proceso electoral extraordinario próximo a celebrarse en la referida entidad federativa, debiendo estarse al plazo de tres a seis meses previsto en el mencionado artículo 47 antes de su reforma.<sup>432</sup>

Y, en cambio, estimó la Corte que el artículo transitorio que se adicionó a la constitución política del estado de Chiapas, contenido en el Decreto 206, publicado en el periódico oficial de esa entidad federativa, el veintiocho de septiembre de dos mil, y que establecía una modificación respecto a la fecha de inicio del proceso electoral en ese estado, no violaba el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución federal:

<sup>432</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo: XIII, marzo de 2001, p. 446, Acción de inconstitucionalidad 9/2001, Tesis jurisprudencial 25/2001.

De conformidad con lo dispuesto en el precepto constitucional de referencia las leyes electorales federal o locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes del inicio del proceso electoral en que vayan a aplicarse, durante el cual no podrá haber modificaciones legales fundamentales. Ahora bien, el hecho de que el artículo transitorio en mención establezca que el proceso electoral para el año dos mil uno, en el que se elegirá a la Sexagésima Primera Legislatura y se designará a los Ayuntamientos de los Municipios de dicha entidad, deberá iniciar durante la primera quincena de febrero de ese año, no viola el precepto constitucional de referencia ni constituye lo que la doctrina ha denominado fraude a la ley, figura que se presenta cuando el engaño o inexactitud derivan de que hay una actitud consciente que en el sujeto se forja para evadir la obligatoriedad de la ley con producción de una afectación a quien puede derivar derechos de la ley aludida. Lo anterior es así, porque el decreto que contiene la norma transitoria en cita se expidió con la oportunidad debida, esto es, antes de los noventa días de que iniciara el proceso electoral al que va a aplicarse, cumpliéndose con la teleología del propio precepto consistente en dar certidumbre a los procesos electorales y las reglas a que se sujetarán las autoridades, partidos políticos y ciudadanos en los comicios.<sup>433</sup>

d) Las leyes en cuestión, “durante el proceso electoral en que vayan a aplicarse, no podrán sufrir modificaciones ‘fundamentales’” (artículo 105.II, último párrafo), término este último de gran amplitud pero que permite sin duda un control claro, en su caso, por la Suprema Corte. Ésta ha precisado que “para determinar jurídicamente el inicio de un proceso electoral a los efectos del artículo 105 constitucional debe atenderse a la fecha que establezca la legislación electoral anterior a la reforma y no a aquella cuya constitucionalidad se controvierte o a situaciones fácticas”:

Para efectos de determinar si una norma general electoral fue emitida fuera del plazo permitido que establece el artículo 105, fracción II, inciso f), penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, cuando menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vaya a aplicarse o bien durante el mismo, para el cómputo de dicho plazo debe atenderse a la fecha que de acuerdo

<sup>433</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIII, abril de 2001, p. 751, Acción de inconstitucionalidad 23/2000 y sus acumuladas 24/2000, 25/2000, 26/2000, 27/2000 y 28/2000, Tesis jurisprudencial 46/2001.

con la legislación electoral vigente, antes de las reformas, señale el inicio del proceso electoral, y no a situaciones fácticas, o eventualidades que pudieran acontecer con motivo del inicio de dicho proceso electoral, pues de admitir lo contrario se violaría el principio de certeza que se salvaguarda con el establecimiento del plazo fijado.<sup>434</sup>

e) Existe una *tramitación procedimental especial* respecto de la impugnación de leyes electorales, a que luego se hará referencia detallada. Además, es tesis jurisprudencial la de que el procedimiento para sustanciar una acción de inconstitucionalidad cuando se impugnen normas generales que contengan disposiciones específicas en materia electoral y otras de naturaleza distinta, y ambos aspectos hayan sido combatidos, es el especial de la materia electoral:

En el caso de que en vía de acción de inconstitucionalidad se impugne una norma general que conjunte disposiciones en materia electoral con otras que no correspondan a esa especialidad, y que ambos aspectos sean materia de impugnación, dicha vía deberá sustanciarse conforme al procedimiento especial que para la materia electoral prevé la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior, atendiendo al principio de continencia de la causa que consiste en la unidad que debe existir en todo juicio o procedimiento; además, este trámite sumario ninguna afectación les produce a las partes ya que respeta las formalidades esenciales del procedimiento.<sup>435</sup>

Un problema que se plantea aquí es el referido al caso extremo de la anulación por la Suprema Corte de una ley electoral conforme a la cual se haya regido un determinado proceso electoral que ya ha tenido lugar, en cuanto que, de conformidad con la propia regulación constitucional, las sentencias anulatorias no surten efectos *pro praeterito* sino únicamente *pro futuro*, lo que puede conducir a resultados materialmente insatisfactorios.

Es indudable que la anulación retroactiva plantea siempre ciertos problemas y, en particular, los plantea en casos como el que aquí ana-

<sup>434</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XIII, abril de 2001, p. 876, Acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001, Tesis jurisprudencial 64/2001.

<sup>435</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 471, Acción de inconstitucionalidad 9/2001, Tesis jurisprudencial 21/2001.

lizamos en cuanto conduciría a la anulación de unas elecciones, federales por ejemplo, decisión que el tribunal obviamente tendría que sopesar mucho, prestando una atención especial al hecho de si se derivó del vicio de inconstitucionalidad una alteración sustancial del resultado de las elecciones. En cualquier caso el efecto general *pro futuro* del sistema mexicano conlleva, en principio, la imposibilidad de anular unas elecciones realizadas y regidas conforme a una ley inconstitucional.

El remedio para garantizar la efectividad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes electorales sin acudir al expediente extremo de la retroactividad de la declaración parecía pasar por una regulación específica del procedimiento en caso de impugnación de las leyes electorales, de forma tal que se obligue a la Suprema Corte a resolver antes de que pueda iniciarse el proceso electoral o, si la causa de la impugnación se refiere a eventuales “modificaciones fundamentales” de la ley durante el proceso electoral ya en marcha, estableciendo un plazo brevísimo e improrrogable para dictar sentencia, anterior en todo caso (en varios días al menos) a la jornada electoral. Así lo ha hecho la LR105, que establece, para las distintas fases procesales, plazos más breves cuando la ley impugnada tenga carácter electoral y, en particular, dispone que la sentencia habrá de dictarse en un plazo máximo de 5 días desde que el magistrado ponente propone al Pleno el proyecto de sentencia (lo que éste por lo demás, habrá de hacer en los 5 días siguientes a haberse agotado el procedimiento). Estos plazos se aplicarán también cuando sólo algunas de las disposiciones legales impugnadas tengan carácter electoral.

Y, según la Suprema Corte, y conforme a la interpretación teleológica que sosteníamos aquí ya en anteriores ediciones, los plazos específicos en materia electoral sólo se aplican a aquellos asuntos que deban resolverse dentro de los noventa días anteriores al inicio del proceso electoral en que vayan a aplicarse las normas impugnadas, pues si la Constitución establece, en su artículo 105 (fracción II, inciso f, tercer párrafo), que las leyes electorales, tanto federales como locales, deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que deban regir, es claro que cuando el legislador ordinario, en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, dispuso un procedimiento con plazos específicos para las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral su objetivo no era otro que el

establecimiento de un procedimiento breve cuando se trata de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral... de manera que las disposiciones específicas que la ley reglamentaria de la materia prevé para las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, en lo referente al establecimiento de dichos plazos, tienen que observarse en aquellos asuntos que deban resolverse dentro de los noventa días anteriores al inicio del proceso electoral en que vayan a aplicarse las normas impugnadas, lo que justifica que este Alto Tribunal deba resolver la acción de inconstitucionalidad antes de que inicie el proceso electoral relativo.<sup>436</sup>

### III. TRATADOS INTERNACIONALES

Por lo que a los tratados internacionales se refiere,<sup>437</sup> si bien el tema no ha sido extrañamente objeto de una reflexión en profundidad por la doctrina relativamente abundante que en México ha analizado la acción de inconstitucionalidad, debe decirse que hay muy serias razones para propugnar un tratamiento especial, que lamentablemente no fue previsto por el constituyente de reforma en 1994 ni tampoco, más recientemente, en 1996. Nos referimos a un control de la constitucionalidad de carácter previo,<sup>438</sup> tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora encargada de elaborar el anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931).<sup>439</sup>

<sup>436</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XV, febrero de 2002, p. 419, Acción de inconstitucionalidad 30/2001 y su acumulada 31/2001, Tesis jurisprudencial 6/2002.

<sup>437</sup> El único Tribunal Constitucional en Europa que no puede conocer de la constitucionalidad de los tratados internacionales, por disposición constitucional expresa, es el polaco, lo cual por lo demás ha dado lugar a una cierta polémica.

<sup>438</sup> La solución no fue, tampoco, atisbada por Kelsen, quien señalaba que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales implicaba un conflicto entre los intereses de la política interna y los de la política exterior, y en caso de que se diera prevalencia a estos últimos, ello llevaría a la exclusión de la jurisdicción constitucional, sin perjuicio de que se admita entonces la competencia de un órgano internacional, solución que Kelsen consideraba impensable para “el actual desarrollo técnico del derecho internacional”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, pp. 181 y 182.

<sup>439</sup> Finalmente, tanto la Constitución como la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales guardaron silencio sobre el control de la constitucionalidad de los

Con todo, ha sido, sin duda, el modelo francés el seguido por el constituyente español al prever también en la Constitución de 1978 un control preventivo para los tratados internacionales por diferencia del control *a posteriori* de la constitucionalidad que establece para las leyes. Pero mientras que en el caso francés el control preventivo a que quedaban sujetos los tratados internacionales no suponía —ni supone hoy— romper con el régimen general del control de la constitucionalidad de las leyes, que era y sigue siendo un control de naturaleza esencialmente *preventiva*, en el caso español se trataba de una modalidad de control excepcional, justificada sólo por la especial naturaleza normativa de los tratados internacionales. Es precisamente por ello por lo que a continuación preferimos referirnos al ejemplo español, aun cuando sea más reciente que el francés, pues el régimen general español de control de la constitucionalidad es, claramente, más próximo al ahora adoptado en México, en cuanto que es un control *a posteriori*, siendo por lo demás inconcebible en la tradición jurídica mexicana un control *a priori* de la legislación como el que funciona en Francia.

*El caso español.* Refiriéndonos ya, pues, a España, debe decirse que la Constitución española de 1978 prevé la posibilidad de un control de constitucionalidad de los tratados internacionales de carácter preventivo, frente al control de constitucionalidad *a posteriori* que el Tribunal Constitucional ejerce frente a las leyes. El artículo 95 es el que prevé tal supuesto y así, luego de establecer en su apartado 1 que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, preceptúa que tanto el gobierno como cualquiera de las Cámaras (el Pleno del Congreso o el Senado)<sup>440</sup> “pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

tratados, si bien con ocasión de la tramitación de la citada ley el profesor Recaséns Siches propuso en los debates parlamentarios que se previera su control preventivo, tesis que a la postre no sería admitida como tampoco la de su control *a posteriori*, que defendió precisamente el miembro de la Comisión Jurídica Asesora que dos años antes había propuesto en el seno de ésta la previsión de un control preventivo o *a priori* (J. Elola). Remiro Brotons, Antonio, “Artículo 95. Inconstitucionalidad en Tratado Internacional”, en el colectivo Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *op. cit.*, nota 187, tomo XII, pp. 553 y 554.

<sup>440</sup> En el caso del Congreso, a iniciativa de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los Diputados. En el caso del Senado, a propuesta de un grupo parlamentario o de veinticinco senadores.

Resulta, así, que en España cualquier tratado puede ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, exactamente igual que una ley, una vez que ha entrado en vigor. No hay un régimen distinto en este aspecto para los tratados del que rige para las leyes. Pero, para los tratados, prevé la Constitución un procedimiento específico de control preventivo, que puede ser instado por el gobierno, por el Congreso o por el Senado, y que no existe, en cambio, para las leyes. De su regulación por la legislación de desarrollo, merecen ser destacados dos aspectos:

El objeto de control está constituido por tratados internacionales “cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado”. Si se acuerda requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la contradicción del tratado internacional con la Constitución, ello implicará la suspensión de la tramitación parlamentaria.

El Tribunal emplaza a todos los órganos legitimados, no sólo al solicitante, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al curso de este plazo ha de emitir el Tribunal Constitucional su declaración, que, de acuerdo con una interpretación sistemática del artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante; el Tribunal examinará la compatibilidad del tratado internacional con toda la Constitución (y no sólo respecto de los preceptos de la misma alegados como supuestamente vulnerados), pero su enjuiciamiento se limitará a los aspectos o preceptos del tratado a que se refiere el *petitum* de la demanda del órgano requirente. Podrá ampliar el tribunal ese plazo sólo en el caso de que haga uso de su facultad de solicitar de los órganos legitimados o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas “cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias”, debiendo ser la prórroga para emitir la declaración del “mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas” y sin que exceda en ningún caso de treinta días.<sup>441</sup>

<sup>441</sup> Muy positiva nos parece la determinación del artículo 101 de la Constitución de Andorra en el sentido de que “este procedimiento tendrá carácter preferente”, que tiene después una regulación legal en la LQTC acorde con tal principio y absolutamente coherente con un Tribunal de escasa actividad: “El magistrado ponente ha de recoger todos los informes y documentos que estime necesarios para formular su propuesta de dictamen, que, en todo caso, ha de presentar al presidente del Tribunal en un tér-



*El caso de Rumania.* También tiene interés, en el ámbito comparado, el caso de Rumania. Conforme al artículo 24 de su Ley 47/1992, de 18 de mayo, sobre la Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional, tienen legitimación para plantear al Tribunal Constitucional la constitucionalidad de los tratados u otros acuerdos internacionales, antes de su ratificación por el Parlamento, el presidente de una de las Cámaras legislativas, un grupo de 50 o más diputados, o un grupo de al menos 25 senadores. Si la cuestión la plantea el presidente de una de las Cámaras parlamentarias, se dará traslado al presidente de Rumania, al presidente de la otra Cámara y al gobierno. Si la cuestión la plantea una minoría parlamentaria, se registrará en el Senado o en la Cámara de Diputados, según corresponda, y se remitirá al Tribunal Constitucional “en el mismo día en que se reciba” por parte del secretario general de la respectiva Cámara. La presentación de la cuestión se comunicará por el Tribunal Constitucional al presidente de Rumania, al presidente de las dos Cámaras y al gobierno, quienes podrán presentar alegaciones por escrito antes de que tengan lugar los debates en el seno del Pleno del Tribunal Constitucional (deliberaciones), a quien se atribuye la competencia para conocer de estos procesos y que examinará la constitucionalidad de los preceptos mencionados en la cuestión planteada, así como de aquellos otros de los que los preceptos citados no puedan, necesaria y obviamente, ser disociados. La decisión del Pleno se adoptará por mayoría y se comunicará al presidente de Rumania, a los presidentes de las dos Cámaras y al gobierno. Y en cuanto a las consecuencias de la decisión, se prevén en el artículo 26 de la citada Ley: si se declara la constitucionalidad del tratado o acuerdo internacional, una vez publicado de nuevo, no podrá objetarse ya su constitucionalidad nuevamente. Si se declara inconstitucional, no podrá ser ratificado.

Y si el control preventivo de la constitucionalidad no parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes,<sup>442</sup> sino más bien muy serios y

mino máximo de quince días hábiles contados desde la fecha de entrada del escrito de contestación. El Tribunal emitirá el dictamen de constitucionalidad dentro de los tres días posteriores al de la formulación de la mencionada propuesta” (artículo 61 LQTC).

<sup>442</sup> Esa es, desde luego, la experiencia española, donde se previó por vía legal un control de este tipo, respecto de los Estatutos de las Comunidades Autónomas y las

graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los tratados internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y no sólo eso sino

Leyes Orgánicas. Dado que esta competencia no se preveía en el texto constitucional, se plantearon muy serias dudas sobre su constitucionalidad y se generaron enérgicas críticas en cuanto a su utilidad. En 1985, se suprimió mediante ley, lo que ha sido juzgado muy positivamente por toda la doctrina, especialmente teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no venía obligado a resolver en un plazo breve, o fugaz incluso, tal y como ocurre con el control preventivo de constitucionalidad del Consejo Constitucional en Francia.

La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1985 es meridianamente clara sobre el balance final: “[El control previo de la constitucionalidad] se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la ley. El Estado configurado en la Constitución se fundamenta en un inmediato equilibrio de poderes, que se caracteriza por la demarcación estricta del ámbito de actuación política y jurídica de cada uno de éstos, sin interferencias que desequilibren su relación armónica. Pero la configuración del recurso previo de inconstitucionalidad puede suponer una grave fisura de este equilibrado sistema de relaciones, con incidencia negativa del Poder Legislativo y del Tribunal Constitucional. Las Cortes Generales, en efecto, pueden ver interferida su acción legislativa en cualquier fase de procedimiento de creación normativa, lo que no permite la plena conformación de la voluntad del órgano parlamentario. Puede incidirse así, y de forma negativa, en el ejercicio de la potestad legislativa que el artículo 66.2 de la Constitución atribuye sin limitaciones a las Cortes Generales. El Tribunal Constitucional, por su parte, órgano jurisdiccional, y, por tanto, alejado de los avatares políticos de la práctica parlamentaria, se ve lanzado a una función que no responde al sistema de relación de poderes que la Constitución establece, interviniendo en el procedimiento de formación legislativa aun antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente”.

No obstante, véase el libro de Alegre Martínez, Miguel Ángel, *Justicia constitucional y control preventivo*, León, Universidad de León, 1995. Su autor, el mejor conocedor en España del control previo de constitucionalidad, mantiene una posición relativamente favorable al mismo control previo de la constitucionalidad (más bien, como complementario del sucesivo o *a posteriori*), sin perjuicio de reconocer la defectuosa regulación legal española del control previo y el no menos torticero uso del mismo en la *praxis* política. No obstante, en la misma Francia, reducto más importante del control previo, importantes autores como Fromont han puesto de relieve que las características de ser un control previo, objetivo y abstracto, sin estar complementado por otro tipo de control posterior, hacen muy criticable este sistema, que en el fondo, al no controlar la constitucionalidad de la ley en el momento de su aplicación, “repose sur de simples suppositions. Le contrôle se ramène à un exercice de pronostic”; es “un contrôle lacunaire du respect des règles constitutionnelles” y llega a concluir que el control previo a la francesa sólo es superior al de otros países en un caso: en el de los tratados interna-

que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá “invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”.

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada —y entre ellos se cuentan tanto España como México (que la ratificó en 1974)—, cualquier tratado que celebren es vinculante *en términos de derecho internacional*, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de “disposiciones de derecho interno” y entre ellas se encuentra la propia Constitución, obvio es decirlo.<sup>443</sup> Es decir, una vez ratificado el tratado internacional, no hay

cionales, aunque, por nuestra parte, añadiríamos que son cada vez más los países que, teniendo un control *a posteriori* de la constitucionalidad como regla general, sin embargo respecto de los tratados internacionales admiten un control previo (España, por ejemplo), como luego estudiaremos. Fromont, Michel, “La justice constitutionnelle en France ou l’exception française”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 177 y ss.

<sup>443</sup> Ello es algo indiscutible en el ámbito internacional y así lo ha sostenido rotundamente tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) como el Tribunal Internacional de Justicia (TPI) e inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero sostiene, por ejemplo, lo siguiente: “Se debe observar, sin embargo, que si, por una parte, conforme a los principios generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino sólo del derecho internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (TPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24). Conviene aclarar, en cualquier caso, que ello no supone una primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pues ése es un terreno donde el derecho internacional público deja libres a los respectivos derechos internos, pero lo que sí es indiscutible es que el incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Hay ordenamientos, como el portugués, que previsoriamente establecen algún tipo de regulación especial. Es el caso de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 277.2 establece que “la inconstitucionalidad orgánica y formal de tratados internacionales regularmente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el ordenamiento jurídico portugués, desde el momento en que tales normas sean aplicadas en el ordenamiento jurídico de la otra parte”, si bien a renglón seguido establece una excepción, respecto de la que —aparte de su problemático alcance— se plantea la cuestión aludida

forma de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento,<sup>444</sup> incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia<sup>445</sup> para celebrar tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Fuera de este caso, y siempre que se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.

en el texto: se exceptúan los casos en que “tal inconstitucionalidad resulte de la violación de una disposición fundamental”. Aparte de ello, la doctrina portuguesa es unánime en entender que la norma en cuestión no se aplica a la inconstitucionalidad material. Araújo, António de, “Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (A norma do artigo 277,2 da CRP)”, *op. cit.*, nota 223, pp. 9 y ss.

<sup>444</sup> Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Internacional de La Haya, con base en la costumbre, “es un principio de Derecho Internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada”, sin que la falta de previsión expresa de esa obligación de reparar en el contexto de la norma infringida afecte a su imperatividad. Me refiero al caso de la fábrica de Chorzow de 26.7.927 y 13.9.928.

<sup>445</sup> Por lo que parece, si hacemos caso a Gutiérrez Baylon, no serían escasos los ejemplos de incompetencia en la *praxis* mexicana. Véanse varios ejemplos en Gutiérrez Baylon, Juan de Dios, “Tratados y resoluciones internacionales incorporados inconstitucionalmente al derecho mexicano”, *Lex*, México, 3a. época, año I, núm. 5, noviembre de 1995, p. 42.

Ése es el inconveniente que ha sabido salvarse,<sup>446</sup> entre otros países en: España,<sup>447</sup> Alemania,<sup>448</sup> Francia,<sup>449</sup> Portugal,<sup>450</sup> Colom-

<sup>446</sup> Y tal fórmula se reveló muy útil, por cierto, en todos estos países para la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992). Sobre este tema, véase Favoreu, Louis, “Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du *Droit constitutionnel international*”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. XCVII, 1993, pp. 39-66; Weber, Albrecht, “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1995, pp. 31 y ss., quien destaca como “considerado desde el punto de vista del derecho comparado, el control de normas preventivo de obligaciones asumidas mediante tratado, posee frente al control ‘posterior’ de normas... importantes ventajas” (p. 35).

<sup>447</sup> Sobre ello, véase Alegre Martínez, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 442, pp. 241 y ss.; y Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2003.

<sup>448</sup> Aunque la Constitución (artículo 100.2) y la BVGG (artículo 13 BVGG y sección 12 de la parte III (*Besondere Verfahrensvorschriften*)) sólo prevén el control *a posteriori*, el Tribunal Constitucional —sin apoyo legal y en una resolución claramente creativa— admitió en su sentencia de 8 de diciembre de 1952 la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados previamente a su ratificación con ocasión de un dictamen solicitado por los gobiernos de los *Länder* o por la tercera parte de los miembros del Bundestag (BVerfE 2,79). Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 15, p. 59; Fallér, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 219, pp. 61-63. Cfr. BVerfGE 1, 396 (411 y ss.); 4, 157 (162); 12, 205 (220 y ss.). Como nos recuerda Hesse, si aquí el control del Tribunal es lícito incluso *ya previamente* al otorgamiento y publicación (*vor der Ausfertigung und Verkündung*) de la norma, aunque sólo cuando el proceso en los cuerpos legislativos esté cerrado, ello se debe a que se trata de este modo de evitar que “sean asumidas obligaciones internacionales en contradicción con el derecho interno del Estado”. Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 17, p. 268, nota 15. Véase también Hartmut, Jöhn, *cit.*, nota 222, pp. 314 y 315.

<sup>449</sup> En Francia, tanto el presidente de la República como el primer ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado y, por último —tras la reforma constitucional de 25 de junio de 1992 (Ley núm. 92-554)—, sesenta diputados o sesenta senadores pueden remitir al Consejo Constitucional todo acuerdo internacional pendiente de ratificación con la finalidad de verificar la conformidad a la Constitución de una o más de sus cláusulas y, en caso de que la no conformidad sea constatada, el acuerdo internacional no podrá ser ratificado hasta que la Constitución sea revisada (“*si le Conseil constitutionnel... a déclaré qu’un engagement international comporte une clause contraire á la Constitution, l’autorisation de ratifier ou d’approuver l’engagement international en cause ne peut intervenir qu’e après la révision de la Constitution*”). Véase, asimismo, los artículos 18 y ss. de la LOCC, reformada también por Ley Orgánica 95-63, de 19 de enero de 1995.

<sup>450</sup> El presidente de la República puede acudir al Tribunal Constitucional por la vía del control preventivo para verificar la constitucionalidad de los tratados y acuerdos internacionales y, en caso de ser declarados inconstitucionales, obligar a la Asamblea de la República a decidir sobre el mantenimiento de las disposiciones declaradas inconstitucionales por mayoría de dos tercios. Cfr. artículos 278 y 279 Constitución y título III, capítulo II, subcapítulo I, sección segunda (*Processo de fiscalização preventiva*), artículos 57 a 61, LTC.

bia,<sup>451</sup> Costa Rica, Bolivia, Chile, Eslovenia, Rusia, Bulgaria, Hungría, Polonia o Andorra.<sup>452</sup>

Experiencia comparada que, por las razones que sean, no ha tomado en cuenta el constituyente mexicano, lo que, a nuestro juicio, constituye un entero desacierto, que habrá de enmendarse en una futura reforma constitucional en esta materia, especialmente atendiendo al dato de la ratificación automática por el Senado de todos los tratados internacionales.<sup>453</sup> La legitimación activa podría reconocerse a los mismos sujetos que la tienen en la actualidad para plantear el control sucesivo a través de la acción de inconstitucionalidad, siendo especialmente importante, en todo caso, que, a diferencia de lo que ocurre en España, no se atribuya esa legitimación activa al Pleno de las respectivas Cámaras legislativas, sino a cualquier minoría parlamentaria a partir de un umbral mínimo que habrá que precisar.<sup>454</sup>

<sup>451</sup> El artículo 240, punto 10, de la Constitución establece que es competencia de la Corte Constitucional: “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”. La Corte ha ejercido esta facultad, por ejemplo, en las sentencias C-447 de 6 de agosto de 1992, C-574 de 28 de octubre de 1992 y C-027 de 5 de febrero de 1993.

<sup>452</sup> Artículo 98 de la Constitución: “El Tribunal Constitucional conoce:... b) De los requerimientos de dictamen previo de inconstitucionalidad sobre leyes y tratados internacionales”; artículo 101: “1. Los copríncipes, en los términos del artículo 46.1.f), el Jefe de Gobierno o una quinta parte de los miembros del Consejo General, pueden requerir dictamen previo de inconstitucionalidad sobre los tratados internacionales antes de su ratificación. Este procedimiento tendrá carácter preferente. 2. La resolución estimatoria de inconstitucionalidad impedirá la ratificación del tratado. En todo caso, la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones que contradigan la Constitución exigirá la previa reforma de ésta”. Véase además el título IV, capítulo III (*Del procediment previ de control de constitutionalitat dels Tractats internacionals*) de la LQTC.

<sup>453</sup> Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, nota 445, p. 43.

<sup>454</sup> Sobre las distintas posibilidades, al respecto, Roa Ortiz, Emmanuel, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *op. cit.*, nota 118, pp. 205 y ss. El autor asume la propuesta aquí defendida, exponiendo la ventaja adicional que conlleva para la impartición de justicia el control previo de constitucionalidad al propiciar una aplicación decidida por la judicatura de las normas internacionales al eliminar las dudas sobre su constitucionalidad. También la asume, por ejemplo, Casarín León, Manlio Fabio, “Balances y perspectivas

En relación también a los tratados internacionales, hemos de hacernos eco de otra cuestión, suscitada por Arteaga Nava,<sup>455</sup> quien opina que, al referirse el artículo 105 constitucional a los “tratados” exclusivamente, no comprende a los “convenios internacionales”, puesto que la Constitución distingue entre unos y otros en sus artículos 15 y 76.I. Tal opinión, en la que no profundiza el autor sino que apenas la apunta, no nos parece suscribible en modo alguno.

En primer lugar, y conforme a un criterio literal, la Constitución no distingue en esos artículos entre tratados y convenciones internacionales solamente, sino que, mientras el primero de ellos habla de convenios o tratados, el segundo habla de tratados internacionales y convenciones diplomáticas. De su contexto se deduce, por otra parte, que no hay voluntad alguna de distinguir entre unos y otras, sino que se emplean como términos sinónimos.

Y lo que es más importante, el artículo 89 de la Constitución —que es el artículo básico en la materia, por cuanto que se refiere a la competencia para la celebración de las normas a que venimos refiriéndonos— determina que es una facultad del presidente la de “celebrar tratados internacionales”, sometiéndolos, eso sí, “a la aprobación del Senado”,<sup>456</sup> y no se establece en dicho precepto ninguna diferenciación de aquéllos con respecto a los convenios o a las convenciones, a los que simplemente no se hace mención alguna.

Naturalmente, tampoco se alude en ningún lugar de la Constitución a quién es competente para celebrar esos convenios o convenciones internacionales pretendidamente diversos de los tratados. Lejos de ello, el artículo 76 determina que es facultad exclusiva del Senado aprobar (ratificar) los tratados internacionales y convenciones diplomáticas “que celebre el Ejecutivo de la Unión”. De ello se deduce que el constituyente no pretendió, con la utilización de términos distintos, distinguir entre tratados y convenciones (ni tampoco unos y otras de los conve-

del Derecho procesal constitucional mexicano”, en Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004, pp. 339 y 340.

<sup>455</sup> Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, nota 409, p. 55.

<sup>456</sup> Tras la reforma de 1988, pues con anterioridad se decía, en abierta contradicción con los artículos 76 (facultad exclusiva del Senado su ratificación) y 133 (su valor como Ley Suprema de la Unión), que esa aprobación correspondería al “Congreso Federal”.

nios), sino que los utilizó como sinónimos. No hay base constitucional para diferenciar entre unas normas internacionales y otras.<sup>457</sup>

Y si la diferenciación hipotética entre tratados y convenios carece de toda base constitucional, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria es todavía más claro que una diferenciación de unos y otras no es de recibo. En efecto, la Ley sobre la Celebración de Tratados, de 2 de enero de 1992, establece en su artículo 2o., fracción I, que en el ordenamiento jurídico mexicano se entenderá por tratado internacional el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación se requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, *cualquiera que sea su denominación*, mediante el cual los Estados Unidos mexicanos asumen compromisos.

Es una confirmación, rotunda, por el legislador ordinario, de la falta de todo apoyo jurídico-positivo de esa distinción.

Si todo ello es claro a nivel del derecho (constitucional) interno mexicano, en el ámbito internacional es una cuestión indiscutible. En efecto, es la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, la que se refiere expresamente a esta cuestión terminológica casi en su mismo frontispicio. Y lo hace cuando, al definir en su artículo 2o. al tratado como todo “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados”<sup>458</sup> y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”, termina esta definición con la importante precisión de que se entiende por tratado cualquier acuerdo internacional que cumpla esos requisitos “*cualquiera que sea su denominación particular*”, expresión esta última que después ha tomado literalmente la ley mexicana sobre la Celebración de Tratados en su artículo 2o., como ya hemos visto.

<sup>457</sup> En el artículo 76 no hay criterio alguno que pueda posibilitar, siquiera hipotéticamente, esa diferenciación entre unos y otros. Por lo que al artículo 15 se refiere, el uso de la conjunción disyuntiva (“o”), no copulativa, es indicativo de que constitucionalmente no se establece ninguna distinción entre los convenios y los tratados.

<sup>458</sup> O también entre Estados y Organizaciones Internacionales a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, ratificada por México en 1988.



Resultaría difícil imaginar un mentís más claro y rotundo de la tesis que pretende sostener alguna distinción entre Tratados y Convenios o Convenciones internacionales, que el artículo 2o. de la Convención de Viena o el mismo artículo de la Ley de Celebración de Tratados. Es natural, así, que la doctrina iusinternacional mexicana más autorizada, como la de los demás países, ignore por completo esa distinción (entre tratados y convenios) en la clasificación de los Tratados, distinción que hoy nadie sostiene, ni en el ámbito internacional, ni en el interno.

En España, por su parte, haciéndose eco justamente de lo expresado por el citado artículo de la Convención de Viena, ha podido Rodríguez Carrión subrayar que “el término tratado es genérico y comprende denominaciones tan variadas como las de convenio, convención, acuerdo, pacto, estatuto, carta, constitución, declaración, compromiso, concordato, etcétera”. Ello precisamente le lleva a censurar la “incorrección técnica” de la Constitución española cuando utiliza junto al término “tratado”, los vocablos de “convenio” o “acuerdo” “como si se tratara de especies diferentes”.<sup>459</sup>

Una última cuestión que merece ser debatida es la que se refiere a la distinción, introducida por la citada Ley de Celebración de los Tratados, entre tratados internacionales y acuerdos interinstitucionales, definiéndose a estos últimos como todo

Convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración pública federal, estatal o municipal, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado...

A esta definición debe añadirse la precisión de que el ámbito material de los acuerdos interinstitucionales debe circunscribirse “exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben”.

<sup>459</sup> Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 171. Véase también Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1983, vol. I, pp. 101 y ss.

No entraremos aquí en los problemas de constitucionalidad que su misma existencia suscita, pues es más que discutible desde la perspectiva constitucional la introducción, por vía de ley ordinaria, de esta nueva categoría,<sup>460</sup> sino que lo que verdaderamente nos interesa es dilucidar si estas normas, caso de ser constitucionalmente admisibles su existencia, están o no sujetas al control de la Suprema Corte, por medio de la acción de inconstitucionalidad. La respuesta ha de ser negativa, pues precisamente la razón de ser de los acuerdos interinstitucionales es su diferenciación respecto de los tratados internacionales, básicamente en cuatro puntos:

a) Mediante su celebración los Estados Unidos Mexicanos no “asumen compromisos”, no quedan comprometidos internacionalmente;

b) Estos acuerdos interinstitucionales no serán, en ningún caso, Ley Suprema de la Unión, como sí ocurre con los tratados (artículo 133 de la Constitución), por así disponerlo la propia ley;

c) Tales acuerdos no han de ser aprobados por el Senado, como sí habrán de serlo los tratados internacionales;

d) Por último, los sujetos que pueden celebrar los acuerdos interinstitucionales son “cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, estatal o municipal”, y pueden celebrarlos con “uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”. Los tratados, en cambio, sólo pueden celebrarse entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y cualesquiera sujetos de derecho internacional público.

Todo ello aparta a estos acuerdos de la noción de tratado internacional y no permite considerarlos tratados, ni siquiera en sentido amplio, a los efectos del artículo 105 constitucional. Cuestión distinta, y que queda abierta,<sup>461</sup> es si esta nueva fuente del derecho es admi-

<sup>460</sup> En este sentido, puede verse López Mata, Rosendo, “Notas para el análisis sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la Ley sobre la Celebración de Tratados”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, pp. 237 y ss.

<sup>461</sup> Justamente la reforma de 1994 podría haber sido una buena oportunidad para constitucionalizar expresamente esa diferenciación entre tratados y acuerdos interinstitucionales, si se hubiese juzgado oportuno, por medio de la regulación frontal de la cuestión o incluso, aunque más discutiblemente, mediante la referencia separada a los tratados y a los acuerdos interinstitucionales en el artículo 105 constitucional. Sea como sea, no se ha hecho así y la cuestión sobre la constitucionalidad de esta fuente permanece abierta.

ble desde la perspectiva del derecho constitucional, cuestión que nos llevaría demasiado lejos tratar aquí.

#### IV. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

##### 1. *La posibilidad de su control (formal) de constitucionalidad para evitar un Caballo de Troya (in)constitucional*

Algún sector doctrinal ha sostenido que, por medio de la acción de inconstitucionalidad, no pueden impugnarse las reformas constitucionales: ni la genérica del artículo 135 constitucional, ni las especiales —que son obra exclusiva del Congreso de la Unión sin el concurso de las legislaturas de los estados— (artículo 73.I, IV y V). Y ello, a juicio de Arteaga Nava, porque “una vez que concluye el proceso legislativo, forman parte integrante de la Constitución a pesar de que, como se ha dicho, son obra del Congreso de la Unión. Lo mismo puede afirmarse por lo que toca a las normas de naturaleza transitoria que regulan la entrada en vigor de las reformas constitucionales”.<sup>462</sup>

En el mismo sentido se pronuncia Madrazo, quien señala explícitamente que

por último, y en relación con la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apreciar probables vicios en la tramitación de una reforma constitucional, es incontestable que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico tal posibilidad es inexistente, pues para ello sería necesario que así lo declarase la propia Constitución, sumando al poder revisor de la Constitución el órgano y la instancia judicial, lo que en la especie no sucede. Hasta ahora el amparo es un medio de control de la constitucionalidad y no de la Constitución. Sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente.<sup>463</sup>

La Suprema Corte ha mantenido, en los últimos años, una postura inicialmente favorable al control procedimental de la constitucionalidad

<sup>462</sup> Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, nota 409, p. 53.

<sup>463</sup> Madrazo, Jorge, “El artículo 135”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, tomo II, p. 1375.

de las reformas constitucionales. Así, en un famoso amparo promovido por don Manuel Camacho, la Corte o, más exactamente, la mayoría de sus miembros (seis a cinco), sostuvo la siguiente opinión (sentencia de 30 de agosto de 1996):

1. El quejoso no cuestiona el contenido de la reforma constitucional sino única y exclusivamente el procedimiento legislativo que culminó con ésta.

2. No obstante que el resultado del procedimiento de reforma hubiere quedado elevado formalmente a la categoría de norma suprema, dicho procedimiento es impugnabile a través del juicio de amparo, ya que en la legislación mexicana no existe disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción de amparo en contra del proceso de reformas a la Ley Suprema.

3. El artículo 103 Constitucional otorga a los Tribunales Federales competencia para resolver toda controversia que se suscite por actos de autoridad o leyes en sentido amplio sin distinguir si son constitucionales, fundamentales, primarias, orgánicas, secundarias o de cualquier otra índole; por tanto su contenido normativo no puede quedar reducido a una simple cuestión terminológica, si dentro del término “ley” queda o no comprendida la Constitución.

4. Las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional y que en ejercicio de sus atribuciones secuenciales integran el órgano revisor, son autoridades constituidas en tanto que se ha determinado que tienen tal carácter las que dictan, promulgan o publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado.<sup>464</sup>

<sup>464</sup> El criterio de los cinco ministros disidentes fue el siguiente en esencia:

1) El propósito del quejoso es obtener una sentencia en contra del artículo 122 de la Constitución General de la República; 2) La acción de amparo no procede para cuestionar la regularidad constitucional de un procedimiento de reformas a la propia Constitución, ya que ésta no ha otorgado a la Suprema Corte de Justicia competencia para ejercer control sobre tal proceso reformador; 3) No es factible disociar los vicios de procedimiento de la reforma, de los vicios del propio texto; 4) El lenguaje empleado por los autores de las normas constitucionales para identificar la materia sobre la cual puede versar el juicio de amparo permite afirmar que la voluntad del constituyente fue, desde luego, la de consagrar su procedencia en contra de leyes ordinarias entendidas como aquellas que emanan de la actuación del Congreso de la Unión, de las legislaturas estatales y de los demás órganos constituidos encargados de la función legislativa y en contra de actos realizados por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como autoridades estatales; 5) Si bien el texto constitucional no contiene una declaración prohibitiva en relación con la procedencia del amparo para casos como el

Pero, poco después, la Corte, en lo que constituye por ahora el último capítulo de la serie, ha dado un giro copernicano de timón y ha sostenido (por mayoría de ocho votos sobre once), si bien es cierto que ahora en el marco de una controversia constitucional, exactamente lo contrario de lo defendido antes:

De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a este precepto constitucional, se desprende que la tutela (*sic*) jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (Federación, Estados, Municipios y Distrito Federal) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivo de sus actos o disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen a la Norma Fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contempla dentro de los órganos, poderes o entidades que pueden ser parte dentro de una controversia constitucional, al Órgano Reformador de la Constitución previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones de gobierno; además de que se integra por órganos de carácter federal y locales, es a quien corresponde, en forma exclusiva, por así disponerlo la Constitución Federal, acordar las reformas y adiciones a ésta, y de ahí establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno, sin que tampoco, al referirse el citado artículo 105, fracción I, a “disposiciones generales” comprenda las normas constitucionales.<sup>465</sup>

presente, su inclusión sería incongruente a la lógica del sistema de amparo; 6) El órgano reformador es un órgano intermedio entre el constituyente originario y las autoridades constituidas, en consecuencia, no puede sostenerse que el órgano revisor sea para efectos del amparo una autoridad equiparable a los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En efecto, pues si bien es exacto que se halla sometido al constituyente originario al menos desde el punto de vista formal, también lo es que, a su vez, se halla por encima de dichos poderes constituidos, por cuanto puede establecer sus atribuciones. Finalmente, aceptar la procedencia del amparo que se presentó a la consideración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, sería resquebrajar la unidad del sistema constitucional, derivándose de ello grandes perjuicios para la sociedad y el orden jurídico nacional.

<sup>465</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo: XVI, septiembre de 2002, p. 997, Controversia constitucional 82/2001, Tesis jurisprudencial 40/2002. Es curioso que la ponente de dicha sentencia, la ministra Olga Sánchez Cordero, dio

La cuestión es tan importante como compleja, pues lo que está en juego es la misma supremacía constitucional, al menos tal y como nosotros lo concebimos. Por ello, el examen de la cuestión requiere un examen detallado y en profundidad.

Comencemos por decir que en España también algún sector doctrinal sostiene la incontrolabilidad constitucional de las reformas constitucionales, considerando que las normas reformadoras de la Constitución participarían de la misma naturaleza que las normas constitucionales, o argumentándose también que algunas de estas reformas exigen necesariamente la aprobación popular explícita y que, en todo caso, un pequeño grupo de parlamentarios puede provocar el sometimiento a referéndum de cualquier reforma constitucional, con lo cual esta *appellatio ad populum* haría innecesario todo control en la lógica de la Constitución.<sup>466</sup> En Francia, donde hay un largo debate al respecto y una tradición fuerte de rechazo, el Consejo Constitucional, en su decisión de 26 de marzo de 2003, fuertemente inspirado en Vedel, se ha llegado a declarar incompetente para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, si bien esta decisión no puede desmarcarse de la fuerte tradición legalista y democrática de Francia que marca toda su historia constitucional (Béguin), que hace del tema casi un tabú (y un sacrilegio la admisión del control constitucional: Favoreu) y que no permite un trasvase fácil a ningún otro país (recuérdese que se decía ya en la ultra-democrática y jacobina Constitución de 1793, durante la época del gobierno de “El Terror”: “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”). Pero esta tradición multisecular no la tiene quien quiere, sino quien puede.

una conferencia, cuyo texto aún puede leerse en su página *web* personal oficial de la Suprema Corte, en la que, tras aludir a la doctrina sentada por la Corte en el amparo de don Manuel Camacho respecto a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, afirmó, según allí consta, que la sentencia dictada en ese amparo fue “una de las resoluciones que demuestra en forma patente tanto la independencia como la autoridad de los fallos emitidos por el Máximo Tribunal de la República”. Y ciertamente así sería de no ser por la rectificación jurisprudencial inmediata que supone el segundo criterio. Cfr: <http://www.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/Conf-003.htm>.

<sup>466</sup> Al respecto, véase Trujillo Fernández, Gumersindo, voz “Recurso de inconstitucionalidad”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III (*Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*), Madrid, Civitas, 2001, p. 39.

En Alemania, Schmitt, el gran y agudo teórico constitucional tan vinculado al nazismo, también defendía (en 1928, apenas unos años antes de la subida de Hitler al poder) que el poder constituyente “no puede ser ni transferido, ni alienado, ni absorbido, ni consumido. Existe siempre como posibilidad, y está junto a, y por encima de, toda Constitución derivada de él...”. Y con esta teoría, como comenta Stern, “se puede pasar por encima de toda regulación de la reforma de la Constitución en ésta. Ponerle límites no tendría sentido. Esta teoría puede servir, en consecuencia, para legalizar cualquier revolución. Coloca lo decisionista por encima de lo jurídico”.<sup>467</sup> No es preciso decir que una comprensión de este tipo de la Constitución de Weimar, a lo que daba pie ciertamente su artículo 78 (“La Constitución puede ser reformada por la vía de la legislación”), posibilitaba incluso “la supresión de toda la Constitución, y Hitler sabía lo conveniente que le sería obtener la mayoría calificada para la Ley de Habilitación de 24.3.1933, a fin de mantener la apariencia de legalidad. Él pretendía ‘cerrar tras de sí la puerta de la legalidad por la que había entrado y condenar a la ilegalidad por vía legal a sus enemigos políticos’”, según la interpretación que daría, años después, el propio Schmitt de aquellos tan lamentables sucesos.<sup>468</sup>

Sin embargo, tal exclusión del control formal de la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales —fuera de la respetable (pero cada vez más controvertida) singularidad que puede tener un país como Francia (por su tradición y por la particular regulación de su sistema de control de constitucionalidad) y que no tiene quien quiere, sino sólo quien puede— no nos parece de recibo, opinión muy común en Europa<sup>469</sup> (salvo, quizás, en Francia), incluida Austria,<sup>470</sup> y no

<sup>467</sup> Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, p. 324.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>469</sup> En España, véase Aragón Reyes, Manuel “Legitimación en los procesos constitucionales”, en Óscar Alzaga (dir.), *op. cit.*, nota 187, tomo XII, pp. 178 y ss.; en Alemania, Schlaich, Klaus, *op. cit.*, p. 183; en Italia, Barile, Paolo, “La revisione de la Costituzione”, en sus *Scritti di diritto costituzionale*, Pádova, CEDAM, 1967, p. 75 (y los autores allí citados y la réplica a la posición contraria de Mortati); en Portugal, Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, p. 994 y 1137 y ss.; y Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra, 1991, t. II, p. 189. En general, Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 15, p. 110.

<sup>470</sup> Véase Schäffer, Heinz (con la colaboración de Haas, Thomas), “Austria”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 19.

sólo allí.<sup>471</sup> Es obvio que la reforma constitucional no se aprueba por medio de un acto o una norma administrativa del Congreso de la Unión, sino por medio de una ley: ése es, justamente, el instrumento técnico utilizado, y no otro, pues las reformas constitucionales no son sino *leyes*

<sup>471</sup> Expresamente, el artículo 73 ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica; y el artículo 120 j) de la Constitución boliviana; 241,1 de la Constitución de Colombia y 82,2 de la de Chile. También en El Salvador, Honduras, Brasil, Panamá, Perú y Argentina, entre otros, se admite el control formal de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. En el caso de *Colombia*, la Corte Constitucional ha llegado a declarar inconstitucional una reforma de la Constitución por un ligero vicio procedimental (ausencia de un debate constitucionalmente exigible), e incluso una importante reforma antiterrorista que restringía considerablemente varios derechos fundamentales, habiendo sido rechazada por los principales movimientos de defensa de los derechos humanos, fue íntegramente tumbada por la Corte por vicios en el procedimiento (durante el sexto debate de los ocho que tuvo que pasar la reforma del estatuto en la Cámara de Representantes, faltó un voto de los 84 necesarios para ser aprobado). Sobre *Argentina*, y el interesante “caso Fayt”, véase Hernández, Antonio María, “El ‘caso Fayt’ y sus implicancias constitucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 453 y ss.

Un caso un tanto singular, a escala latinoamericana, lo constituye *Nicaragua*, donde, según Pérez Tremps, se dictó la Ley 205, de 29 de noviembre de 1995, que reformó la Ley de Amparo para excluir el recurso de inconstitucionalidad “contra la Constitución política y sus reformas”, lo que se dirigía a evitar que se recurriera la Ley 192 de reforma de la Constitución, y la Corte Suprema de Justicia confirmó, efectivamente, la inimpugnabilidad de esta reforma y la constitucionalidad de la Ley mencionada (SSCSJ 22 y 23/1996), según nos narra el citado autor: Pérez Tremps, Pablo, “La jurisdicción constitucional en Nicaragua”, en Pérez Tremps, Pablo y Hernández Valle, Rubén (coords.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad Carlos III, 2000, pp. 216 y 217. Pero lo cierto es que el artículo 60. de la Ley de Amparo también dice expresamente, tras la reforma mencionada: “...en consecuencia no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia se alegue la existencia de vicios de procedimiento en su tramitación, discusión y aprobación” y la Corte Suprema ha dicho también que sólo podría proceder el recurso por inconstitucionalidad si se hubiesen producido vicios en el procedimiento de aprobación de la misma, manifestando además que éstos sólo pueden ser alegados una vez en vigencia dicha reforma, según nos relata Ramos Mendoza, Josefina, “Jurisdicción constitucional en Nicaragua”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *op. cit.*, nota 189, p. 513. En definitiva, también en Nicaragua se admite, en realidad, el control formal de la constitucionalidad. Sin embargo, no parece entenderlo así, Pérez Tremps, Pablo, *cit. supra*.

Pero también en otros ámbitos geográficos se admite el control formal de constitucionalidad. Así, el *Tribunal Constitucional sudafricano* no sólo examinó la constitucionalidad de una reforma constitucional, sino que incluso llegó a declararla en varios aspectos inconstitucional (sentencia de 6 de septiembre de 1996), como también lo hizo respecto de una Constitución provincial en otra sentencia de la misma fecha.



*de reforma*<sup>472</sup> expedidas por el Congreso de la Unión con mayoría reforzada y con la aprobación adicional de la mayoría de las legislaturas locales. Y dado que el actual artículo 105 constitucional no excluye a tales leyes del control a través de la acción de inconstitucionalidad, ni tampoco se deduce ello de otro precepto constitucional, no hay razón alguna para sostener su exclusión, al margen de cual sea la opinión *de lege ferenda* que cada cual pueda libremente sostener e, incluso, de algún precedente de derecho comparado que puede encontrarse.

Por el contrario, ha de defenderse con claridad y firmeza la existencia y procedencia de un control procedimental de constitucionalidad de las reformas constitucionales, consecuencia del principio de teología política (Schmitt) generalmente aceptado de la separación y distinción del *pouvoir constituant* y los *pouvoirs constitués* (Sieyès), pues en caso contrario se estaría consagrando la existencia de una laguna en la supremacía constitucional, un verdadero “caballo de Troya” dentro de la Constitución, un genuino “fraude de Constitución” (Liet-Veaux), ya que la primera disposición que ha de ser observada de una carta magna, si nos tomamos su valor *normativo* mínimamente en serio, es la relativa al procedimiento de reforma: “Esta es la Norma Suprema de la Nación y quien quiera cambiarla sólo podrá hacerlo por medio del procedimiento especial, y de garantía reforzada respecto de la modificación de las leyes ordinarias, que en la misma se establece”. No es aceptable que un poder constituido, como lo es siempre el de reforma, pueda modificar a su libre albedrío la norma constitucional, como fundamento que es de su propia competencia (Burdeau), sin sujeción a los límites que esa propia norma que lo regula y habilita competencialmente le señala; el poder de reforma constitucional es un

<sup>472</sup> Sobre la naturaleza legislativa de las reformas constitucionales, puede verse, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 1996, pp. 656 y 657. Debe tenerse presente, además, que las reformas constitucionales han tenido su origen por lo general en la iniciativa del presidente, en aplicación de lo que para el procedimiento legislativo ordinario prevé el artículo 71. I constitucional, a falta de disposición específica para las reformas constitucionales, lo cual es enteramente natural pues, aunque tengan una naturaleza *sui generis* y un valor jerárquico superior a las restantes leyes, su naturaleza legislativa es indiscutible. Este argumento también se ha utilizado en España, por ejemplo, por Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 37 y ss. Si bien en España esa solución no se revela tan clara como en México. Sobre esto último, véase Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 187, pp. 178 y ss.

comisionado del poder constituyente y, por ello mismo, no puede actuar *ultra vires* y el órgano de la constitucionalidad es quien puede comprobar si se ha dado esa extralimitación en los poderes delegados. Por ello, al primer aspecto a que tiene que extenderse el control de constitucionalidad de un verdadero órgano de la constitucionalidad es a la observancia de los requisitos constitucionales formales y procedimentales establecidos en la propia Constitución, que precisamente al regular el poder de reforma constitucional y sujetarlo a límites lo que hace es “llevar a cabo una canalización jurídica del poder político” como su “sentido fundamental” (Stern).<sup>473</sup>

La experiencia de tantos y tantos países muestra que no se hace realidad el temor que tenía Lambert al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales como manifestación máxima de un *gouvernement des juges*. Hasta en Suiza, donde las leyes federales no están sujetas a control de constitucionalidad (pues basta con que unos miles de ciudadanos lo soliciten, para que la ley tenga que someterse a un referéndum, con lo cual se activa un control democrático), se ha criticado el entendimiento contrapuesto de este control constitucional y el democrático, pues en la práctica ello “permite al legislador derogar la Constitución, a través de la adopción de una simple ley, con total impunidad” (son palabras de Hottelier). En Argentina, la Corte Suprema ha consagrado también, por vía jurisprudencial en el caso *Fayt*, la posibilidad de un control formal de la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

No cabe alegar tampoco que, una vez que se aprueben las reformas a la Constitución federal por el Congreso de la Unión, “forman parte integrante de la Constitución”.<sup>474</sup> Tal argumento está viciado, pues pre-

<sup>473</sup> Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 467, p. 324.

<sup>474</sup> Por lo demás, un anterior presidente de la Suprema Corte de Justicia, con antelación a la reforma de 1994, sostenía expresamente: “Las reformas nunca pueden cuestionarse por los contenidos que llegaren a incorporar, pero sí por los vicios formales que tuvieran, esto es, por desconocer los procedimientos o requisitos de integración de los órganos. Siendo el juicio de amparo procedente a instancia de parte agraviada, según lo determina la fracción I del artículo 107 constitucional, la impugnación de una reforma constitucional por vicios de forma sólo podrá plantearse al resultar afectado algún particular”. Se afirmaba así explícitamente la posibilidad del control de constitucionalidad de las reformas por la vía del amparo, y nada menos que por el presidente de la Suprema Corte. Es ésta, en todo caso, una cuestión distinta del objeto de nuestro análisis, en la que por ello no entraremos, aunque relacionada con el mismo y muy significativa por lo demás.

cisamente lo que se está discutiendo es eso: si la reforma constitucional ha cumplido los requisitos que el constituyente originario ha querido que se respetaran para, de ser así, y sólo en la medida en que así fuera, considerar a esas leyes como parte integrante de la Constitución.<sup>475</sup> Pero si esos requisitos no se cumplen, es obvio que no se ha respetado la voluntad constitucional, y la pretendida reforma no puede tener validez, precisamente porque no es, ni se presenta como, una nueva Constitución, aprobada por un poder constituyente originario —libre y soberano—, sino como una simple reforma, obra del poder constituyente *constituido*. Y éste, justamente en cuanto que “constituido”, está sometido a la voluntad más fuerte del poder constituyente originario y a las reglas por éste establecidas para su reforma. En este sentido, es atinado, aunque incongruente con su doctrina sobre el control de las reformas constitucionales federales, el criterio de la Suprema Corte sostenido en la Acción de inconstitucionalidad 23/2003, al sentar la Tesis jurisprudencial núm. 34/2004:

Del artículo 163 de la Constitución Política del Estado de Sonora se desprende que para que la misma pueda ser adicionada o reformada es necesario que se satisfagan dos requisitos, a saber: 1. Que hayan sido acordadas por las dos terceras partes de los miembros del Congreso; y 2. Que se aprueben por la mayoría de los Ayuntamientos del Estado, en la inteligencia de que la aprobación debe constar de manera fehaciente y no inferirse. En consecuencia, si de las actas de cabildo que el Congreso tomó en cuenta para el cómputo respectivo se advierte que se presentaron para su discusión y “aprobación” las reformas o adiciones constitucionales, pero sin que conste de manera expresa que las aprobaron, es claro que estas actas no acreditan la aprobación de dichas reformas, como tampoco aquellas en las que se haga referencia a otra ley o decreto, ni en las que el cabildo autorizó al diputado de su distrito a decidir sobre su aprobación.

Pues bien, la Constitución mexicana prevé unos mecanismos de reforma de la misma en sus artículos 135 y 73 y es evidente que esas

<sup>475</sup> En este sentido, Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, nota 471, pp. 216 y 217, quien sostiene que el control formal de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, aun siendo una cuestión “debatida en numerosos ordenamientos”, es necesario a fin de “asegurarse de que el procedimiento de reforma seguido ha sido el determinado por la Constitución, de manera que el poder ‘constituyente constituido’ se ha conformado legítimamente ya que sólo así la reforma constitucional podrá efectivamente integrarse en la norma fundamental”.

previsiones no se sitúan fuera del *corpus* constitucional, sino que se integran en él, forman parte de la Constitución. A esas disposiciones se extiende también la supremacía normativa de la Constitución; la Constitución ha querido que su reforma se rodease de unas ciertas garantías. Es claro que toda reforma de la Constitución ha de cumplir los requisitos que ésta ha previsto para su reforma. Y, en tanto las leyes de reforma no se excluyan constitucionalmente, y de manera expresa, del control de constitucionalidad, éste también ha de extenderse a ellas.

Aunque Madrazo no afirme expresamente que las leyes de reforma “forman parte de la Constitución”, implícitamente parece sustentar esa opinión cuando afirma que “sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente”.<sup>476</sup> Es obvio que el Poder Judicial es un poder constituido, pero conviene no olvidar que el poder constituyente permanente, en cuanto que se presenta como *reformador* del texto constitucional, está también sometido a éste, y precisamente en este sentido es un poder constituyente *constituido*: puede reformar la Constitución, sí, en efecto, pero sólo con respeto a las reglas por ella misma previstas para su reforma.<sup>477</sup>

Y no cabe alegar tampoco que, si se admite el control de constitucionalidad en estos supuestos, entonces lo que ocurre es que quien se sitúa al mismo nivel del poder constituyente originario es el órgano de constitucionalidad, aquí la Suprema Corte conociendo de la acción de inconstitucionalidad. Esa vieja objeción es ya conocida; pero, como García de Enterría señala, el órgano de constitucionalidad es un poder neutro, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional,

pero que en modo alguno le configura y, menos aún, impide su cambio. Es en la facultad de acordar este cambio donde justamente hay que ver la nota de la soberanía y lo que constituye el límite infranqueable de la justicia constitucional. Ésta no sólo no puede impedir

<sup>476</sup> Madrazo, Jorge, “El artículo 135”, *op. cit.*, nota 463, p. 1375. *Cfr.*, también, Reyes Reyes, Pablo Enrique, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Oxford, 2000, pp. 156 y ss.

<sup>477</sup> Insisto en que queda siempre abierta la posibilidad fáctica de actuación del poder constituyente originario, que como nos recuerda Blanco Valdés, es “un poder, por definición, superior a los poderes constituidos”, incluido el poder constituyente permanente. Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 189, p. 22.

la revisión de la Constitución, sino que, justamente... viene a garantizar que esa revisión tenga que hacerse por los cauces que las técnicas de rigidez constitucional le reservan.<sup>478</sup>

En efecto, la Constitución es, en cuanto que obra del poder constituyente, superior al Poder Legislativo ordinario,

que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma; sobre ello se ha edificado la doctrina de la rigidez constitucional, inmune al poder legislativo ordinario, doctrina virtualmente general, con la única excepción relevante (hoy ya pintoresca, como tantos otros tradicionalismos ingleses) de Inglaterra. El Tribunal Constitucional es justamente el guardián de esa rigidez; la asamblea podrá promover, en tanto la Constitución la habilite para ello, la revisión constitucional, pero deberá hacerlo como tal, con observancia de los procedimientos, quórum y eventuales refrendos populares que la Constitución haya dispuesto, razón por la cual no será válida una Ley ordinaria que intente alterar la Constitución (o que la contradiga, lo cual es lo mismo) fuera de estos cauces.<sup>479</sup>

Por otro lado, de nada serviría reconocer la supremacía de todas y cada una de las normas constitucionales materiales, si después se permite que la Constitución sea modificada (en realidad, vulnerada) por mecanismos que no son los previstos constitucionalmente, modificaciones que podrán libremente afectar a cualesquiera disposiciones de la Constitución sin que haya forma de controlar la constitucionalidad misma de la reforma. Salvo que partamos de la concepción de la Constitución como una hoja de papel sin más valor o como mero programa, y no como una auténtica norma jurídica, es claro que allá donde exista un control de constitucionalidad auténtico, éste habrá de extenderse también a las reformas constitucionales pues, de lo contrario, habremos introducido un verdadero “caballo de Troya” en el campo de la supremacía constitucional, valga la expresión.

El más conocido pasaje de la sentencia constitucional también más célebre y más citada en el mundo entero, la del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), es terminante en este punto:

<sup>478</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, pp. 198 y 199.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pp. 189 y 190.

No hay una solución intermedia entre estas alternativas. O la Constitución es la ley suprema *que no puede ser variada por medios ordinarios, o está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y como cualquier otra disposición legislativa puede ser alterada cuando a la legislatura le plazca alterarla*. Si la primera proposición de esta última alternativa es cierta, un acto legislativo contrario a la Constitución no es derecho; si la segunda proposición es verdadera, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable (cursiva mía).

Y el profesor De Vega, de manera no menos categórica, ha sostenido en un conocido estudio que

la problemática de la reforma... quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites.<sup>480</sup>

Precisamente por todo ello, ante el silencio constitucional sobre las reformas constitucionales como objeto de control de la constitucionalidad, un sector de la doctrina española ha entendido que nos encontramos en ese supuesto ante “una competencia implícita [del Tribunal Constitucional], derivada de la condición jurídica de la Constitución”.<sup>481</sup> Este es el criterio atinado<sup>482</sup> que también hay que aplicar en México, pues

<sup>480</sup> Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 296.

<sup>481</sup> Es la posición de Aragón Reyes, Manuel, “Competencias del Tribunal Constitucional. Comentario al artículo 161”, en Óscar Alzaga (dir.), *op. cit.*, nota 187, tomo XII, p. 179, quien deduce esa competencia de diversos preceptos constitucionales, ninguno de los cuales atribuye expresamente esta competencia al Tribunal Constitucional. Para México, se manifiesta favorable a la posibilidad de un control formal (y material) de la constitucionalidad, con cita de González Schmal y de Tena Ramírez (en cuanto al control formal), Reyes Reyes, Pablo E., *op. cit.*, nota 476, p. 158, considerando que el control formal podría tener lugar a través de las acciones de inconstitucionalidad, pero previa reforma constitucional, no en la actualidad.

<sup>482</sup> En el estado norteamericano de Florida, pese a que la Constitución sólo autoriza el control judicial de las reformas constitucionales a iniciativa de ciudadanos, la Corte Suprema reconoce hace más de un siglo el control de las reformas constitucionales legislativas. Y así, se puede leer, por ejemplo, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2000 (caso Rev. Dr. James Armstrong *et al.*, vs. Catherine Harris *et al.*): “...Rather, she claims that the accuracy requirement is applicable to legislatively proposed amendments only if a party can show conclusively that the Legislature engaged

de lo contrario se estaría aceptando una norma constitucional de contrabando o un “caballo de Troya constitucional”, que es tanto como negar la supremacía constitucional, que paradójicamente la Constitución proclama con toda pompa como la norma central de todo el sistema constitucional tan cuidadosamente construido y que por la vía de rechazar el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales se pone en riesgo (más o menos remoto, no importa) de hacer saltar estrepitosamente por los aires. Por ello, el criterio más reciente de la Corte, tan profundamente desatinado como falto de rigor y de la mínima congruencia con sus propios pronunciamientos, deberá rectificarse, para poner fin así a una doctrina tan zigzagueante como poco convincente. Y es que, como señalara Marbury en una famosa polémica con Frierson en la *Harvard Law Review* en los años veinte, “si la Constitución ha regulado ella misma su reforma, es para asegurar su propia estabilidad y no para facilitar el cambio de todo el edificio”; y continúa diciendo:

in fraud, deceit, or trickery. We disagree ... Article XI, section 1, Florida Constitution, sets forth the procedure for amending the constitution via legislative resolution ... Although the constitution does not expressly authorize judicial review of amendments proposed by the Legislature, this Court long ago explained that the courts are the proper forum in which to litigate the validity of such amendments: ... Under our system of constitutional government regulated by law, a determination of whether an amendment to the Constitution has been validly proposed and agreed to by the Legislature depends upon the fact of substantial compliance or noncompliance with the mandatory provisions of the existing Constitution as to how such amendments shall be proposed and agreed to, and such determination is necessarily required to be in a judicial forum where the Constitution provides no other means of authoritatively determining such questions. ... Crawford vs. Gilchrist, 64 Fla. 41, 50, 59 So. 963, 966 (1912) (emphasis added). This Court has reviewed legislatively proposed amendments throughout this century, and we have evaluated amendments' validity on various grounds, including ballot accuracy. ... In conducting this review, we traditionally have accorded a measure of deference to the Legislature: ... Another thing we should keep in mind is that we are dealing with a constitutional democracy in which sovereignty resides in the people. It is their Constitution that we are construing. They have a right to change, abrogate or modify it in any manner they see fit so long as they keep within the confines of the Federal Constitution. The legislature which approved and submitted the proposed amendment took the same oath to protect and defend the Constitution that we did and our first duty is to uphold their action if there is any reasonable theory under which it can be done. This is the first rule we are required to observe when considering acts of the legislature and it is even more impelling when considering a proposed constitutional amendment which goes to the people for their approval or disapproval. ... Gray vs. Golden, 89 So. 2d 785, 790 (Fla. 1956). This deference, however, is not boundless, for the constitution imposes strict minimum requirements that apply across-the-board to all constitutional amendments, including those arising in the Legislature”.

It is not conceivable that the people, when they conferred upon the legislatures of three fourths of the states the power to amend this Constitution, intended to authorize the adoption of any measures, under the guise of amendments, the effect of which would be to destroy, wholly or in part, any of the members of his perpetual Union.<sup>483</sup>

Estamos, pues, ante una cuestión que es la prueba de fuego de la supremacía constitucional. Con apoyo en la jurisprudencia sentada por la Corte Costituzionale italiana en su sentencia 1146/1988, podríamos decir que, si no se admitiese el control formal de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación a sus normas de valor más elevado (“si perverrebbe all’assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”).

## 2. La posibilidad de su control material de constitucionalidad

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo al control de constitucionalidad de carácter formal, es decir, a un control sobre la observancia del procedimiento legislativo *ad hoc* previsto en la propia Constitución para la aprobación de las reformas de su texto. Pero, junto a este control de constitucionalidad de carácter formal, se plantea la posibilidad de otro de naturaleza sustancial o material. El presupuesto indispensable para un control de este tipo es, lógicamente, la existencia en la propia Constitución de unos límites materiales a su reforma, esto es, el establecimiento de un ámbito o unos principios que no podrán ser alterados por el legislador de reforma.<sup>484</sup>

Hay Constituciones que establecen expresamente esos límites por medio de lo que se conoce como cláusula de intangibilidad (Ale-

<sup>483</sup> Cfr: Marbury, William, “The Limitations Upon the Amending Power,” *Harvard Law Review*, 33 (1919), pp. 223-235; Frierson, William L., “Amending the Constitution of the United States: A Reply to Mr. Marbury,” *Harvard Law Review*, 33, 1920, pp. 659-666.

<sup>484</sup> La admisión de estas cláusulas de intangibilidad, y en general de límites materiales (aunque sean implícitos), exige distinguir entre el poder de reforma (de la Constitución), que tiene límites precisamente en cuanto que poder constituido, y el poder constituyente, que “permanece indemne en toda su pujanza” y al que siempre será



mania),<sup>485</sup> pero otras no lo hacen así, a pesar de lo cual la doctrina entiende que existen también algún tipo de límites a la reforma constitucional. En este punto, es necesario aludir a una distinción tradicional en la doctrina europea entre tres clases de límites:

posible reformar la Constitución existente o establecer una nueva, si bien “su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos sino por las vías de hecho”. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 220 y ss y 238.

También ha de decirse que con frecuencia la existencia de límites materiales o sustanciales a la reforma de la Constitución conlleva que, al realizar un control formal de constitucionalidad de una reforma constitucional, haya que valorar también criterios materiales para la regulación del procedimiento de reforma y sus exigencias, y ello puede ser así incluso aunque no haya cláusulas de intangibilidad ni una referencia clara a un contenido material determinado. Así, en Austria, el artículo 44 de la Constitución prevé distintos procedimientos de reforma constitucional según que ésta sea total o parcial, exigiéndose sólo para la primera una aprobación en referéndum; la cuestión es que la Constitución no define qué ha de entenderse por “reforma total”, pero según la doctrina dominante, semejante reforma existe cuando se suprime o modifica esencialmente el “ordenamiento constitucional fundamental”, es decir, los principios fundamentales o estructurales (*Baugesetze*): República, democracia, Estado federal, Estado de derecho, protección de los derechos fundamentales. De este modo, como dice Schäffer, aunque el objeto de control sólo puede ser la correcta elaboración formal de la reforma constitucional, lo cierto es que, al tener que determinarse si la reforma es total o parcial en atención a esas *Baugesetze*, “indirectamente entra en juego el contenido” de estos principios fundamentales estructurales y el Tribunal Constitucional puede “controlar implícitamente si las normas constitucionales son contrarias a estos principios. Un ejemplo: la supresión de la ciudadanía del Land (Landesbürgerschaft) por una única ciudadanía estatal (Staatsbürgerschaft) no se consideró (aún) como una infracción del principio federal (STCA 2455)”. Schäffer, Heinz (con la colaboración de Haas, Thomas), *op. cit.*, nota 470, p. 19.

<sup>485</sup> Hasta el punto de que se ha convertido en “una especie de práctica necesaria” en las constituciones más modernas. Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 484, p. 246. Loewenstein se refiere, en uno de sus más conocidos artículos, a la “ilusión creciente de que ciertas cuestiones fundamentales pueden hacerse ‘irreformables’” (“the increasing illusion that certain fundamentals can be made ‘unamendable’”). Loewenstein, Karl, “Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age”, en el colectivo Zurcher, Arnold J. (ed.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, Washington-Nueva York, Nueva York University Press, 1951, p. 215, y del mismo autor, su trabajo clásico *Über wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, Walter de Gruyter, 1961, especialmente pp. 42 y ss. Véase también Brenner, Michael, “Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts”, *Der Staat*, 1993, t. 32, núm. 4, pp. 493 y ss., donde se contiene un estudio sobre estas cláusulas, su alcance en general y también su ineficacia (en discutible tesis del autor) respecto del derecho

a) Límites expresos, que son aquellos que se deducen inmediatamente del texto constitucional, de la letra del texto positivo;

b) Límites inmanentes, que serían aquellos mediatizados por una interpretación doctrinal o jurisprudencial que los incorpora de cualquier modo al orden interno y que se deducen de un orden (el orden natural) que, según los intérpretes, escapa a una comprensión sensible y que, en este sentido, es metafísico y prepositivo (estos límites jugarían también respecto del propio poder constituyente originario o material);

c) Límites implícitos, que sería una categoría intermedia entre los límites expresos y los inmanentes, pues su fuente es la Constitución o una regla constitucional no escrita (como una costumbre), pero entendida no meramente en su literalidad, sino según el significado que, mediante una labor interpretativa, se deduce de su espíritu: son límites que la Constitución no establece expresamente pero que se deducen claramente como imposiciones de la Constitución, de la “voluntad de la Constitución” (*Wille der Verfassung*).<sup>486</sup>

Por lo que aquí interesa —y más allá de la oportunidad, corrección y utilidad de éstas u otras distinciones— hay que empezar precisando que en la Constitución mexicana no existe, claramente, ningún tipo de límites expresos<sup>487</sup> al ejercicio del poder de reforma de la Constitución, que sí existían, en cambio, en la Constitución de 1824.<sup>488</sup> Éste es tam-

de asilo, en cuanto que éste no constituye una manifestación de la dignidad humana sino más bien un “acto de generosidad” del poder constituyente [literalmente: “Der Verfassungsgesetzgeber betrachtete die Asylgewährung vielmehr als einen Akt der Generosität”], tesis que —por cierto— no es preciso subrayar lo importante que puede llegar a ser, de admitirse, en un país como Alemania.

<sup>486</sup> Así, Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruselas, Ferdinand Larcier, 1985, p. 204; véase también Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, pp. 1129 y ss.

<sup>487</sup> Los límites (materiales) expresos más relevantes en el ámbito comparado han sido reconducidos por Rigaux a los siguientes: a) la prohibición de revisar la naturaleza política del régimen; b) la interdicción de modificar la estructura política del Estado; c) la prohibición de modificar los fundamentos ideológicos del Estado, ya se trate de una ideología política o religiosa; d) la protección de los derechos fundamentales; e) la prohibición de afectar la integridad territorial del Estado. Rigaux, Marie-Françoise, *op. cit.*, nota 486, pp. 45 y ss.

<sup>488</sup> Artículo 171: “Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y del Acta Constitutiva que establecen la libertad e independencia de la Nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de Poderes Supremos de la Federación y de los Estados”.

bién el caso de la Constitución española, no obstante lo cual, un sector de la doctrina (De Vega García<sup>489</sup> y Fernández Segado,<sup>490</sup> entre otros) ha podido sostener la existencia de unos límites constitucionales inmanentes (implícitos, según la clasificación anterior) al ejercicio del poder de reforma de la Constitución. También en México la doctrina se encuentra dividida en este punto, pero hay quienes consideran que existen ciertos principios que no pueden ser suprimidos, como el sistema federal y la división de poderes, por más que “en la realidad mexicana, el poder revisor no ha[ya] respetado ningún límite”.<sup>491</sup>

Y al margen de la eficacia real de estos límites,<sup>492</sup> tanto más cuando sean implícitos, lo que es obligado reconocer es que constituyen, de ser jurídicamente aceptados, verdaderos criterios materiales para enjuiciar la constitucionalidad de cualquier reforma de la *lex Magna*. En este sentido, la Sentencia 1146/1988 de la Corte Costituzionale italiana afirma resueltamente el valor paramétrico de los límites

<sup>489</sup> Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 485, pp. 283 y ss., 242 y 243 y 267 y ss, quien, por cierto, defendió ya a lo largo del proceso constituyente que se incorporasen a la Constitución ciertas cláusulas de intangibilidad. Sobre los límites implícitos en general, formales y materiales, véase el conocido trabajo de 1934 de Carlo Esposito, *Le validità delle leggi*, que citamos por la reimpresión en Milán, Giuffrè, 1964, pp. 190 y ss.; y más recientemente, Allegretti, Umberto, “Il Problema dei limiti sostanziali all’innovazione costituzionale”, en Ripepe, Eugenio, e Roberto Romboli (coord.), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Turín, G. Giappichelli, 1995, pp. 23 y ss.

<sup>490</sup> Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, núm. 65, enero-junio de 1995, Madrid, pp. 516 y 517. Es también la posición de Ruiz Miguel respecto de la dignidad de la persona como fundamento del orden político (artículo 101 CE). Ruiz Miguel, Carlos, “El significado jurídico del principio de dignidad de la persona en el ordenamiento español”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, núm. 4, octubre-diciembre de 1996, p. 183.

<sup>491</sup> Cfr. Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 382, p. 16.

<sup>492</sup> El propio Alzaga, con ocasión de los debates constituyentes de 1978 en España, se apoyó precisamente en la más que dudosa eficacia de estas cláusulas en la práctica para rechazar su incorporación (y proponer en su lugar un procedimiento agravado de reforma): “No tiene demasiado sentido la pretensión ingenua de los constituyentes, que se ha repetido en muchas ocasiones a lo largo de la historia, de dotar a su obra de eternidad; como se ha dicho, sólo la Biblia se ha escrito para miles de años”. Su intervención en la Comisión de Asuntos Constitucionales el día 20 de junio de 1978 puede consultarse en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por Sainz Moreno, Fernando, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, tomo II, p. 1736.

sustanciales, incluidos los implícitos, a la reforma constitucional para el control material de su constitucionalidad:

La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), *quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana...*

Non si pue, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei con fronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

No se presta a dudas, sin embargo, que un control de constitucionalidad de este tipo se dará, ante todo, en situaciones patológicas, desde la perspectiva político-constitucional, de especial intensidad y en las que es posible que la jurisdicción constitucional ya poco pueda aportar para hacer *realmente* operativos esos límites.

Sea como sea, y centrando ya nuestra reflexión en la Constitución mexicana, tampoco hay en este caso consenso en la doctrina sobre la existencia o no de límites implícitos. No interesa ahora tanto entrar en esa discusión, que nos llevaría demasiado lejos, cuanto dejarla apuntada y señalar que, de aceptarse una postura de este tipo, se haría posible un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales más allá de su regularidad formal, extendiéndose hasta su validez material en cuanto fuesen o no compatibles con esos límites.

La posibilidad misma de límites de esta naturaleza, su determinación y el alcance concreto de los mismos es algo en lo que, sin embargo, no podemos entrar.<sup>493</sup> Baste dejar señalado que si el control *formal*

<sup>493</sup> No deja de ser curioso que, entre otros muchos, defienda la existencia de estos límites el mismo autor que niega a la Suprema Corte toda posibilidad de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales: "Al respecto [sobre la existencia de límites inmanentes a la reforma constitucional], yo no puedo sino volver a estar de acuerdo con el maestro De la Cueva, cuando afirma que el procedimiento de reforma parcial, como es el del artículo 135, sólo puede conducir a modificaciones concretas, pero nunca al cambio de los principios fundamentales. De este modo, el poder refor-

de constitucionalidad de las reformas constitucionales es una tarea que, en la medida de lo posible, debe serle evitada a la Suprema Corte, con mucha mayor razón habrá de ser así respecto del control material, tanto más cuando éste haya de tener como base unos límites implícitos. Ello, por lo demás, sólo es imaginable en supuestos de extrema gravedad, en los que quizás la opinión de la Suprema Corte ya no tenga fuerza, ni autoridad para imponerse.

Digamos, en fin, que no debe confundirse este control material con otro bien distinto, aunque de algún modo próximo: el que se precisa en aquellos sistemas (como el español) que distinguen según que la reforma constitucional afecte, o no, a determinadas normas o principios constitucionales que se estiman básicos, para, en caso afirmativo, someter dicha reforma a un procedimiento “super agravado” (o de segundo grado) de reforma. En estas hipótesis, habrá que determinar si una determinada reforma afecta o no a ese ámbito fundamental, a ese núcleo constitucional superprotegido, pero no a efectos de negar a la reforma su legitimidad, sino sólo para verificar que se respeta el procedimiento “super agravado” que la Constitución prevé para tales supuestos. He ahí la diferencia fundamental: es un control formal (procedimental), pero no material en sentido estricto.

Todo esto por lo que se refiere a las reformas a la propia Constitución federal porque, con respecto a las reformas a las Constituciones de los estados, hay que señalar que están plenamente sometidas a la Constitución federal y, en particular, a las disposiciones de ésta que establecen las bases generales de la organización político constitucional a nivel estatal (o del Distrito Federal).

mador de la Constitución debe detenerse ante lo que el propio maestro De la Cueva llamó ‘los principios que contribuyen a la integración del estilo de vida política del pueblo’, expresión que pudiera ser equivalente a la de los valores ideológicos fundamentales acuñada por Karl Loewestein”. Madrazo, Jorge, *op. cit.*, nota 463, p. 1375. Otros autores que defienden la existencia de límites al poder de reforma son Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, pp. 131 y ss.; Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 472, pp. 383, 656 y 657; Canudas, Luis Felipe, “Irreformabilidad de las constituciones políticas de la Constitución”, *Revista de Jurisprudencia*, México, núms. 1, 18, 19 y 20, pp. 107 y 108 [cito a los tres por Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 3, p. 44].