

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO POR INVESTIGACION**

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

291930

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A:
ENRIQUE URIBE ARZATE



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatoria

A Mar y Diego, inspiración y motor de mi vida

*A mis padres Fortino Uribe Rojas y María Luisa Arzate Hernández,
con gratitud y respeto*

*A mis abuelos Facundo Uribe Montoya y Antonia Rojas Jacobo, in
memoriam*

Indice

Introducción	5
La Constitución como Norma Jurídica	12
I. El Congreso Constituyente y los Poderes Constituidos	12
A) Principios Constitucionales	12
B) El Constituyente Permanente	39
II. La Constitución y El Universo Jurídico Estatal (Jerarquía y Validez)	58
Los Órganos del Estado	72
I. La Trilogía Funcional del Poder	72
A) Atribuciones y Competencia	72
B) La Creación de la Ley	97
II. Los Tres Niveles de Gobierno	111
La Justicia Constitucional	145
I. Antecedentes	145
II. Derecho Comparado	166
Alemania	170
Francia	173
España	176
Italia	179
Bolivia	181
Chile	183

Colombia	186
Ecuador	190
Perú	193
III. Derecho Positivo Mexicano	203
A) Instrumentos Preventivos	205
B) Instrumentos Correctivos	217
El Juicio de Amparo	221
El Procedimiento de Investigación de la Suprema Corte de Justicia	233
Las Controversias Constitucionales	236
La Acción Abstracta de Inconstitucionalidad	238
El Juicio Político	241

El Tribunal Constitucional **250**

I. Integración del Tribunal Constitucional	257
Independencia	257
Capacidad	258
Inamovilidad	259
Incompatibilidad	260
Irrecusabilidad	261
Definitividad	261
3 Magistrados Designados por el Titular del Ejecutivo	262
2 Magistrados Designados por la Cámara de Diputados	263
1 Magistrado Designado por la Cámara de Senadores	264
3 Magistrados Designados por el Poder Judicial Federal	264
II. Atribuciones y Competencia	266
A) El Precontrol Constitucional Legislativo	266
B) El Control Constitucional Orgánico	280
Instrumentos	288
Legitimación	291

Procedimiento	292
Resolución	293
Alcances de la Reparación Constitucional	293
III. Una Constitución para el Siglo XXI	298
Conclusiones	309
<hr/>	
Bibliografía	313
<hr/>	
Hemerografía	322

Introducción

Es un lugar común considerar a las Constituciones de los Estados en el más alto nivel dentro del *universum iuris*; así fue señalado por Hans Kelsen con apoyo en la pirámide jurídica que colocó a la Carta Magna en la cúspide por encima de cualquier otra norma jurídica.

Por la importancia de la Constitución, la Teoría abocada a su estudio, ofrece por lo general, explicaciones más o menos aceptables sobre el *quid* de su objeto de conocimiento. La Constitución, desde esta perspectiva, es concebida como el documento formal y solemne que un pueblo es capaz de darse; no obstante lo anterior, la Constitución de un país, representa y es mucho más que una norma jurídica, aún cuando se diga que es el ordenamiento supremo y fundamental.

A lo largo de la presente investigación, encontraremos algunos temas que no han dejado de ser motivo de controversia; conceptos polémicos como la soberanía, las decisiones políticas fundamentales, las cláusulas pétreas, el constituyente permanente, la reformabilidad de la Constitución, etc., forman parte del elenco que nos ha servido para formular nuestra tesis. Por eso, recogimos en este documento las aportaciones siempre valiosas de los señores integrantes del Comité de Tutoría, y así, el presente trabajo y las ideas en él expuestas, deben comprenderse desde un enfoque general, porque ninguna de éstas, por sí sola, desconectada, serviría para explicar la parte medular de esta aportación jurídica.

En el primer capítulo de este trabajo, una vez analizada la concepción dogmática sobre la Constitución, podemos decir que el Poder Constituyente representa el punto central en la vida de cualquier pueblo, pues desde el momento en que el *Constituyente Originario* actúa, la adopción de una Carta Fundamental, sirve para estructurar un proyecto de país, un programa para el porvenir. La Constitución entonces, supera con mucho la concepción del

formalismo para venir a significar la síntesis de la historia de un pueblo, el sino de su destino.

De esta forma, los órganos que nacen de una Constitución, son apenas una parte en la concepción de esta magnífica construcción; la Carta Magna de los Estados contemporáneos, debe contener además, un catálogo de reglas que prescriban la forma de actuación de los órganos estatales. En una federación como es el caso de México, la Constitución condensa esos afanes; los diversos niveles de gobierno y los "poderes" del Estado, tienen que sujetarse a lo prescrito por la Constitución; id. est. los órganos que detentan el poder público, deben ceñirse al ámbito competencial determinado por el Poder Constituyente.

Tenemos así, diversos conceptos fuertemente entrelazados que sirven para explicar la singular impronta de la Carta Magna. Hemos querido explicar mediante el *tetraedro constitucional*, la conexión irreductible de algunos conceptos que son abordados a lo largo de la presente investigación. Soberanía, Poder Constituyente, Constitución, Poderes Constituidos, el llamado "Constituyente Permanente", tienen que ser comprendidos mediante un esfuerzo sistémico que tienda a explicar que la Constitución es mucho más que norma jurídica.

En este tenor, el análisis de los principios constitucionales que estructuran a nuestra Lex legum; vgr. supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia y reformabilidad, nos permiten introducir la idea de que más allá de esto, la Lex fundamentalis constituye además, la expresión sintética de la historia de un pueblo. Nuestra tesis, se sustenta en la premisa de que luchas de siglos y afanes colectivos contenidos en el "Volkgeist", viven en el texto constitucional, lo animan y le insuflan vitalidad, a pesar del paso del tiempo.

Una y otra vez, diremos en este trabajo que la Constitución es una norma, pero no cualquier norma jurídica; su contenido esencial para el pueblo de México, nos la presenta como un documento egregio que debe ser defendido y preservado.

En el segundo capítulo, analizamos porqué el ejercicio del poder no puede dejarse al arbitrio de quienes lo detentan. El poder descrito desde la óptica sociológica por ejemplo, debe superar su crudo entorno para volverse interesante a los ojos de la Ciencia Política y particularmente al prisma del

Derecho. Realmente, la imposición de la voluntad sobre otro u otros, tema que incluso ha sido abordado por la jusfilosofía, alcanza su verdadera dimensión cuando se le entiende como capacidad para ordenar y decidir en el entorno colectivo a la luz de la legitimidad-legalidad que se alcanza con fundamento en la ley.

La ley, desde esta perspectiva, no puede ser más, pero tampoco menos que la regla y límite de la actuación del Estado. El fenómeno del poder público, gira entonces, alrededor de una serie de conceptos que son los que vertebran y dan solidez a la estructura de poder por antonomasia, denominada Estado.

Ese poder público, reconocido -y antes bien, nacido de una Constitución-, tiene grandes capacidades que se materializan en el accionar cotidiano de los órganos estatales. Por eso, es tan difícil como infructuoso, pretender hollar en el campo del Derecho Constitucional para introducir el bisturí al concepto de Constitución, si no se echa mano del instrumental metodológico de la Teoría del Estado, que nos permita entender que los órganos son la expresión pragmática del telos estatal, pero también, al mismo tiempo que la Constitución es el punto de partida, el origen, el rasero y el límite de su desempeño.

Por eso, resulta incongruente y absurdo advertir en el quehacer de algunas personas que quieren y actúan a nombre del Estado, expresiones de excesos inadmisibles en un Estado de Derecho que está regulado por reglas de competencia previamente establecidas. Las múltiples autoridades mexicanas, tienen el deber incontestable de acatar el marco legal que las rige; ni excesos ni omisiones pueden ser permitidos en una organización jurídico-política, en la que el interés colectivo marca los parámetros a partir de los cuales es posible actuar en la vida estatal.

Pero no sólo eso; es necesario además que los actos provenientes de los órganos, primordialmente los actos atribuibles a los "tres poderes" que hemos denominado *la trilogía funcional del poder*, puedan ser contenidos dentro del orden constitucional, pues resulta una contradictio in adjecto que los órganos nacidos de la Constitución, dotados de atribuciones por ésta, se vuelvan en contra de ella y conculquen los principios sancionados por la propia *Lex fundamentalis*.

El tercer capítulo lo dedicamos al análisis de la justicia constitucional, que se inscribe como una de las tareas de primer orden para quienes tienen a su cargo velar por el respeto de los principios constitucionales; en esta tesitura, creemos que los dos grandes sistemas de control constitucional que operan en el mundo, deben funcionar de manera tal que permitan una efectiva defensa constitucional. Sin embargo, nos causa profunda preocupación advertir que en la estructura estatal de nuestro país, no existe un órgano encargado ex profeso de realizar tan colosal tarea. Lamentablemente en México, las instituciones que existen no son las idóneas para llevar a cabo tal propósito.

Por principio, existe el llamado Constituyente Permanente que es la instancia encargada de dar trámite a las reformas constitucionales; pero no basta con ello. Es necesario además que la Constitución sea salvaguardada de los ataques de los gobernantes y al mismo tiempo, resguardada de las demandas no siempre legítimas de los habitantes. Queda claro entonces que la Constitución debe contar con un sistema de control constitucional que la proteja y además, mantenga vivos sus principios torales; en este orden de ideas, el denominado Constituyente Permanente es objeto de severos cuestionamientos, por la relativa facilidad con que puede modificar casi cualquier artículo de la Ley Fundamental, sin importar que estos puedan contener decisiones políticas fundamentales o las que nos permitimos denominar *cláusulas pétreas tácitas*.

En el mismo tercer capítulo, abordamos el estudio de los distintos sistemas de control constitucional que existen en algunos países de América y Europa. En esta parte, especial relieve tienen los instrumentos preventivos, así como los correctivos que, sin embargo, en México no han sido suficientemente desarrollados.

Es preciso entonces que estructuremos las acciones de prevención y los instrumentos de reparación que permitan, por un lado, llevar a cabo una tarea de profilaxis legislativa y además, acciones para reparar el orden constitucional trastocado y para sancionar a sus autores. Diversos instrumentos, deberán ser ideados y perfeccionados para tal fin; la producción legislativa, en este sentido, debe ser objeto de particular atención.

Así, podemos decir que la moderna Teoría Constitucional, ha cobrado relieve últimamente a partir de las aportaciones de los estudiosos abocados a la búsqueda de mejores respuestas, actuales, suficientes, sobre los fenómenos

jurídico-políticos que se presentan bajo el dosel de la Constitución Política de cualquier país.

Los conceptos vertidos hace algún tiempo sobre la proyección que las Cartas Fundamentales tenían respecto de los gobernados y en relación con las autoridades, encuentran hoy, una referencia más objetiva, más completa sobre este interesante tópico de la vida constitucional de los Estados contemporáneos.

Ciertamente, los fenómenos que tienen lugar en el Estado, no pueden ser oteados de manera parcial o simplista con el sólo auxilio de las herramientas metodológicas propias de los especialistas que con esta visión tan limitada, llegaron al extremo de fracturar el estudio de importantes instituciones, basados en la idea, insostenible, de que a cada ciencia o disciplina se le debe analizar con un instrumental metodológico exclusivo.

Siguiendo esta idea, creemos que no hay nada más alejado de lo verdaderamente científico que pretender comprender con explicaciones parciales, fenómenos que presentan múltiples aristas; así, ni la Teoría del Estado, ni la Ciencia Política, ni el Derecho Constitucional, podrían por sí mismos, acercarnos a la comprensión completa sobre los fenómenos de compleja composición que tienen lugar en el mundo de hoy.

En el cuarto y último capítulo, nuestra tesis permite la formulación de una propuesta concreta a fin de valorar la pertinencia de la creación del Tribunal Constitucional que sería el órgano ad hoc, encargado de llevar a cabo las acciones de prevención, así como de conocer y sustanciar las acciones de reparación constitucional, para la defensa de la Lex fundamentalis. Destacan al respecto, las acciones de prevención que realizaría básicamente a través de las opiniones consultivas que los órganos legislativos federal y estatales, además del llamado Constituyente Permanente, le plantearían a fin de establecer si determinada iniciativa de ley o propuesta de reforma constitucional, serían constitucionales; evitaríamos así que se promulgaran leyes inconstitucionales y que se aprobaran reformas constitucionales "anticonstitucionales".

Por otra parte, el Tribunal cuya creación proponemos, realizaría las acciones de reparación a fin de volver a la normalidad constitucional cuando algún

órgano estatal llegara al extremo de trastocar sus principios; asimismo, los titulares de estos órganos deberán ser sometidos al correspondiente “juicio político” que nosotros preferimos denominar *juicio de responsabilidad constitucional* para sancionar en su caso, a quien haya vulnerado el orden constitucional.

En la parte final de capítulo cuarto, nos permitimos exponer algunas ideas sobre *Una Constitución para el siglo XXI*, que se ha vuelto necesidad y promesa; hemos querido reservar la parte final para expresar algunas reflexiones en lo tocante a la conveniencia de realizar algunas reformas constitucionales de fondo o cambiar la Constitución actual por otra -según se dice-, más acorde al tiempo en que vivimos. Este debate puesto sobre la mesa, nos permitirá en este plebiscito de todos los días que empezamos a vivir en México, tener mejores instituciones, más humanas, más democráticas, más justas.

Ese es el propósito central de la presente investigación; creemos que el Tribunal Constitucional, significaría un gran avance para México que sentaría las bases para conservar y fortalecer las aspiraciones vitales de nuestra patria, defender su historia vaciada en el texto constitucional y construir para el mañana, mejores instituciones que nos permitan vivir con seguridad y libertad.

Capítulo Primero

La Constitución como Norma Jurídica

I. El Congreso Constituyente y los Poderes Constituidos

A) Principios Constitucionales

Al inicio del presente trabajo, vinculado con la ancestral querrela entre realidad y normatividad, entre nomos y praxis, vamos a abordar el estudio de la Teoría de la Constitución, para intentar acercarnos a la comprensión cabal del telos y la ratio esendi de la Constitución del Estado -concretamente del Estado Mexicano-, forma y fondo, historia y síntesis, anhelo y realidad, que condensan y hacen patente la vida de un pueblo.

Resulta claro, desde luego que ni el realismo exacerbado, ni el positivismo a ultranza son de utilidad para quien aspira a entender en su justa dimensión, sin apasionamientos, sin prejuicios ni paradigmas desgastados, el significado de la Lex legum. A las preguntas esenciales sobre el quid de cualquier Constitución, no es posible responder a priori, con la sola afirmación, ayuna por cierto de rigor metodológico, de que la Carta Magna es el documento formal y solemne que un pueblo se ha dado.

Las tesis pactistas que en este orden de ideas se esgrimieron, con la pretensión de constituir argumentos suficientemente sólidos para lograr una explicación racional y aceptable de la llamada Lex fundamentalis, no sólo fracasaron al derivar del organicismo y del fisicismo que en alguna época sirvieron a los científicos para entender algunos fenómenos naturales y otras formas de operación mecánica del mundo, sino que además, se convirtieron en punto

obligado de referencia para quienes desde el historicismo, quisieron explicar porqué los hombres -gregarios de acuerdo con las ideas de Aristóteles-, se organizan y viven en comunidad.

En este sentido, el dislocamiento entre la realidad y el mundo normativo y, antes bien, las dificultades aún no superadas para acercar ambas perspectivas, fue planteado desde los tiempos del estagirita y retomado muchos siglos después por destacados autores en el campo del derecho, la política y la filosofía; así por ejemplo, Jurgen Habermas, dedicó gran parte de sus investigaciones al estudio de la siempre tensa relación existente entre la facticidad y la validez y, en términos similares, Heller abordó de manera brillante el estudio de la dicotomía normalidad - normatividad.

Esta dualidad nos permite decir que la presencia milenaria del hombre en la tierra, ha transcurrido, de acuerdo con las ideas de Hegel, en una constante evolución dialéctica a diferentes estadios que a cada paso le plantean una y otra vez, de manera atrozante, la razón y la justificación última de su existencia. Es importante seguir estas ideas que han sido motivo de profundos estudios de filósofos, porque el hombre es y seguirá siendo la columna vertebral de cualquier debate y la razón o justificación del Estado y de las instituciones políticas.

Al diario vivir de una existencia difícil que ha sido el marbete de la presencia del hombre sobre la tierra, profusamente descrita por el historiador Fustel de Coulanges en "La ciudad antigua", cabe agregar la preocupación de los hombres en su relación con el fenómeno del poder terrenal de los lictores y con la potestad espiritual del vicario de Cristo. Así las cosas, poder e imperium, potestas y majestas, son sólo algunas de las expresiones primarias del fenómeno estatal; del fenómeno del poder vivo o latente en las instituciones políticas que el hombre ha creado. No sin razón, Hegel se refirió al medioevo con la palabra *poliarquía*, dando a entender la existencia de muchos centros de poder que desde entonces, como ahora, exigían sumisión y, sobre todo, lealtad.

Es evidente que al paso de las centurias, la evolución de lo stato definido de manera subyugante por el florentino Maquiavelo, como *lo que está, lo que permanece, lo que continúa*, llevó a los hombres que avistaron una nueva época, promisoría y plena de posibilidades, al planteamiento fundamental

sobre la necesidad y justificación del Estado como árbitro supremo de las diferencias entre unos y otros. Este proceso interminable, ha implicado, desde entonces, un debate permanente, debido a la "cohabitación" del poder y el derecho.

En la época de las monarquías nacientes, el poder de los reyes nunca reconoció, por lo general, derecho alguno a sus vasallos. De ahí fluyeron casi de manera natural las tesis de los monarcómacos sobre el derecho divino de los reyes, así como las ideas de proyección sobrehumana que consagraron la máxima *non est enim potestas nisi a deo*.

Por eso es que desde Maquiavelo hasta Montesquieu, pasando por los enciclopedistas y los ideólogos de las revoluciones francesa y americana, gradualmente se ha ido tamizando la difícil cuestión sobre el ejercicio racional del poder; la *summa potestas* de Bodino es, desde luego, una lejana referencia a los tiempos de consolidación de los Estados. Las luchas intestinas o domésticas y la oposición abierta y desafiante a los centros de poder identificados en el Papa y el Emperador, fueron definiendo paulatinamente la fisonomía de cada Estado. Casi en todos, el leviatán hobbesiano, insaciable, devoraba las libertades de sus hijos.

En este repaso histórico, debemos insistir en la importancia del estudio de la relación entre norma y realidad. Lejos de adoptar una postura maniquea, debemos esforzarnos por comprender a cabalidad la dinámica que plantean las normas e instituciones y el ritmo que cada sociedad es capaz de imprimir a su propio desarrollo, así como al perfeccionamiento de sus sistemas jurídicos y, por supuesto, a sus afanes para superar las condiciones infimas en que viven muchos de sus habitantes.

El Estado entonces, analizado bajo la óptica de su evolución histórica, desde la poliarquía, pasando por las organizaciones estamentales y corporativas, hasta las concepciones más recientes, está muy lejos de ser simplemente "*La organización normalmente más poderosa dentro de su territorio.*"¹ Las tesis pactistas de la sociedad, enmarcadas en la tradición jusnaturalista y en el

1 Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. F.C.E. México, 1987. p. 263

“moderno” juspositivismo, se quedaron cortas en su aspiración por explicar el mundo fenomenológico de la convivencia del hombre con sus semejantes. Menos aún, las ideas pro hijadas por la tradición judeocristiana, cultivadas en el medievo y en el Renacimiento podrían explicar porqué el hombre vive, se ayuda o se enfrenta con sus semejantes.

Esta perspectiva, cuyos linderos son adyacentes a la rica materia de la sociología jurídica y de la política, debe ser motivo de especial atención al avanzar en la intrincada senda de lo jurídico; esa zona del pensamiento universal y de la vida cotidiana de los pueblos, que no puede ser *solamente* derecho ni referirse *simplemente* a la realidad desnuda o descarnada. En este sentido, podemos preguntarnos, si al final del siglo XX que enmarcó la conclusión de un milenio, el Estado ha resultado ser una construcción jurídico-política que se halla a punto de desmoronarse. La respuesta seguramente estará situada en una nueva época y en el inicio de un nuevo milenio, en los que al invocar a la política y al derecho, invariablemente estará implícito el concepto de *hombre*.

Nos atrevemos a formular esta inquietante pregunta a la luz de los acontecimientos más recientes del devenir del mundo, en los que se advierte cada vez más marcada la distancia que como una cicatriz se va acentuando entre las distintas naciones (para referirnos al ámbito internacional) y entre los gobernados y sus autoridades (para hablar de los asuntos particulares de cada Estado). El preocupante descrédito de las instituciones, la crisis del concepto de autoridad, la fragilidad de la propia estructura del Estado y la facilidad con que pequeños grupos de poder son capaces de sacudir a los órganos estatales y poner en entredicho la legalidad de los procesos electorales e incluso, la legitimidad de los gobernantes, deben ser motivo de una continua y permanente reflexión sobre el ser y el quehacer del Estado, que a fin de cuentas sigue siendo la organización jurídico-política por antonomasia.

Para entender el quid de esta apasionante cuestión, es preciso retomar las ideas del maestro Héctor González Uribe, quien afirmó que la justificación final del Estado se halla en la búsqueda perenne porque sus habitantes tengan mejores condiciones de vida. Así lo asentó el citado autor al retomar las ideas de Forsthoff, “... *toca al Estado ayudar a la población para que pueda llegar a asegurar su existencia y mejorar sus recursos vitales. Esa ayuda no se limita a determinados sectores sociales ni a problemas específicamente económicos.*”

*sino que se extiende a todo el ámbito de las necesidades existenciales del hombre: la cultura, la educación, la salud, la recreación. Y esto debe hacerlo el Estado -ya lo está haciendo en muchos países- conforme a una rigurosa planificación, que rebasa el concepto tradicional de servicios públicos y el de la política social proteccionista que había iniciado el Estado liberal.*²

Coincidamos o no con lo manifestado por el autor en cita, esta afirmación sobre la teleología del Estado, tiene que ver con el propósito último de cualquier intento humano, digno de ser reconocido en la lucha de todos los días, por hacer que los más, gocen de todos los satisfactores necesarios para tener una vida digna de ser vivida. Estas ideas están enlazadas con importantes cuestiones como el derecho humano al desarrollo, en el que se incluye un amplio catálogo de derechos de los habitantes.

Al margen y más allá de cualquier postura ideológica que pudiera asomar en estas reflexiones previas, consideramos que la formación y el devenir del Estado, así como el ejercicio del poder público, deben estudiarse a la luz de los acontecimientos que en los momentos estelares de la historia, han definido el rumbo y la intensidad de las transformaciones sociales. En definitiva, la formación del Estado, sus modificaciones y su perspectiva, no pueden otearse objetivamente si se les analiza desconectadas del momento y circunstancias propias de cada época o de cada hecho histórico.

Así, al repasar y repensar en las obras de los clásicos, desde Maquiavelo hasta Foucault; desde Carlos de Secondat hasta Bobbio, nuestro ejercicio intelectual, nos conduce a la conclusión de que a los ciudadanos nos corresponde afianzar los postulados de la democracia, de la tolerancia, del respeto y la participación en las obras colectivas y en los asuntos de interés común. Este es el sino de nuestro tiempo: Cada uno de los que integramos el cuerpo colectivo, llámese Estado, sociedad, pueblo o nación, tenemos una responsabilidad y un compromiso; debemos hacer que la actuación de cada cual que definitivamente incide en la vida de los demás, sea apropiada a nuestra calidad de seres humanos. Consideramos que la vuelta al humanismo es inaplazable.

² González Uribe, Héctor. *Hombre y Estado, Estudios Político-Constitucionales*. Porrúa, México, 1988. p. 139

Estas reflexiones iniciales, vinculadas con el tema central del presente trabajo, nos obligan a mencionar, así sea someramente, las etapas fundamentales de la vida de los Estados; nos referimos al nacimiento, a la formación y al periodo (si es que este tiene lugar) de su consolidación. Según los estudiosos de la Teoría del Estado, son estas tres etapas las que caracterizan el desarrollo del Estado.

En la presente investigación, poco interesa abordar el debate sobre el origen de los Estados que a la luz de la Teoría General abocada a su estudio, sólo ofrece explicaciones parciales; unas muy cercanas a la hipótesis de que casi necesariamente las sociedades deben evolucionar hasta convertirse en Estados, y otras estrechamente vinculadas al pactismo de Rousseau o de Hobbes, permeado por la idea de que el hombre, ser político al fin, puede por necesidad o por miedo e incluso por el libre ejercicio de su voluntad, crear estas organizaciones jurídico-políticas.

Esta última afirmación, nos llevaría al extremo de sostener que el hombre puede por su libre determinación, modificar o suprimir a los Estados, lo cual en nuestro criterio, entraña una aseveración excesiva no exenta de riesgos. Creemos que por esta razón, las utopías de Moro y de Campanella, seguirán siendo expresiones de una bella y noble aspiración que seguramente vive en los corazones de muchos ciudadanos que no quieren además ser súbditos.

Al expresarse desde la óptica del ejercicio del poder y de su imbricación con la política, las tesis más cercanas a la explicación sobre el génesis y formación del Estado -casi sin excepciones- parten de la dicotomía familia-Estado y luego, en un ejercicio que evoca a Hegel, retoman la tricotomía familia-sociedad-Estado. "*En la cadena finita de diversas sociedades, una por encima de la otra, es inevitable que se llegue a una sociedad de la cual dependen las otras, y que a su vez no depende de ninguna otra. Esta última sociedad es el Estado.*"³

3 Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Origen y Fundamentos del Poder Político*. Grijalbo, México. 1985. p. 90

Consideramos que la idea del estado prepolítico o antepolítico como fase previa para el arribo de los hombres al estadio político, debe ser superada para dar cabida a una idea central: El Estado debe ser, ante todo, el lugar donde pueden converger los puntos de vista de los hombres, así como la expresión de sus ideas; pero, sobre todo, el espacio irreductible, donde es posible que los que simplemente son diferentes (por las razones que sean), puedan ejercer y explotar la rica veta de la tolerancia.

Ese salto o transición de las sociedades a la calidad de Estado, no deviene de ninguna maniobra artificial; por el contrario, tiene que ver con la forma en que se entrelazan las más diversas concepciones sobre la dicotomía hombre-Estado, o mejor expresado, entre individuo (tomando en cuenta las tesis atomistas) y Estado. Diversos autores han dedicado parte importante de su obra a esta cuestión polémica, inagotable e interesante. Sin embargo, por no ser el tema central de nuestra investigación, nos permitimos escribir estas líneas, solamente para llamar la atención sobre el origen, transformación e impronta de la organización estatal.

En el presente trabajo, no es necesario que entremos al análisis de las condiciones sociodemográficas que históricamente están presentes al momento de nacer a la vida jurídico-política un ente estatal. Indudablemente, esas condiciones tienen un papel de importancia cardinal en la proyección de los Estados en formación; sin embargo, es irrefutable que el ejercicio soberano más puro de cualquier pueblo, está expresado en su ejercicio constituyente que marca para la *communis societatis* su nacimiento político-formal como Estado.

Desde luego, esta máxima tiene sus claras excepciones; los pueblos de los Balcanes no acaban de nacer a esta vida estatal; para adquirir la categoría de Estados, tal vez les falta ese impulso final, recio, que sólo la pujanza histórica puede dar; y no es que a esos pueblos les falte historia; lo que no tienen es la comunidad de intereses; son varias naciones que se miran diferentes y que, por lo mismo, dirigen su búsqueda por distintos caminos, por ensayos a veces encontrados. No debemos perder de vista sobre el particular, la innegable influencia de los factores exógenos que también inciden en la evolución estatal.

Cuando un pueblo natural, para decirlo siguiendo a Heller, alcanza la categoría de pueblo cultural; esto es, cuando un conglomerado humano logra la estatalidad, esta no se da como fase final (casi automática) de un decurso que

inexorablemente conduzca a todos los pueblos por esa senda. Por eso queremos destacar la importancia prima del acto constituyente que sólo tiene lugar en momentos decisivos del Estado en formación.

Al respecto, es conveniente no perder de vista que el acto constituyente representa un interesante ejercicio democrático, el cual sólo es posible en las sociedades maduras que han arribado -por lo general a través de procesos violentos- a estadios donde los iguales tienen igual oportunidad para decidir. Esta es la columna vertebral de la democracia. Así pues, la formación y el surgimiento de los Estados -para contradecir a los teóricos de los totalitarismos y de las dictaduras disfrazadas-, por lo general, no ha obedecido a los impulsos mesiánicos de uno o varios dentro de un grupo; más bien, ha sido el resultado de la maduración colectiva paulatina, a veces lenta, pero siempre firme de los pueblos. Por eso, habrá que recordar con Heller a los que ejercen el poder que *"El núcleo de poder tiene poder en el Estado, pero no el poder del Estado."*⁴

Nos referimos aquí y es oportuno precisarlo, a la concepción sobre el nacimiento formal del Estado. Definitivamente, el nacimiento y formación (real) de los Estados, es incluso un asunto propio del estudio de la Sociología Política; para los efectos del presente desarrollo, sin desatender este enfoque "material", consideramos suficiente con decir que los Estados nacen formalmente en sus Constituciones.

Estamos así, ya en la posibilidad de señalar la vinculación que existe entre los conceptos de Soberanía, Poder Constituyente, Constitución (su producto formal), Poderes Constituidos y el llamado Constituyente Permanente.

No deja de ser interesante lo manifestado por Carré de Malberg en relación con la soberanía: *"Tomada en su acepción precisa, la palabra soberanía designa, no ya una potestad, sino una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad. La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él. Por lo tanto, cuando se dice que el Estado es soberano, hay que entender por ello que, en la esfera en que su autoridad es*

4 Op. cit. p. 259

*llamada a ejercerse, posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder.*⁵

Ciertamente, el Estado concebido como unidad, es soberano; sin embargo, la más pura expresión de esta cualidad corresponde al pueblo y una de sus manifestaciones primigenias es la que mediante el ejercicio de esa potestad reservada originariamente a éste, se cristaliza de diversas formas en un documento fundamental. Por eso, el Poder Constituyente resulta ser un tema tan atrayente, no ajeno a la controversia y a la discusión. Si como lo anotamos líneas atrás, el resultado de ese ejercicio “formador” o constituyente, es el nacimiento formal de un Estado; id. est. el diseño de la fisonomía del pueblo y su proyección para el porvenir vaciados en una Carta Fundamental, entonces, los principios esenciales inscritos en la Constitución, revisten un asunto de la mayor envergadura.

Es evidente que si tomáramos en cuenta -desde la perspectiva de la soberanía-, la forma en que se comprende el acto fundacional o constituyente, tendríamos que retrotraer nuestra investigación hasta el origen del Estado. Y aquí nos hallaríamos ante la delicada tarea de señalar cuál ha sido el momento a partir del cual podemos decir que un pueblo ha alcanzado el grado de evolución suficiente para ser considerado dentro de la categoría de Estado.

Por su parte, Heller hizo esta referencia en relación con lo que estamos tratando: *“Gran confusión produjo en la Teoría del Estado el hecho de que, a partir de Rousseau y del romanticismo, se haya atribuido al pueblo, como nación, una personalidad con sensibilidad y conciencia, voluntad política y capacidad política de obrar. El pueblo se convierte así, de manera metafísica, en una comunidad de voluntad a priori y en una unidad política preexistente, lo que no responde a la realidad, ni presente ni pasada. La nación, tal como hoy la entendemos, fue desconocida en la Edad Media, y todavía en el siglo XVIII los vínculos eclesiásticos y dinásticos aparecían en la política mucho más fuertes que los nacionales. Hasta la época del capitalismo avanzado no se constituyeron los pueblos en naciones. Es a partir de la Revolución francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción contra éste,*

5 Carré de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*. F.C.E. México, 1998. p. 81

*cuando las naciones en creciente medida, aparecen como las más pujantes fuerzas formadoras de Estados.*⁶

De acuerdo con estas ideas, las tesis sobre la soberanía, en las vertientes derivadas de sus diversos centros de imputación, conocidas como soberanía popular, nacional y estatal, de acuerdo con su evolución histórica, se presentan como otro elemento propio y definitorio del tema en comento. La soberanía como atributo en latencia del pueblo, se vivifica y se vuelve praxis y realidad con todas sus posibilidades de creación, cuando se materializa en actos cuya única limitación reside (extrafronteras) en el orden jurídico internacional y (al interior del Estado) en los propios alcances y dimensiones del mismo ejercicio soberano.

El poder que constituye, el que da forma jurídica y política a una organización humana, inaugura en un ejercicio de plena soberanía, a una nueva entidad. Una vez formada o instituida la nueva estructura jurídico-política que es vaciada en la Constitución, los órganos (que no los poderes) creados, modelados y plasmados en la Carta Fundamental, deben ajustarse necesariamente a los lineamientos y prescripciones de ésta.

Por una sola cuestión de orden y supervivencia debe ser así. El Poder Constituyente que no conoce más limitaciones que las espaciales marcadas por los otros entornos de la geografía política, señala en este acto fundacional la orientación y el sentido de la nueva entidad estatal.

Es entendible entonces, porqué la tesis de la soberanía como atributo de la nación, logró irrumpir en el contexto jurídico-político decimonónico, como sólido argumento para servir de enlace entre los afanes revolucionarios y el resultado jurídico-normativo de las reuniones y debates no exentos de idealismo de los "Estados Generales" y de las "Juntas o Asambleas Constituyentes". Por esta razón, al referirse a esta forma de ejercicio soberano, los constitucionalistas generalmente tienen que decir que los Estados nacen de un acto constituyente.

6 Op. cit. p. 179

Antes de iniciar el análisis de la Teoría de la Constitución que nos permitirá realizar algunas reflexiones sobre los principios constitucionales, consideramos conveniente poner en la mesa de discusiones los conceptos e ideas siempre contrastantes entre el decisionismo schmittiano y el normativismo kelseniano, para seguir el hilo conductor de ese añejo y profundo debate que sigue siendo motivo de intentos encomiables por dilucidar algunas zonas al parecer inextricables del derecho y para enriquecer el acervo de la ciencia jurídica de nuestro tiempo.

Sabemos que una de las escuelas de mayor renombre en el ámbito de la ciencia jurídica, ha sido la de Hans Kelsen; el maestro austríaco que tantas aportaciones hizo al mundo del derecho. Sin embargo, a pesar de haber sido uno de los más destacados científicos del derecho, debemos subrayar la fría recepción que algunos autores hicieron de su doctrina sobre la pureza del derecho.

Una de las principales afirmaciones de sus contrarios, dice que llevadas al extremo, las ideas del maestro vienés condujeron a una Teoría del Estado sin Estado; al respecto, se aduce una clara metafisización de lo estatal y su impropia identificación con el derecho; es decir, que la transposición entre derecho y Estado, dejó al descubierto muchos resquicios de ambos conceptos que hoy en día son campo fértil para la confrontación y las discusiones sobre la razón de Estado y sobre la validez y la eficacia del derecho.

Es importante destacar que en la medida en que lo real, lo fenoménico, es trasladado al ámbito del derecho, el cual finalmente es una construcción del intelecto; en esa misma proporción, el sentido y alcances de lo normativo aspira a moldear y conducir el mundo de lo fáctico. Esto es, que nunca deben entenderse desvinculados estos dos importantes aspectos; pues por un lado, la capacidad de transformación del derecho es innegable y sus repercusiones en la realidad son siempre tangibles y, por el otro, la llamada *fuerza normativa de lo fáctico*, plasma su presencia y determina indiscutiblemente la orientación de las normas jurídicas en un sistema social específico.

Se comprende de esta forma, que las expresiones de Lasalle, rayanas en el materialismo dialéctico, no pueden dejar de reconocer que la teoría marxista del derecho, realizó una invaluable aportación a la ciencia jurídica, habida cuenta de que no podemos negar ni reducir a simples fórmulas, la realidad

palpable en las relaciones que existen entre los diversos núcleos sociales (para no emplear la frase “clases sociales”).

Sin embargo, indagar hasta dónde la realidad y toda la llamada estructura pueden dictar un sentido específico a la superestructura, es una tarea que seguramente seguirá inconclusa por mucho tiempo. Tal vez, el planteamiento realizado por Marx entendió sólo una parte de los problemas sociales, porque al intentar explicar en un afán sintético, la problemática del entramado social, esto no le fue posible sirviéndose de una sola referencia teórica.

Volviendo al tema que nos ocupa, en este entendido, la explicación enunciada por Schmitt respecto del Poder Constituyente, retomó todas esas circunstancias propias de la vida de todos los días. Así lo expresó el ilustre autor, comentarista de la Constitución de Weimar: “*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia de la unidad política como un todo.*”⁷

Más adelante señaló: “*En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituídas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta siempre en formas nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva.*”⁸

Es pertinente señalar que en la tesis de Kelsen la dinámica jurídica ocupa un sitio de primer orden. Si hemos de hacer caso al maestro vienés, la validez de la norma jurídica yace imbíbida en sí misma; además, es oportuno resaltar que la norma jurídica en cuanto tal, sólo es válida o inválida, nunca se pueden hacer consideraciones de otro tipo acerca de ella. Este es el auténtico valor de las normas jurídicas.

7 Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editora Nacional. México, 1970. p. 86

8 *Ibidem*, p. 91

Siguiendo esta idea, al referirse al origen de la Constitución, que para él no es más que norma jurídica, Kelsen señaló: "*Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca.*"

*Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (Grundnorm)."*⁹

En este orden de ideas, a la pregunta sobre qué es la Constitución y cuáles son sus fines inmediatos o su proyección efectiva sobre la realidad, no podemos responder solamente con los argumentos, ya de suyo obsoletos, que la conceptúan como un documento formal y solemne sancionado por una asamblea constituyente, porque incluso el Poder Constituyente ha sido objeto de severos cuestionamientos.¹⁰

Innegablemente, el *pouvoir constituant*, uno de los principales postulados de la revolución francesa, entraña la facultad prístina del pueblo para darse una Constitución. A la luz de la teoría más comúnmente aceptada de la soberanía popular, la decisión fundante del orden normativo supremo deviene del pueblo, de sus representantes. Este acto fundatorio que posteriormente da permanencia al órgano vigilante de la Constitución es, seguramente, uno de los más importantes en la formación del Estado.

9 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa. México, 1993. p. 202

10 Negri, Antonio. *El Poder Constituyente, Ensayo sobre las alternativas de la Modernidad*. Libertarias/Prodhufi. España, 1994.

Definitivamente, cualquier referencia a la Constitución de un país, tiene que tomar en consideración, la forma y composición del Estado en análisis. Esta afirmación se sustenta en la innegable influencia que la estructura de un país tiene en su orden normativo. Esto significa que aún cuando la organización de los Estados, al menos en los primeros niveles, proviene de la Constitución, no debemos olvidar que como consecuencia de la función legislativa, hay muchos otros órganos de la administración pública que no tienen ese origen constitucional; es más, en algunos casos ha sido preciso reformar la Constitución para incluirlos en ese rango o jerarquía.

Los órganos de tal naturaleza, sin dejar de ser importantes en la vida estatal, no tienen las mismas características que arropan a los del primer nivel de la estructura del poder. Incluso, por las trascendentales tareas que desarrollan, estos órganos secundarios deben ser constitucionalizados; este fue el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que el 27 de enero de 1992, se elevó a rango constitucional. Tal vez esta pudiera ser una de las explicaciones más defendibles sobre las múltiples reformas que desde su nacimiento ha sufrido la Constitución Mexicana de 1917.

Ahora bien, la teorización sobre la formación del Estado y concretamente sobre el acto fundacional del mismo, debe partir necesariamente del análisis de la Constitución, de lo que específicamente debemos entender por este concepto fundamental para toda investigación jurídica que aspire a la cientificidad.

Como bien lo señalan los axiomas de la metodología jurídica, la comprensión de los conceptos requiere necesariamente del rigor en la investigación que haga viable desde el punto de vista científico, cualquier aportación sobre la ciencia del Derecho. *"En efecto, la primera etapa del proceso de conocimiento es aquella que tiende a advertir o conocer el carácter del objeto, sea que éste tenga una existencia real o bien una conformación ideal o eidética. A esta etapa Hartmann la denomina fenomenológica."*¹¹

11 Lara Sáenz, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1991. p. 29

Aquí podemos hacer una breve referencia a la existencia dentro del Estado de diversos niveles estructurales que al mismo tiempo determinan la impronta que cada instancia de gobierno o que cada órgano del Estado tiene en el seno del ser estatal. Así por ejemplo, no sería correcto confundir las funciones de un órgano primario con las tareas propias de órganos que se hallan ubicados en la parte media o inferior de la estructura gubernamental.

Esta temática la abordaremos con mayor detenimiento en otra parte del presente trabajo. Por el momento, creemos que resulta necesario dedicar unas líneas a otro tema de primer orden en el Derecho Constitucional; me refiero a las llamadas decisiones políticas fundamentales que entrañan una zona metajurídica que por lo mismo, difícilmente puede ser entendida y ubicada en el plano de estricto derecho. Obviamente también en lo referente a este tema las posturas ideológicas son diversas y encontradas.

Algunos juristas, entre ellos el doctor Carpizo, han dedicado importantes trabajos a este aspecto. Para el autor citado, *"Las decisiones fundamentales son los principios rectores de todo el sistema jurídico, son las que marcan y señalan su ser, son su esencia misma y si alguna de ellas falta o se suprime, entonces ese derecho se quiebra para convertirse en otro. Las decisiones fundamentales no son universales sino se encuentran determinadas por la historia y la realidad socio-política de cada comunidad. En México, las decisiones fundamentales de la Constitución de 1917 son siete, a saber: soberanía, derechos humanos, separación de poderes, sistema representativo, régimen federal, juicio de amparo y supremacía del estado sobre las iglesias."*¹²

Al respecto, en el pensamiento de Lasalle encontramos una versión distinta de este fenómeno. Al definir a la Constitución, este autor señaló: *"Así pues, hemos visto hasta ahora lo que es la constitución de un país: los factores reales de poder de un país."*¹³

12 Carpizo McGregor, Jorge. *Estudios Constitucionales*. Porrúa. U.N.A.M. México, 1994. p. 91

13 Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Hispánicas. México, 1987. p. 46

Destaca desde luego, la diferencia esencial entre estas dos concepciones. No basta, dice Lasalle, con vaciar en el texto de una Ley fundamental, decisiones para el futuro; es preciso que esas decisiones sean acordes con la realidad de un país; concretamente que lo que reza la Constitución escrita coincida con la Constitución real que no es otra cosa que los factores reales de poder de un país.

Luego entonces, establecer decisiones fundamentales en el texto de una Constitución no es ejercicio fácil, se requiere que el espíritu del pueblo, el *Volksgeist* a que hace alusión la doctrina alemana, debidamente interpretado por los integrantes de la Asamblea Constituyente, sea trasladado y elevado al nivel de declaración esencial, o decisión política fundamental.

En el marco del presente trabajo, debemos señalar que supremacía, primariedad, fundamentalidad, inviolabilidad, son conceptos distintos; estos los denominaremos *principios constitucionales*, comunes e irreductibles en toda Constitución, que tenga en el ámbito interno del Estado de que se trate, la alteza de funcionar como punto último de referencia en las controversias y en las demandas de los ciudadanos, y como eje y motor de la conducción del gobierno del Estado; por eso no es factible desconectar a la Constitución de su majestad en el campo de la praxis, del importantísimo papel que juega en las relaciones horizontales y verticales que a cada momento se plantean en el ejercicio del poder doméstico, así como en las relaciones interestatales, donde ciertamente el tema de la soberanía es añejo y sólo hace resonar como un eco la voz del Bodino de las monarquías absolutas.

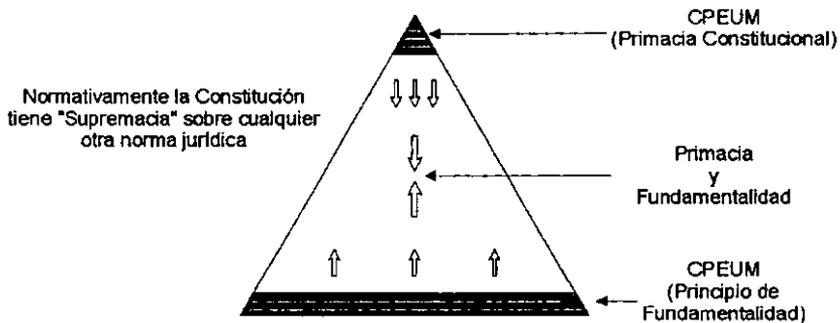
Los *principios constitucionales* -así los hemos llamado para no atraer una confusión con la doctrina de Schmitt-, son el sustento insustituible de toda Constitución. En primer término, queremos verter algunos comentarios acerca del más debatido de todos; me refiero al principio de supremacía. En la escuela de Hans Kelsen, bastaría con decir que normativamente la Constitución tiene una jerarquía indiscutiblemente superior a cualquier otro orden normativo.

Sin embargo, intentaremos demostrar que la supremacía de la Constitución va más allá del formalismo. No es suficiente según lo consideramos, con afirmar, así, de manera unilateral, sin tomar en cuenta otros puntos de vista que la Carta Magna es suprema, por la sola razón de que tiene mayor jerarquía sobre toda la demás producción jurídica del Estado. Es preciso además, que con

detenimiento y alejados de cualquier prejuicio sobre las diversas escuelas que se han pronunciado al respecto, expresemos la idea de que la supremacía formal, debe caminar siempre (este es el ideal), al lado de la supremacía material; tal vez estas dos acepciones no vayan nunca al mismo ritmo; es posible que pretender su tránsito conjunto, sea una falacia; sin embargo, bifurcar los dos sentidos de la supremacía constitucional, sólo podrá conducir a explicaciones insuficientes y limitadas.

En el siguiente esquema nos hemos permitido establecer nuestra tesis sobre los principios constitucionales. De acuerdo con el diagrama en comento, al principio de supremacía (formal), debe corresponder el de fundamentalidad de la Constitución. Esto significa que la tesis kelseniana sobre el principio de supremacía, resulta insuficiente ya que no es posible explicar de manera convincente, con estos solos argumentos, porqué la Constitución se ubica, sin más, en la cúspide de la famosa construcción geométrica. ¿Acaso no también la Constitución está caracterizada por su fundamentalidad? ¿No es la Constitución el basamento de toda la producción jurídica de un determinado Estado?

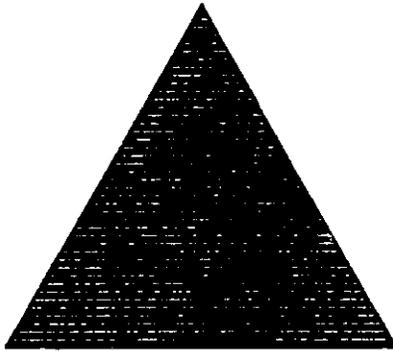
TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN (ENFOQUE FORMALISTA)



La Constitución es el Fundamento de toda la producción jurídica

El enfoque formalista sirve para demostrar la validez de la primera parte de la tesis Iglesias: **"Sobre la Constitución nada..."**

EL ORDEN CONSTITUCIONAL

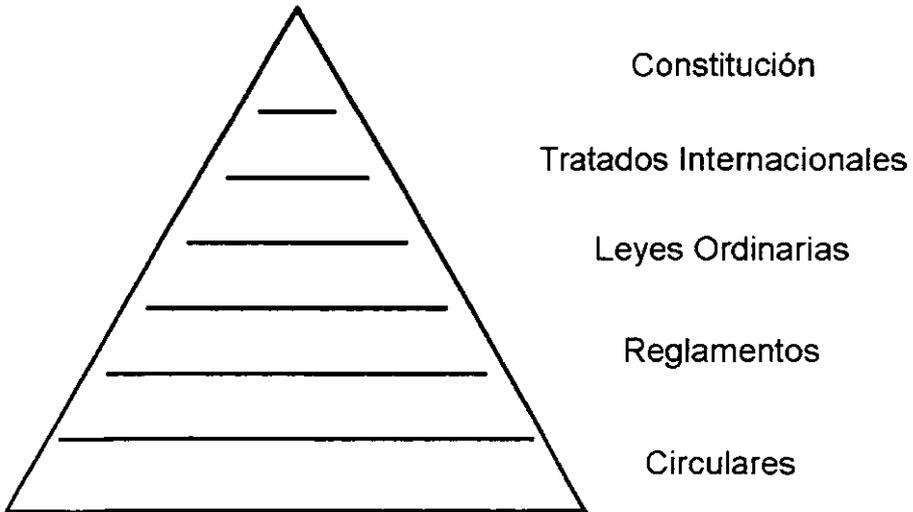


La Constitución no sólo ocupa la cúspide y la base de la pirámide kelseniana, sino el llamado

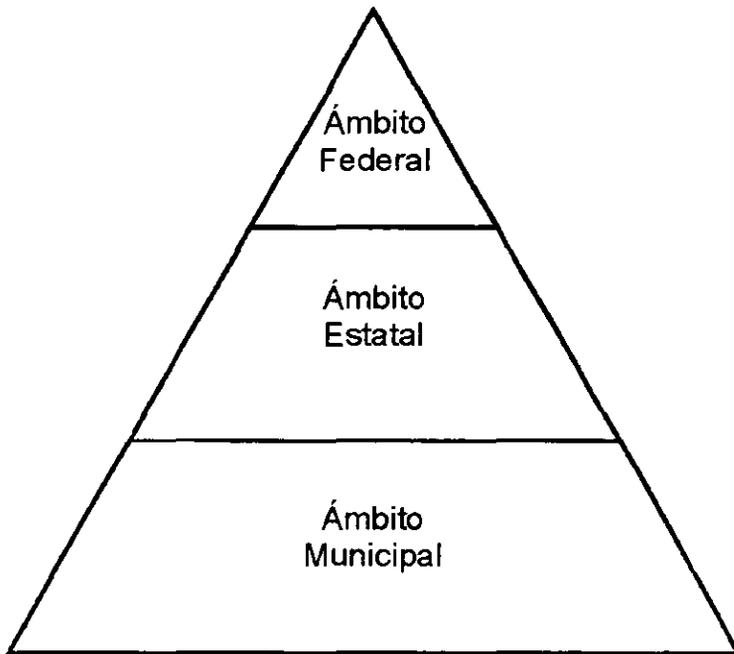
"Universo Jurídico Total"

Todas las normas jurídicas deben ajustarse a la norma suprema fundante.

LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL (TESIS DE HANS KELSEN)



LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL (UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL ÓRGANO)



Todas las autoridades deben estar sujetas a la Constitución

Cada una tiene un catálogo taxativo de atribuciones
y un marco delimitado de competencia

"...sobre la Constitución nadie"

Desde el análisis de los trazos que ilustran las páginas anteriores, se puede llegar a comprender la razón por la cual la Constitución es suprema y fundamental.

Su primacía, esto es, la llamada supremacía constitucional, está determinada por el lugar de indiscutible preeminencia que ocupa frente a todas las demás normas jurídicas, llámense leyes ordinarias o reglamentarias, o bien sea, tratándose de disposiciones locales de las entidades federativas, códigos, reglamentos y circulares.

Esto significa que la supremacía constitucional a que se refiere la doctrina moderna, puede ser identificada sin mayor problema, con el principio de primacía, también conocido como principio de primariedad. El formalismo desde el que se mira esta concepción, nos permite afirmar que la primacía constitucional no es un término ni una construcción jurídica suficiente para comprender en toda su magnitud la idea de supremacía constitucional, porque le falta una arista que no puede ser desatendida acerca de lo que aquí nos permitimos denominar la primacía material que no es más, pero tampoco menos que la referencia a la superposición de la Constitución en relación con los intereses particulares de los hombres a los que rige y cuyas conductas regula.

Explicemos esto; la pirámide kelseniana constituyó en su momento, una idea que permitió al maestro de la escuela de Viena, expresar de manera sencilla que la *Grundnorm* tiene que ubicarse por encima de toda la demás producción jurídica, por la sola razón de que se trata de la norma fundante básica. Así es como los dos principios, al parecer opuestos de supremacía y fundamentalidad, se funden y al conjugarse hacen posible que un sistema jurídico determinado, tenga coherencia y esté debidamente jerarquizado.

La primariedad de una Constitución, deviene de la jerarquía y alteza que caracterizan esencialmente a cualquier documento de esta naturaleza. ¿Acaso deberíamos preguntarnos la razón por la cual en un Estado compuesto como es el caso de México, las Constituciones locales deben estar sometidas a la General de la República? Creemos que el Pacto Federal, es la explicación inmediata; basta con remitirnos al texto del Acta Constitutiva de 1824 para comprender esta aseveración. Jurídicamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene primacía sobre las demás, porque contiene

la Declaración Fundamental de la República. Además, la idea de la Soberanía Nacional condensa todas las razones que se pueden invocar políticamente. Desde nuestra perspectiva, hasta el momento, el derecho de secesión está sabiamente vedado a las entidades federativas.

Por cuanto hace al principio de inviolabilidad de la Constitución, que abordaremos con mayor detenimiento más adelante, podemos señalar que justamente por su carácter supremo, la Constitución no debe perder su vigencia. Sin embargo, esto se halla muy lejos de ser lisa y llanamente lo que reza el texto del artículo 136 de nuestra Carta Magna.

La primera parte del numeral invocado señala que la Constitución no perderá su fuerza y vigor aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. Hasta aquí estamos de acuerdo.

En segundo término, el precepto constitucional en comento, señala la forma en que se restablecerá la observancia de la Constitución. Para el propósito del presente trabajo, es necesario señalar que la inviolabilidad constitucional, de ninguna manera puede reducirse a cuestiones pragmáticas determinadas por gobiernos de facto, emanados según se puede entender, de alguna revuelta o rebelión. El desconocimiento de las instituciones políticas y, más aún, el desacato franco y abierto a nuestra Carta Magna, pueden ser materia antes bien, de un análisis desde el punto de vista penal para determinar la probable configuración de algún delito; ¿No son estos los elementos constitutivos del tipo penal de rebelión?, ¿Qué sucedería en el hipotético caso de que una vez que el pueblo recobrara su libertad, al intentar que los rebeldes fueran sancionados conforme a las prescripciones dictadas con arreglo a la Constitución y *las leyes que en su virtud se hubieren expedido*, los justiciables, con todo derecho, hicieran valer el principio de irretroactividad de la ley?, ¿Acaso el artículo 136, encierra una velada negación de la experiencia histórica que ha demostrado la ilegalidad de los *tribunales especiales* descritos en el numeral 13 de la propia Carta Magna?

Queda así demostrado que entre la normalidad y la normatividad hay una zona casi infranqueable que solamente con la conciliación de las dos posturas radicales de Kelsen y Schmitt, es posible zanjar. Frente al también maestro de las Universidades de Colonia y Praga, la tesis schmittiana sobre la capacidad del poder y de la voluntad política, no sólo es expresión de un punto de vista

totalmente divergente; es además, clara manifestación de la fe en el poder, descrita de manera magistral por Loewenstein al inicio de su "Teoría de la Constitución", al referirse a la *enigmática triada*.¹⁴ Tal vez, al poder, al amor y a la fe, debería agregarse la visión que siempre palpitó en el pensamiento de Kelsen; el poder del derecho; la fe en el orden jurídico; y hasta el amor profesado al derecho por su capacidad legítima para conducir y encauzar al hombre y al Estado.

Esta fe en el poder y en el potenciamiento de lo político, característicos en Schmitt, ha representado la antinomia del formalismo jurídico. Carl Schmitt, decidido partidario de lo político como fuente y como expresión pragmática de lo posible, nunca negó la fuerza del derecho; antes bien, supeditó y condicionó la producción jurídica a los fines del Estado. Por esta razón principal, la posición decisionista de Schmitt, por más que se intente incrustarla en el escenario jurídico, ha sido llamada a formar parte indiscutible de los afanes intelectuales por justificar al Estado, al margen del derecho y sin consideración de su teleología o de sus valores y principios políticos.

Cabe preguntarnos si esta concepción acerca de la inviolabilidad, impregnada de formalismo, carece de la otra parte que hemos venido mencionando; id. est. que la verdadera inviolabilidad de cualquier Ley fundamental, está garantizada solamente cuando es posible hacerla valer por encima de gobernantes y gobernados y aún en contra de las decisiones políticas no fundamentales de los primeros y a pesar de las exigencias metaconstitucionales de los segundos.

Es posible advertir en las presentes líneas, una preocupación que innegablemente vertebró y guía nuestra investigación. La esencia de nuestra Constitución tiene que ser preservada y resguardada frente al mundo del *nomos* y frente a la acción pragmática de los órganos del Estado. Cuando normas jurídicas de menor jerarquía contravengan los principios constitucionales, la decisión deberá estar al lado de estos preceptos; esta es la materia del control constitucional. Asimismo, cuando los actos u omisiones del aparato gubernamental de cualquier nivel, entrañen oposición abierta o encubierto propósito por desconocer el espíritu del texto constitucional, invariablemente

14 Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel. España, 1976. p. 23

habrá que tomar en cuenta que los poderes públicos y, más aún, quienes fungen como titulares de los mismos, deben sujetar de manera incontestable todos sus actos al contenido de los numerales vaciados en la Carta Magna.

Por esto los principios constitucionales implícitos en el sistema jurídico de cualquier Estado, deben conectarse desde las dos perspectivas: La del formalismo kelseniano y la del decisionismo de Schmitt; este último avalado, inclusive, por el realismo de Lasalle.

Una Constitución así concebida, que sea capaz de vaciar en su texto estos principios, permitirá más que cualquier otra, cerrada o de recios controles, los ejercicios plebiscitarios, así como los atisbos de una democracia en proceso de formación. Reservamos para el último capítulo de nuestro trabajo, el análisis de esta interesante temática. Por el momento, creemos que es suficiente con expresar que un Estado de Derecho resulta inconcebible sin una Constitución sólidamente estructurada; en este orden de ideas, corresponde a los ciudadanos fortalecer sus principios, fomentar su respeto, creer en ella y cumplir con lo que manda.

Estas ideas que nacen de nuestra fe en el derecho, no conllevan una mutilación o una oposición absurda a los derechos de las generaciones por venir. En la vorágine del tiempo, seguramente las circunstancias y las condiciones en que vivirán los mexicanos del nuevo milenio, exigirán esquemas de convivencia distintos, estructuras político-administrativas más eficientes y sensibles, así como instrumentos jurídicos que al permear en la vida social, permitan mejores oportunidades para la capilaridad social y el incremento de la calidad de vida. No sabemos si el texto actual de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, responderá a las exigencias de ese escenario futuro; probablemente no sea así.

Motivo de otra controversia, es la afirmación de que al cambiar las necesidades sociales, deben cambiar los esquemas jurídico-políticos que pretenden regular y encauzar a la realidad. Hablar del principio de reformabilidad constitucional, contenido en forma imprecisa en el artículo 135 de nuestra Ley fundamental, nos lleva a mencionar, someramente, las dos posturas que existen sobre el particular. Una, que estima que es posible reformar cualquier precepto de la Carta Magna; la otra que sostiene la improcedencia de la introducción de reformas a los artículos que contienen decisiones políticas fundamentales;

nosotros creemos que esta segunda idea condice más con el espíritu de la Carta Magna. Más adelante, abordaremos esta interesante cuestión; aquí, es suficiente con destacar que la reformabilidad constitucional es otro más de los principios que sostienen y refrendan la alteza y jerarquía de nuestra Constitución Política.

De acuerdo con los principios aquí señalados, el Poder Constituyente tiene una función histórica, política y jurídica de marcada trascendencia. Sin embargo, es conveniente hacer algunas precisiones al respecto. En primer término, debemos marcar los linderos que existen entre el Poder Constituyente y la Constitución; y no olvidar una reflexión absolutamente necesaria con respecto a lo que desde este momento denominaremos *el tetraedro constitucional*; esto es, la alusión obligada de todo científico del derecho a la inescindible relación -tal vez incluso temporal y no sólo conceptual- entre la Soberanía, el Poder Constituyente, la Constitución (su producto formal) y los Poderes Constituidos.

De esta forma, los principios constitucionales en cita, son la envoltura y el andamiaje de la Constitución. Desde una perspectiva totalmente alejada del formalismo jurídico que supera incluso los esquemas dogmáticos, creemos que al cumplir con la encomienda de estructurar una Carta Magna, el poder constituyente, debe atender además un fin más alto; debe procurar en la medida de lo posible, crear una Constitución perdurable, garantizada por el principio de permanencia constitucional.

¿Cómo es posible garantizar la permanencia de la Constitución si su reforma casi no tiene restricciones? Es indudable que la adecuación de la norma constitucional a las demandas de la sociedad en constante cambio, representa una de las atribuciones vitales del pueblo; es, al mismo tiempo, una de las facultades esenciales del poder legislativo; sin embargo, debemos preguntarnos si esta facultad del legislativo no entraña una clara contradicción con este principio. La respuesta la buscamos en la segunda parte del presente capítulo. Sirvan por lo pronto estas ideas para mencionar de manera sucinta el principio de permanencia constitucional que tiene como fin primordial preservar y mantener vivo el espíritu del *Constituyente Originario*.

No cabe duda de que este ingente propósito, ínsito en la naturaleza de la Carta Magna, es el que hace converger a todos los principios constitucionales en un

afán sintético: La Constitución de un país es mucho más que solamente la Ley Fundamental, por eso Kelsen se quedó a la mitad del camino; pero también la Constitución es mucho más que el acto fundacional de un Estado; *“Según Schmitt, no es posible ni deseable ordenar la sociedad de acuerdo con reglas generales. La ley es aplicable en la normalidad. Pero en política la normalidad no es normal. De ahí el situacionismo jurídico de Schmitt... igualmente, la lectura constitucional ha de ser predominantemente política. Schmitt no acepta que la Constitución sea esencialmente un material jurídico: es decisión política, no norma. Por ello, según Schmitt, el positivismo practica una especie de fetichismo constitucional. Adora la cosa sin entender su contenido. Para superar esta limitación hay que escudriñar el verdadero cuerpo constitucional, es decir, la decisión política. Schmitt rompe así con el principio básico del pensamiento constitucionalista: el sometimiento del poder al derecho, la limitación del poder, la despersonalización del poder. En pocas palabras, niega la posibilidad de domesticar jurídicamente el poder...”*¹⁵ Por eso, para volverse defendible, la teoría de Carl Schmitt necesita arrojarse con el manto de la ley.

Así, acto y norma, voluntad y principios, soberanía del pueblo y potestad de los órganos, son las manifestaciones ambivalentes o duales, que laten en la vida en común, en la naturaleza de un ser colectivo denominado Estado, que además de ser un ente genuinamente político, debe estar orientado esencialmente hacia el ser humano. Esta es la síntesis de Kelsen y Schmitt; el Estado y el Derecho, el poder y la voluntad, la normatividad y las decisiones políticas, son siempre acto y potencia, ideas, fondo y forma del ejercicio pragmático del poder. Sin uno u otro, el Estado se vuelve un fantasma o un demonio; y el derecho, se convierte en instrumento inútil o en el mejor de los casos, en un catálogo de buenos propósitos, carente de fuerza y coercitividad.

Apelar a la conjunción de estas ideas, significa conceder un voto de confianza a las instituciones y a quienes las representan; si bien es cierto que el ejercicio del poder público no pocas veces se ve enturbiado por los excesos o las omisiones, también lo es que la *Lex legum* representa y seguirá significando

15 Silva Herzog Márquez, Jesús, J. "Sismología Política. Un apunte sobre Carl Schmitt", en *La Reforma del Estado, Estudios Comparados*. U.N.A.M. México, 1996. p. 605

el límite y la medida, valladar insuperable tanto para los gobernantes como para los gobernados. De ahí deriva su fundamentalidad.

Si para Kelsen quedó en definitiva desconectado el acto fundacional de esa *Grundnorm* que él mencionó, creemos que la poca importancia que el maestro dio a este aspecto, fue motivada por su búsqueda incesante de la pureza del derecho. Hay que tomar en cuenta que el derecho no está desvinculado de otros factores que inciden en él y lo determinan; estos son los factores reales de poder que difícilmente podríamos conjugar desde esta perspectiva y que desde un escenario distinto, constituirían el fundamento o la esencia del acto fundacional de la norma superior que Kelsen buscó afanosamente y que jamás pudo hallar en el mundo de lo normativo, porque esta decisión constituyente, únicamente se puede encontrar en el mundo fenoménico; en el mundo de lo fáctico.

Aquí está la escisión entre Kelsen y Schmitt. La distancia entre ambos se acorta cada vez que la ley se traduce en acción transformadora con todas sus posibilidades de creación, y cuando la discusión política supera el campo donde se despedazan el hombre y sus enemigos, o cuando se aleja del escenario donde se empantanán las ideas, hasta llegar a convertirse en valor para la maduración política y el ejercicio democrático. Mientras tanto, Schmitt y Kelsen, seguirán luchando y debatiendo, como lo hacen desde su lóbrega morada los personajes dantescos de Joly.

B) El Constituyente Permanente

La permanencia de la Constitución como ya vimos, demanda otros requisitos y condiciones sin los cuales la vuelta a las utopías previas al advenimiento del constitucionalismo se torna irreversible; sin estos requisitos y condiciones, tampoco es posible conceputar correctamente la naturaleza de las Cartas Fundamentales, ni es posible en consecuencia, conservar el terreno ganado a las autocracias y a los totalitarismos que dejaron su impronta en el mundo convulso del siglo XX.

Deberíamos hacer un recuento de las resonancias que el constitucionalismo ha dejado en las sociedades en formación durante esta centuria, para

comprender a cabalidad que Querétaro, Weimar o cualquier otra ciudad de las que vieron nacer las constituciones de nuestro siglo, son tan sólo el punto de referencia de la formación de las Leyes fundamentales de los países en los que la razón y los ideales democráticos fueron transformando poco a poco y de manera gradual, los anhelos difusos e imprecisos, vagos y lejanos, en la vida de todos los días.

No queremos, ni siquiera por asomo, dejar entreabierta la puerta a la posibilidad de que se diga que las Constituciones son eternas; necesariamente no lo son. Ni siquiera los Estados, ni los imperios que algún día se soñaron indestructibles, han quedado en pie frente a la poderosa fuerza transformadora del tiempo; juez y verdugo de todo lo existente.

Esta afirmación se sustenta en la percepción del desenvolvimiento de los acontecimientos del mundo que casi siempre van de la mano con los fenómenos sociales de mayor impacto. El rumbo de las sociedades y de sus instituciones, no son más que el reflejo de la vorágine dialéctica que pervive en el hombre desde el principio de los tiempos; tal vez sea este nuestro sino. Al no poder despojarnos de tal naturaleza, cambiante e impredecible, resulta lógico pensar que el desarrollo de las instituciones y del mismo derecho, se vea sometido a este vaivén y a ciertas expresiones accidentadas que hacen evidente el influjo del hombre, decisivo, imperfecto, pero al fin perfectible, o al menos, corregible.

Así por ejemplo, las instituciones de la antigüedad, entre las que encontramos a las magistraturas, los tesmotetas, los éforos o los heliastas, perecieron con su tiempo; y hoy solamente advertimos en los magníficos textos de los que se tiene memoria, la grandeza de las Constituciones de Licurgo y de Solón que con sus sabias enseñanzas son muestra imperecedera para las sociedades de nuestra época.¹⁶

Es evidente que la promulgación de una Constitución, marca el inicio de una nueva forma de Estado; dicho de otra forma, el Estado perfilado en una Carta Magna, conlleva la aspiración del pueblo de tener un *statu quo* distinto; en

16 Vid. Herodoto. *Los Nueve Libros de la Historia*. Porrúa. México, 1986. pp. 9, 18 y ss.

términos sociológicos, una Constitución no es más que la materialización jurídica o codificada de un proyecto de país, tal vez no definido de manera diáfana en sus preceptos legales, pero que está contenido en el espíritu del pueblo, en el alma nacional, en el *sensus communis*.¹⁷

Estos conceptos tomados en parte de la filosofía del derecho, deben aprehenderse en su justa dimensión. Ni lejanamente pretendemos afirmar que las instituciones jurídico-políticas deban estar salpicadas de romanticismo o de idealismos hoy ya superados. Antes bien, por el contrario, creemos que en la ciencia del derecho, no deben desatenderse ni soslayarse las importantes cuestiones de diversa naturaleza que quierase o no, matizan o yacen ínsitas en los textos jurídicos. Aspectos de tipo social, cultural, moral e incluso de carácter histórico viven y han logrado sobrevivir, a pesar de sus incontables reformas, en nuestra Carta Magna; por eso, deben ser cuidadosamente valorados para comprender mejor la razón por la cual cada Constitución define a un Estado con peculiaridades propias, con aspiraciones únicas, distintas y legítimas.

La promulgación de una Carta Fundamental anuncia el inicio de una nueva época; en esencia, implica una nueva forma de operación del poder público en su vinculación con los gobernados, así como de las relaciones verticales y horizontales en el ejercicio del poder y una nueva forma de entender las relaciones de los distintos centros que lo ejercen.

A partir de este momento, la sujeción de los órganos a lo prescrito por la Lex superior, es *conditio sine qua non*, para cumplir otro de los principios constitucionales; me refiero a la “permanencia” de la Constitución y así, consecuentemente, a otro principio de la Teoría de la Constitución: el de la “inviolabilidad”.

No deja de llamar nuestra atención la clasificación generalmente aceptada que menciona la existencia de Constituciones rígidas y flexibles. Esta afirmación,

17 Cfr. Las referencias de Hans Georg Gadamer a los conceptos de Tomás de Aquino y de Vico sobre el particular. *Verdad y Método I*. Sigüeme. España, 1997. p. 52 y ss.

común en varios tratadistas, que reviste singular importancia, debe ser motivo de reflexión y análisis para el constitucionalismo de nuestros días.

Si bien es cierto que esta clasificación, más apropiada para la academia que para la explicación pragmática del ser y quehacer de los órganos legislativos, no tiene mayor trascendencia para la praxis parlamentaria, también lo es que no se puede afirmar con ligereza que las constituciones son flexibles, por la "relativa facilidad" con que pueden ser reformadas.

Considero que al afirmar tal cosa, el principio de "reformabilidad" tiene sus límites, o al menos sus precondiciones (si se me permite el término). Estos límites y estas precondiciones, están definidos en la esfera del constitucionalismo por las ideas de permanencia e inviolabilidad. Debemos expresar al respecto que por cuanto hace al principio de inviolabilidad, las decisiones políticas fundamentales son el *substratum* de esta idea: el contenido de una Constitución, es mucho más que su sólo texto, por eso debe ser inviolable, porque en su seno subyace la historia del pueblo, sus luchas, sus afanes. Esta vida en común, no puede ser reducida de manera tan simple, a lo que dice el artículo 136 de nuestra Carta Magna. En caso contrario, ¿cuál sería entonces, el sentido de las decisiones políticas fundamentales?

La Constitución debe ser además permanente, porque la fisonomía de los Estados no puede cambiar a cada relevo institucional. En este orden de ideas, podemos atrevernos a aseverar que ningún ciudadano, que ningún gobernante, tiene derecho a introducir modificaciones de fondo al texto constitucional; hállese ahí vaciada la vida de un pueblo (tal vez la de varios pueblos naturales). Inscritas están en sus páginas, las aspiraciones comunes que hacen distintos a sus habitantes de los de cualquier otro Estado; por eso el proyecto de un país y de un futuro (sin que esto signifique una expresión romántica), pensados en el presente para hacerlos realidad el día de mañana, con la inigualable oportunidad que esto significa para las generaciones por venir, debe ser defendido y preservado. Esta debería ser la tarea y el leitmotiv del llamado Constituyente Permanente.

Es claro que el denominado Constituyente Permanente no es un poder. Trátase, antes bien, de un tipo sui géneris de "órgano" creado por el Poder Constituyente en el mismo acto fundacional. Aprobada la Constitución, promulgada e iniciada su vigencia, la vida institucional de un Estado, no puede

estar sujeta a los caprichosos vaivenes de la política y dar golpes de timón a cada momento. Para ser efectiva, la permanencia de la Constitución, precisa de un sistema jurídico que haga posible su defensa de los ataques temporales de los gobernantes y, al mismo tiempo, frente a las exigencias, no siempre legítimas y no siempre debidamente encauzadas de los habitantes.

Dos consideraciones caben en este punto. En primer lugar, vale decir que los actos extra y metaconstitucionales (vid. infra), atribuibles a quienes gobiernan en el Estado, deben ser combatidos con toda energía para volver al cauce de la normalidad y de la normatividad el desempeño del servidor público o de la autoridad que se arroge atribuciones legales no conferidas por algún ordenamiento legal.

Sobre esta interesante cuestión nos detendremos más adelante, a efecto de intentar demostrar porqué la supremacía constitucional es mucho más que la primacía normativo-formal, imbibida en la Carta Magna.

En este sentido, resulta elemental la exigencia ciudadana de que en el período relativamente corto de su gestión, los titulares de los órganos primarios del Estado, asuman invariablemente y sin pretextos el compromiso guiado y definido fundamentalmente por el espíritu del artículo 128 constitucional. La protesta que encierra el citado precepto, conlleva la obligación y el cometido moral de actuar siempre en bien de la República. Sin embargo, no siempre es así; sobran los casos en que detentadores del poder público han incurrido en claros excesos y han hecho de su encargopreciado botín familiar. Lamentablemente, nuestro país ha sido prolífico en tan reprobables situaciones.

Al margen de la formalidad que la protesta entraña, los funcionarios y servidores públicos en tanto que encarnan a los órganos del Estado, tienen la inexcusable obligación de guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este sentimiento, debería ser común denominador en quienes tienen la formidable tarea y el privilegio de servir a su patria.

Creo que todos los actos que de facto o de jure, tienden a minar la unidad del poder estatal o a debilitar la autoridad y la fuerza legal y moral de las instituciones, deben ser severamente castigados. Es inaceptable para los

ciudadanos mexicanos que los actos de claro latrocinio y corrupción de algunos miembros de los órganos primarios del Estado (id. est. la cúpula gobernante, como han dado en llamarle los “críticos del sistema”), sean vistos de soslayo como si no fuera en ellos comprometido el patrimonio y el futuro de las generaciones por venir.

Requerir una justificación más contundente para proceder penalmente de inmediato en su contra, no sólo demuestra la insultante impunidad de que gozan estos sujetos, sino que además resulta ofensivo para la colectividad (más adelante nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre los derechos difusos y los medios legales para hacerlos efectivos). Los argumentos metajurídicos que aquí pueden esgrimirse, como pudiera ser el caso de la “razón de Estado” o cualquier otra razón política de considerable peso o presencia, deben omitirse para dar entrada a las construcciones jurídicas que enlazadas con el alto propósito de hacer el bien común, deben ser la razón más sólida para dar efectividad y vida a los preceptos que el *Volksgeist* demanda de quienes gobiernan.

Aquí cabe decir que no es suficiente para los ciudadanos que los titulares de los órganos del Estado cumplan su función, limitada por el tiempo de su encargo, de manera más o menos satisfactoria; el servicio público siempre apegado a la legalidad y a la constitucionalidad, tiene que apuntar de manera inexcusable hacia los proyectos de largo alcance; ni siquiera la satisfacción inmediata de las necesidades más apremiantes de los gobernados, debe servir como pretexto para que las autoridades y los servidores públicos se desempeñen con una visión corta o limitada en su actuación. Sabido es que los paliativos que pueden darse a la población, no remedian las demandas ciudadanas.

En segundo lugar, la permanencia constitucional necesita además que los gobernados conduzcan el ejercicio de sus derechos esenciales por la vía de la legalidad; no escapa a nuestra percepción, la cuestión sobre el accionar de algunas garantías constitucionales, no siempre con estricto apego a los presupuestos normativo-legales; id. est. marchas, plantones, bloqueos de la vía pública, toma de instalaciones, etc., son muestra evidente del complejo mosaico que los mexicanos del nuevo siglo vivimos a diario. ¿Es válido exigir el respeto a los derechos subjetivos públicos por estos medios? La respuesta será variable según el escenario desde donde se atienda. Nosotros

consideramos que la cuestión de los derechos ciudadanos exigibles frente a la administración pública, debe analizarse invariablemente con los instrumentos jurídicos en vigor, nunca a partir de mudables consideraciones extrajurídicas.

Por todas estas razones, la vigilancia y la vigencia de la Constitución, deben ser encargadas a un órgano especializado. La preminencia de la Carta Magna frente a toda la demás producción jurídica, su alteza en relación con los órganos del Estado y, sobre todo, su naturaleza y majestad para con los gobernados, precisan -justamente por tratarse de la Ley suprema-, de un órgano y de una instancia con poder suficiente para preservarla y defenderla.

¿Se trata acaso de las atribuciones constitucionales reservadas para el denominado Constituyente Permanente?; ¿cuál es esa instancia u órgano legalmente facultado para prevenir y corregir los excesos de los gobernantes y de los gobernados? Estas son las interesantes cuestiones sobre las que gira el presente trabajo.

Primeramente, tenemos que decir que frente a la poderosa dialéctica de la sociedad mexicana de este tiempo finisecular, todo está sujeto a severos cuestionamientos: la política como actividad, la economía que se manifiesta con mayor acritud en amplios sectores de la población, las instituciones jurídicas a veces insuficientes para atender y resolver las demandas de los habitantes. El Estado, la familia, la religión y hasta Dios, se han constituido en temas abiertos a la discusión cotidiana y a veces resultan ser zonas de difícil acceso al diálogo.

La crítica que el común de la gente hace de estas cuestiones, no refleja más que la evolución, quiérase o no, de una sociedad -como lo refería Karl Popper- más abierta, más proclive a la democracia, con escenarios más propicios para el debate. Esta es la sociedad del siglo que inicia; tal vez ya ni siquiera sea adecuado invocar tan insistentemente estos términos que en breve carecerán del significado que hoy tienen; sin embargo, esta es la perspectiva desde la cual nos movemos y al no tener un promontorio para mirar el pasado o para realizar ejercicios de prospectiva, tenemos que enfatizar que el marco temporal de las presentes líneas, está definido por la finitud de sus alcances.

El Poder Constituyente entendido en su dimensión conceptual-atemporal (vid. infra), debe ser analizado indiscutiblemente, bajo la óptica determinada por el

tiempo y las circunstancias de su formación y de su actuación. En términos generales, el Poder Constituyente está caracterizado por la fuerza y amplitud de sus capacidades transformadoras; y es que como lo señaló Recaséns Siches: "... si carecemos de Derecho constituido, es palmario que sólo habremos de conseguirlo a través de un período constituyente en la ilimitada amplitud de su acepción. Esto es, roto el antiguo Derecho, carentes de otro nuevo, no puede existir un poder jurídico constituido con títulos de legitimidad, sino tan sólo el poder constituyente, pleno, uno e indiviso, de la soberanía."¹⁸ Si no fuera por la alteza del concepto en análisis, nos sería inconcebible esta extraña coincidencia entre el ilustre jusfilósofo Recaséns y el formidable Schmitt, quien al respecto escribió: "*El pueblo manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de existencia de la unidad política... la voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad...*"¹⁹

En estas manifestaciones de dos autores tan lejanos, podemos advertir la naturaleza del Poder Constituyente. Prácticamente en el acto de fundación o de refundación del Estado -sin que valgan en este punto los alegatos sobre los orígenes del ser estatal ni las discusiones sobre la justificación o no de sus medios-, encontramos una característica inmanente a su naturaleza. Podemos aseverar que el Poder Constituyente per se, no tiene limitaciones jurídicas. El tiempo posterior y los órganos nacidos de la nueva Constitución, son los factores que ya dentro de la normatividad, luchan por contener dentro de sus propios límites la función y actividad del Estado (id. est. los órganos del Estado).

Esta casi ilimitación, deriva de sus posibilidades de actuación. El Poder Constituyente que entraña además la expresión más perceptible de la soberanía popular, históricamente asume la responsabilidad de dotar de mejores instituciones al pueblo, de mirar más por los aspectos humanos y pasar a

¹⁸ Recaséns Siches, Luis. *El Poder Constituyente*. Javier Morata. España, 1931. p. 49

¹⁹ Op. cit. p. 95 y ss.

segundo término las cuestiones tan aclamadas por los teóricos de la estadalatría. Sin embargo, estos fines varían en cada caso; las particularidades propias de cada Estado, empero, se han ido homogeneizando paulatinamente a medida que la inevitable internacionalización de los derechos humanos gana terreno a los atavismos y a las prácticas antidemocráticas.

De tal guisa se desprenden una serie de cuestiones que competen al estudio de la Teoría de la Constitución. El Poder Constituyente, uno e indiviso, entraña el ejercicio más auténtico de la soberanía popular; ajenos a las ideas de los autores que han pretendido despojar al pueblo de esta cualidad que le es connatural para trasladarla a los órganos del Estado, consideramos que sin desatender los puntos de vista de quienes opinan distinto, la soberanía es el sustento del ejercicio constituyente, único, vital, trascendente.

Al final de su obra sobre la Teoría del Estado, Heller abordó en los siguientes términos el tema que estamos tratando: *"Puede considerarse como poder constituyente aquella voluntad política cuyo poder y autoridad esté en condiciones de determinar la existencia de la unidad política en el todo. Pero, sin normación, la masa humana no tiene ni una voluntad capaz de decisión ni un poder capaz de acción, y mucho menos autoridad... la existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia."*²⁰

De esta forma, es posible fundir en un propósito común el decisionismo schmittiano y el normativismo kelseniano. No se puede despojar a uno o al otro de la legitimidad de sus argumentos, ni se puede negar la necesaria presencia de ambas ideas en el acto fundacional, en el acto constituyente. A lo más, podemos decir que al Schmitt profundamente realista, que al político que subyace en su obra, que al Schmitt de la voluntad y del poder, le faltarán siempre autoridad y legitimidad, si al simple hecho de hacerse obedecer, no se le agrega el criterio de Kelsen, la guía normativa que al darle dirección lo

20 Op. cit. p. 298

provee además de legitimidad y "auctoritas", en el más puro sentido de la expresión.

Resulta lógico pensar entonces, que el giro conceptual que el Poder Constituyente toma al dimensionarlo en su indiscutible vinculación temporal a posteriori, apunta directamente hacia los poderes constituidos y de esta manera, enlaza poderosamente las decisiones políticas fundamentales con la praxis orgánico-estatal.

Así, nacimiento y forma, vida y acción, están referidas permanentemente al *Constituyente Originario* y a la manera en que los hombres se relacionan y viven al amparo de una Constitución. Por eso es tan importante preservarla y defenderla. El acto constituyente tiene cardinal importancia, no sólo como formador de una Carta Magna, sino además, porque de él se desprenden todas las capacidades de los órganos estatales, cuyos titulares, al potenciar su actuación, ejercen el poder público, el de todos, el de la colectividad. Este poder sólo puede ser legítimo, si está legalmente autorizado; si quienes lo ejercen en nombre del Estado, tienen autoridad y potestad jurídicamente reconocida.

Sobre la distinción entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos, consideramos importante citar al doctor Carpizo, quien ha realizado interesantes investigaciones en el campo del derecho constitucional. Dice el citado autor que: *"El constitucionalismo moderno se basa, entre otros aspectos, en la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Mientras que el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución. Mientras que el poder constituyente es un poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución. Mientras que el poder constituyente, en principio, es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos están completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de su competencia. Mientras que el poder constituyente es poder de una sola función: dar una Constitución, los constituidos poseen múltiples funciones. Mientras que el poder constituyente no gobierna, los constituidos fueron creados precisamente para gobernar."*²¹

Aún cuando nos resulta inaceptable su afirmación en el sentido de que el Constituyente Originario es el creador de todo el orden jurídico, es evidente

la aportación del doctor Carpizo, tendente a distinguir la esencia del poder constituyente y de los poderes constituidos. Uno y otros, finalmente, hallan su punto de referencia en la Constitución; el primero le da vida, la forma, la crea; los segundos, la hacen actuar, proyectar sus capacidades, y al insuflarle vitalidad mediante el ejercicio de sus atribuciones, la dimensionan en la legitimidad que solamente puede provenir del pueblo.

Para el desarrollo de esta importantísima tarea, fue creado un órgano sui géneris que se denomina “Constituyente Permanente”; resulta interesante conocer otras denominaciones que se han dado a éste, porque entonces es más fácil aprehender su esencia. Al respecto, el maestro José Barragán ha dicho lo siguiente: *“Para ganar en claridad, sin duda debemos mencionar que el poder reformador y revisor de la Constitución suele recibir diferentes denominaciones. Algunas de estas denominaciones ciertamente pueden gozar de mayor aceptación que otras. Con todo, esas diferentes denominaciones también pueden expresar matices doctrinales importantes, sobre todo, cuando esos matices se relacionan con las diferentes interpretaciones que en cada caso se le da a la idea de la soberanía. En México, los términos que con mayor frecuencia son empleados, tanto por la doctrina cuanto por la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, son los siguientes: poder constituyente permanente; poder constituyente de la nación; constituyente permanente; poder reformador; poder revisor.”*²²

Una tesis contraria es la sostenida por el doctor Covián, quien ha manifestado que: *“La “teoría del constituyente permanente” se sustenta en un solo elemento: la ausencia de límites expresos. Sin embargo, su base misma de argumentación pierde de vista que si fuese un poder constituyente y por ende soberano, no tendría que sujetarse ni siquiera a límites o procedimientos jurídicos formales. Dicho en otros términos, es un contrasentido sostener que el poder reformador o revisor previsto en el artículo 135 es constituyente y soberano, pero tiene que cambiar la Constitución mediante un procedimiento*

21 Op. cit. p. 573

22 Barragán Barragán, José. “El Poder Revisor y el Sentido Originario de la Constitución”, en *Memoria del Simposio Internacional El Significado Actual de la Constitución*. U.N.A.M. México, 1998. p. 48

prestablecido que no puede variar y que si no señala explícitamente cuánto puede hacer, sí lo limita claramente en relación a cómo lo debe hacer."²³

A nuestro parecer, resulta inconcuso que el denominado "Constituyente Permanente", tiene a su cargo una tarea propia para Sisifo. El poder revisor, sin embargo, realiza una doble función: primero, como poder constituido, dotado de atribuciones y competencia; en segundo término, como instancia responsable de las reformas a nuestra Carta Magna.

Incluso, tal vez más que realizar una doble función, el llamado Constituyente Permanente hállese marcado por una naturaleza dual o híbrida. Si no es fácil resolver el conflicto planteado sobre los alcances del ejercicio del poder revisor, menos aún lo es, acercar dos ideas que por sí mismas son materia suficiente para escribir abundantes líneas. Me refiero a la naturaleza única del "Constituyente Permanente"; ¿acaso por integrarse con diversos *poderes constituidos* es un órgano?; de ser así, ¿cómo se explica el hecho de que un órgano dotado de atribuciones, con una competencia claramente delimitada, pueda realizar reformas a la Carta Fundamental que lo dotó de existencia? Intentaremos explicar esto.

Desde los primeros documentos constitucionales de nuestro país, el tema relativo a las reformas de la Ley Fundamental, ha ocupado importantes espacios. Ya mencionamos someramente, cuáles son las dos ideas fundamentales acerca de los alcances de las reformas que es posible introducir en nuestra Carta Magna. Resulta evidente que el tema de las decisiones políticas fundamentales, es un rico filón propicio para la investigación y para valiosas aportaciones jurídicas; aún cuando la doctrina muestra distintas posturas y puntos de vista divergentes sobre el particular, podemos decir que para la existencia de la sociedad política y del Estado, justamente por la naturaleza mudable de las circunstancias en que se desarrolla la vida individual y colectiva de los seres humanos, es necesario llevar a acabo la renovación periódica de las leyes que rigen a los hombres y de aquellas que regulan la actuación de los órganos del Estado.

23 Covián Andrade, Miguel. *Teoría Constitucional*. El Pliego. México, 2000. p. 202

José María Iglesias, jurista del siglo XIX, expresó en los siguientes términos esta inquietud: '*En una constitución deben irse introduciendo, aunque siempre bajo reglas determinadas y con profunda circunspección, las modificaciones y reformas que señalen como necesarias, ya el estudio más detenido de las cuestiones políticas y sociales; ya la experiencia, que es la primera y más sabia maestra de los hombres; ya las costumbres, el carácter y las circunstancias peculiares de los pueblos, cuya diversidad exige que sus leyes constitucionales, en vez de ser el fruto de simples tareas científicas o especulativas, sean el resultado de la feliz combinación de la ciencia con datos prácticos y seguros.*'²⁴

En esta tesitura, es conveniente subrayar que el poder revisor inició sus tímidos atisbos desde las primeras Actas y Declaraciones constitucionales de nuestro país; en el marco de la vorágine generada con motivo del movimiento de independencia, los intentos por organizar a la naciente República, quedaron plasmados en los Documentos de esa época suscritos por los partidarios del federalismo o del centralismo que ocuparon y preocuparon a los mexicanos del siglo XIX.

Así, por ejemplo, la Constitución de 1824, en su Título Séptimo, Capítulo Único, se ocupó de la *Observancia, interpretación y reforma de la constitución y acta constitutiva*,²⁵ debiendo destacar que sabiamente preveía la posibilidad de introducir reformas constitucionales, mediante un procedimiento más rígido que el señalado actualmente por el artículo 135 de nuestra Carta Magna.

Aunque más adelante nos ocuparemos de ello, es conveniente señalar que en el artículo 171 de la primera Constitución de nuestro país, se enunciaron algunas cláusulas pétreas. Para nosotros reviste singular importancia esto, ya que podemos identificar los principios contenidos en las citadas cláusulas con las decisiones políticas fundamentales tratadas por la doctrina, necesarias para la conformación de la identidad propia del Estado.

24 Iglesias, José María. *Cuestiones Constitucionales*. U.N.A.M. México, 1996. p. 152

25 Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1985*. Porrúa. México, 1985. p. 193

En términos similares, las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1842, en su último numeral (artículo 202),²⁶ establecieron la posibilidad de introducir reformas a “las bases”. Citamos estos ejemplos, para poner de relieve la necesidad de que los ordenamientos legales sean adecuados al tiempo en que se pretende ubicar su observancia. No obstante lo anterior, consideramos que por su jerarquía, los preceptos constitucionales -que no las decisiones políticas fundamentales-, demandan un procedimiento especial para ser reformados.

Por su naturaleza, este procedimiento está encargado al llamado Constituyente Permanente que alcanzó su madurez hasta la redacción del artículo 127 de la Constitución de 1857,²⁷ cuyo texto corresponde al 135 de nuestra Constitución actual. Desde entonces, la modificación de disposiciones constitucionales, está sujeta a críticas constantes, al no contar con un proceso dificultado de reforma (que incluya ejercicios democráticos), ni estar encargado a un órgano técnico que regule la “constitucionalidad” de las propias reformas y, en general, de toda la producción jurídica.

De acuerdo con el texto vigente del artículo 135, el Constituyente Permanente, se integra con el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes y con la mayoría de las legislaturas.

Dice así el artículo en comento: *“La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”*

No deja de atraer nuestra atención, el hecho de que en la parte medular de la teleología de este órgano, se encuentre precisamente una tarea compleja,

26 Ibidem. p. 435

27 Ibidem. p. 627

consistente en conciliar dos ideas casi diametralmente opuestas: la permanencia de la Constitución y la posibilidad de llevar a cabo las reformas pertinentes.

El maestro Sayeg Helú, ha dicho lo siguiente: *“En efecto, el procedimiento previsto sobre este particular en el 135 contempla la posibilidad de modificar la Constitución a través de lo que se conoce como Constituyente Permanente: el Legislativo Federal (Congreso de la Unión) aunado a las Legislaturas de los estados, por votación de dos tercios del primero y de la mayoría de las segundas; y que ello sea, precisamente, lo que ha ocasionado la manifiesta ligereza con la que han sido hechas no pocas de ellas; el que algunas de las que hasta la fecha se han emprendido sean hasta cierto punto inexplicables, y otras más hayan resultado notoriamente innecesarias y superfluas. De aquí, precisamente, el que el principio de reformabilidad constitucional suponga, pues, en esencia, la justificación de las motivaciones que lo implican; la necesidad de que toda reforma a la Carta Magna responda a un imperativo social.”*²⁸

Siguiendo la idea del autor antes citado, resulta claro que la redacción actual del artículo 135 constitucional, merece ser revisada y reformada. Es inadmisibles que el precepto en análisis, requiera de una mayoría tan poco cualificada, para tener por aprobadas las reformas o variaciones (así las denominaron algunos instrumentos constitucionales del siglo XIX).²⁹

En este orden de ideas, podemos señalar que el artículo 135 ni siquiera prevé la observancia de un procedimiento similar al descrito en el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se requiere de la intervención de una Cámara de origen y de una Cámara Revisora para estar en posibilidades de aprobar una ley. Resulta una grave inconsistencia que se requieran simplemente las *dos terceras partes de los individuos presentes*, para llevar a cabo una reforma constitucional. Esta declaración sin más, entraña un riesgo inaudito por la casi natural intención presidencial de reformar

²⁸ Sayeg Helú, Jorge. *El Constitucionalismo Social Mexicano*. F.C.E. México, 1996. p. 731 y ss.

²⁹ La Séptima Ley de las Leyes Constitucionales, expedidas el 29 de diciembre de 1836, está dedicada a las denominadas *“Variaciones de las Leyes Constitucionales”*. Vid. Tena Ramírez. Op. cit. p. 244

una y otra vez el texto constitucional. No queremos imaginar ni siquiera que un día en que vaya a aprobarse una reforma constitucional de serias repercusiones sociales, el frío de la mañana evite que nuestros legisladores acudan a cumplir con su encargo. ¿Cuál sería la legitimidad, el substratum, de una reforma tan falta de participación y debate parlamentario?

Especial relieve cobra el hecho de que durante los debates del Congreso Constituyente de 1916-1917, en la 54a. Sesión Ordinaria, celebrada el 21 de enero de 1917, fueran leídos los dictámenes correspondientes a diversos artículos entre los que se encontraba el 133³⁰-referente a la reformabilidad de la Constitución y cuya redacción coincide con la del artículo 135 de nuestra Carta Magna-, y que posteriormente, sin que mediara discusión alguna, el 25 del mismo mes y año, al desahogarse los trabajos de la 62a. Sesión Ordinaria, fuera aprobado por unanimidad de 154 votos.³¹

De consuno, los más variados tratadistas han señalado insistentemente cuál es la esencia y razón de ser del Poder Constituyente. Razones del mismo peso son las que justifican la presencia -tal vez paradójica e incómoda para otros "órganos" del Estado- del denominado Constituyente Permanente. No obstante el carácter dual que le hemos reconocido a esta instancia sui generis, dentro de la estructura jurídico-política del Estado, no podemos dejar de señalar que su tarea por ser tan trascendente, resulta formidable y atrayente y exige mesura, talento y férrea convicción por los asuntos de la nación.

Ya mencionamos que la conveniencia de ciertas reformas para adecuar la normatividad a la normalidad, están de suyo justificadas. Ya dijimos también que una febril actividad reformadora no puede hallar sustento alguno ni desde el punto de vista del formalismo, ni mucho menos desde la óptica del pragmatismo, habida cuenta de que la praxis del Estado, no puede darse en franca oposición al documento esencial que ha dotado de vida y de posibilidades de actuación a su estructura.³²

30 *Diario de los Debates del Congreso Constituyente. Querétaro 1916-1917.* LIV Legislatura de la Cámara de Diputados. Edición Facsimilar, Tomo II. México, 1989. p. 546

31 *Ibidem.* p. 701

32 Cfr. La construcción jurídico-política diseñada por el doctor Covián, detallada en su obra "*La teoría del Rombo*". El Pliego. México, 2000.

Aún cuando creemos haber señalado los principales aspectos del "Constituyente Permanente", nos falta por acotar un rubro muy importante; nos referimos a la decisiva influencia que tiene el principio de permanencia -que invocamos en la parte liminar del presente apartado- en los más variados ámbitos de la vida del Estado. Las reformas a la Constitución, no sólo son jurídicamente válidas (salvo los muy particulares casos de los artículos que incluyen decisiones políticas fundamentales, cuya posibilidad de reforma más bien limitada, se enfoca desde otros escenarios y obedece, por lo mismo, a otros argumentos), sino que además se consideran necesarias para la oxigenación de la vida política, así como para la adecuación y yuxtaposición de las normas jurídicas -aún de las que tienen jerarquía constitucional-, con la realidad, que no puede ser inhibida a pesar de la pureza del derecho; si acaso, intentar su regulación y conducción dentro de los límites de la propia norma jurídica.

¿Cómo es posible lograr que una Constitución perdure a través del tiempo y a la vez siga vigente a pesar de las reformas que le sean hechas? Esta interesante pregunta ha sido abordada por algunos tratadistas y su relevancia no puede dejar de ser atendida, sobre todo, porque como ya lo señalamos, la Constitución implica el ser y quehacer del Estado.

Así, por ejemplo, al referirse a lo que él llama "el principio de estabilidad", Humberto Quiroga Lavié, ha expresado: *"Sin equilibrio dinámico dentro de los límites del sistema político, proveídos por el programa constitucional, éste pierde su fiel y el sistema se desestabiliza. Es por ello que todas las Constituciones establecen mecanismos que regulan e impiden la crisis, a favor de asegurar el mantenimiento del equilibrio del sistema y de su transformación de acuerdo con las reglas. El principio de estabilidad constitucional se ve asegurado: si el mecanismo de reforma de la Constitución es lo suficientemente rígido para evitar su mutación permanente, pero no tanto que facilite su aniquilamiento, a favor del nominalismo constitucional; si las emergencias políticas y económicas encuentran solución con la instauración de regímenes transitorios y no permanentes; si son sometidas a control y no se facilita la instauración del despotismo; si se establecen frente a episodios reales y no ficticios; si se respeta efectivamente el orden de las competencias del Estado; es decir, que tampoco en tal caso las intervenciones federales o en las autonomías municipales o regionales, deben exceder las puntuales provisiones de las Constituciones para situaciones de desgobierno."*³³

Queda así puntualizada de manera sintética, la razón por la cual los principios constitucionales son indisolubles; permanencia constitucional sin anquilosamiento de los órganos del Estado; reformabilidad que accione sus posibilidades, pero que esté lejos y tenga vedado trastocar la esencia de la Constitución; supremacía sin necios afanes hieráticos; fundamentalidad que no pretenda soterrar el espíritu de las nuevas generaciones; inviolabilidad que permita fortalecer cada día, el basamento y la savia que nutre y anima al pueblo en su conjunto, en su historia y en su presente.

Este es el panorama en el que vive y actúa el órgano encargado de vigilar y defender a la Constitución. Lejos estamos de afirmar que los demás órganos estatales no tengan también que cumplir y hacer cumplir los preceptos de la Carta Magna. Antes bien, en el poder revisor recaen y confluyen todas las notas distintivas de la Lex legum. Así, ni reforma sin límites ni demasiada rigidez que impida la introducción de las modificaciones que el entorno político-jurídico demande, son condiciones necesarias para la permanencia y actualidad de la Constitución. Sólo hace falta determinar hasta dónde es capaz el "Constituyente Permanente" de conjugar con maestría estos principios. En el mejor de los casos, es indispensable que el "poder revisor" realice su importantísima función salvaguardando en todo momento la parte vital que estructura y hace única a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Precisamente esta es la gran dificultad. Así lo ha señalado el autor argentino Jorge Reinaldo Vanossi: *"El desafío contemporáneo, de este último tramo del siglo en que nos encontramos, a partir del momento en que con el esfuerzo de todos, dificultosa y sacrificadamente hemos podido entrar por el cauce de la normalidad constitucional; el desafío pendiente y el que justificará todas estas etapas, es el de poder demostrar que por la vía de la democracia, por la metodología del consenso, por el canal de la participación, se puede no sólo gozar de la libertad civil y política, no sólo se puede mejorar el bienestar, sino también se puede a todo eso rodearlo de una eficacia general del sistema que haga que éste sea querible por todos, defendible por todos, compartible por*

33 Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho Constitucional Latinoamericano*. U.N.A.M. México, 1991. p. 236

todos, para que en definitiva podamos enriquecerlo con nuevas dimensiones y con nuevos frutos que el sistema puede dar si es que previamente afianza esos cimientos y esas bases iniciales. Eso es lo que está pendiente."³⁴

A este afán se dirige el presente trabajo. Con independencia de lo que rezan los textos legales en vigor, incluida la propia Constitución, habrá que aventurarnos a realizar algunos señalamientos en aras de mejorar nuestro entorno y, fundamentalmente, de hacer defendibles y perdurables los principios de nuestra Carta Magna. Mención aparte merecen las cláusulas pétreas, porque aún cuando algunos países las han recogido en sus Constituciones, la tradición jurídica mexicana, no las adoptó ni las incluyó en la Carta de Querétaro. Si se me permite el parangón, en tal caso estamos hablando de las *decisiones políticas fundamentales* a que hace referencia el doctor Carpizo que ya enunciamos líneas atrás.

De esta forma podemos decir que las atribuciones del "Constituyente Permanente" están expresamente previstas en la Carta Magna. Las acciones que puede intentar este "órgano" para llevar a cabo la defensa de la Constitución, están contempladas taxativamente en ese documento fundamental; sin embargo, no podemos dejar de señalar el riesgo que existe de que la intensa actividad reformadora sobre nuestra Ley Suprema pueda hacer tambalear algunos principios constitucionales, como el de inviolabilidad y el de permanencia. Tal vez haga falta la participación de un órgano distinto que vigile el proceso de reforma constitucional, para que éste no desconozca ni anule el contenido esencial de la Ley fundamental, en su compleja interrelación con la demás producción jurídica del Estado, que finalmente también debe ser acatada y defendida.

Más adelante, vamos a señalar cuáles serían estas posibilidades que fluctúan entre un órgano revisor, adicional y distinto del "Constituyente Permanente" y un Tribunal Constitucional, con facultades para definir a través de un mecanismo de precontrol, la constitucionalidad de las reformas, así como la

³⁴ Vanossi, Jorge Reinaldo. "Fundamentos y Razones de la Necesidad de la Reforma de la Constitución", en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. U.N.A.M. México, 1992. p. 707

adecuación a la Carta Magna de toda la demás producción jurídica que a cada momento emana -incluso inconstitucionalmente- de los poderes legislativos (federal y estatales).³⁵

En el siguiente apartado, vamos a ver cómo se dan esas relaciones entre las distintas normas que componen el universo jurídico de los Estados Unidos Mexicanos.

II. La Constitución y El Universo Jurídico Estatal (Jerarquía y Validez)

Para poder anotar algunas reflexiones sobre la relación existente entre la Carta Magna y la demás producción jurídica del Estado, nos serviremos del análisis de la pirámide jurídica de Hans Kelsen, por ser la referencia más conocida para comprender con mayor facilidad las razones de esta justificada estratificación normativa.

Resulta evidente que la aprehensión adecuada del marco de competencia de los órganos del Estado, se torna más asequible si se vislumbra desde la perspectiva de la Constitución Política. Documento jurídico de innegable contenido político, declaración fundamental de un orden estatal determinado, la Constitución representa la gran summa de cualquier Estado.

La Constitución particular del Estado mexicano, ha de ser visualizada, si se le quiere entender con objetividad, a través de su contrastación con toda la demás producción jurídica. Aquí, es pertinente señalar que la relación entre las disposiciones jurídicas internas y las que componen el orden jurídico internacional, solamente será referida de manera sucinta, dando por hecho que a la luz del artículo 133, están claramente delimitados sus respectivos alcances.

35 Bastaría con revisar la jurisprudencia y las tesis emitidas sobre el particular por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, para corroborar esta afirmación.

En este orden de ideas, el ejercicio de contrastación a que hemos aludido, tiene que ver con la producción jurídica, si así podemos llamar a las reformas constitucionales, emanada de la instancia constitucionalmente encargada de esta importante función (id. est. el llamado Constituyente Permanente), así como con la de los demás órganos que producen normas en sentido formal en los distintos niveles de la pirámide llamada Estado.³⁶

Un problema adyacente es el que plantea la producción jurídica de normas en sentido material, atribuible a órganos cuya principal tarea tiene otra naturaleza o distinto fin. Por no ser materia del presente análisis, consideramos suficiente con decir que desde la óptica del formalismo jurídico, estas disposiciones jurídicas en sentido material no son acordes con la pureza de la producción jurídica emanada de los órganos señalados ex profeso para llevar a cabo tal función. Así, los Manuales de Organización, las Circulares, los Reglamentos y todos los demás ordenamientos expedidos por los poderes ejecutivo y judicial en cualquier ámbito de la vida estatal, no pueden ser considerados (formalmente) dentro de la misma categoría (aún siendo también disposiciones jurídicas) de las normas jurídicas emanadas de los órganos legislativos. Este problema tiene más que ver con la exigencia de que cada uno de los “poderes” del Estado cumpla de manera puntual con sus funciones, que con la observancia y efectividad de las normas jurídicas materiales, porque finalmente también estas son jurídicamente válidas, con todo lo que esto representa y significa.

Es claro que para la adecuada comprensión del universo jurídico estatal, se necesita analizar dos cuestiones igualmente importantes; por un lado, el origen y la esencia de la Constitución; ya que si hemos de entenderla en tanto norma jurídica, tenemos que establecer las causas y la forma de su creación, así como (en tratándose de reformas constitucionales) el porqué de un procedimiento sui generis de “creación de la ley”; si así se nos permite llamar a la reforma constitucional. Por otra parte, es necesario ubicar el procedimiento legislativo ordinario en su justa dimensión, frente a la trascendencia de la norma jurídica

36 Nos permitimos adelantar este concepto, porque finalmente el Estado está definido y delineado como una estructura con niveles y jerarquías determinados de manera taxativa. Stein, Ekkehart. *Derecho Político*. Aguilar. España. 1970.

constitucional que es el marco referencial supremo del universo jurídico estatal.

Como ya lo expresamos, siguiendo las ideas de varios autores que han escrito sobre el presente tópico, la creación de la Constitución de un país implica el ejercicio más legítimo y genuino de la soberanía del pueblo. Definitivamente, sus alcances y posibilidades, están determinados por la visión y los afanes del propio pueblo. Por esta razón, la pretensión de hallar una explicación jurídico-formal, al nacimiento de la Constitución Política, se encuentra normalmente con problemas de difícil solución.

En términos estrictamente legales y desde un enfoque netamente constitucionalista, no es necesario abundar sobre el particular; basta con señalar que la Constitución, formalmente válida a partir de su aprobación y promulgación, es además suprema porque ella condensa y resume los principios meridianos de la estructura nacida al amparo del efectivo Poder Constituyente. Como podemos advertir, resaltan en este punto dos importantes tópicos: uno, referido a la validez de la Carta Magna y el otro, enfocado hacia la razón por la cual dos “normas jurídicas” -entiéndase la Constitución y cualquier otro dispositivo legal- tienen diferente jerarquía y ámbitos de validez más extensos o más acotados, según sea el caso.

No resulta ocioso señalar que la formulación de este documento jurídico magistral, no está sujeta a los mismos procedimientos previstos para la creación de normas jurídicas (ya dentro de la normatividad expedida para tales propósitos). Esto significa que la redacción y aprobación final de la Constitución, además de ser el ejercicio soberano más expresivo en términos jurídicos, entraña la oportunidad única que tiene el pueblo para vaciar en ella sus proyectos, sus más nobles propósitos, y porqué no, sus deseos más caros y sus anhelos. (En el concepto de revolución, podemos encontrar una rica veta para la explicitación de esta cuestión).

A partir de este planteamiento tendremos que señalar que el origen de la Constitución en tanto que es un ejercicio de la soberanía, se encuentra en el pueblo; quisiera en este punto ubicar nuestra atención en esta situación comprensible desde la perspectiva de la tesis de la soberanía popular. No interesa en este momento, mencionar las ideas encontradas sobre este tema

propio de la Teoría del Estado, porque algunos autores incluso reconocen tal potestad al Estado o a los órganos de éste (vid. vgr. Hauriou).

El maestro Rolando Tamayo, así ha concebido este momento del proceso constitucional: *"El análisis de una cadena normativa revela que el acto constituyente no se encuentra aislado o fuera; el acto constituyente forma parte de la cadena normativa; es el primer acto de las cadenas normativas de un orden jurídico. Si ese acto no es parte (el punto de partida) de una cadena normativa, no es un acto constituyente: no constituye ni crea nada que pueda ser reconocido como un orden jurídico. De esta forma, cabe decir que ciertos actos son actos constituyentes si, y sólo si, dichos actos son el primer acto de un orden jurídico positivo (histórico), más allá del cual no es posible remontar."*³⁷

De lo arriba transcrito, se colige que el acto constituyente marca el inicio de una cadena normativa que cada día eslabona otras disposiciones jurídicas que se suman al universo jurídico estatal. El acto constituyente fundacional, como ya lo indicamos en la primera parte del presente trabajo, no podría estar sujeto, por razones de tipo sociológico, histórico o simplemente de facto, a disposiciones preexistentes que llegaran hasta extremo de limitar sus alcances.

Podemos decir que la Constitución de un país, en este caso concreto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nació de las expectativas y capacidades de creación del Poder Constituyente, cuyo ejercicio no tuvo más límites que los exógenos impuestos por el orden jurídico internacional, así como los obstáculos domésticos provenientes de las relaciones entre los distintos centros de poder, como ya lo anotamos al inicio de este trabajo.

El procedimiento legislativo que la propia Constitución indicó *ex nunc*, es esencialmente distinto del referido a la creación de una ley llamada Constitución. Ésta nació del ejercicio soberano; la formación de las demás normas jurídicas, proviene de un órgano creado, de un poder constituido; como

37 Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*. U.N.A.M. México, 1989. p. 296

tal, el “poder” legislativo no puede crear leyes, más allá de sus facultades, ni leyes que contravengan los principios contenidos en la Lex superior. Lamentablemente esto ocurre con frecuencia.

Queda así establecido el distinto cariz del iter legis en ambos casos: el de la Constitución en tanto norma jurídica, y el de las “leyes” que nacen al amparo de los procedimientos previstos por esta Lex fundamentalis. Se comprende así, porqué a la Carta Magna y sólo a ésta, corresponden las notas distintivas de los principios de supremacía y fundamentalidad, tantas veces invocados.

Si nos preguntamos cuál es la razón fundamental por la que la Carta Magna está arropada con estas cualidades, debemos señalar que aunada a la afirmación expresada por el doctor Tamayo y Salmorán, debemos tomar en cuenta el concepto de validez que no puede soslayarse en una cuestión de tal importancia.

Desde un enfoque positivista, la Constitución como norma jurídica, vale por la sencilla razón de que existe a partir de un proceso de formación reconocido como el origen y el punto de partida del orden jurídico-político del Estado. Que dicho proceso no esté previamente reconocido en el ámbito legal, es una cuestión que sociológicamente tiene su sentido y explicación, como ya lo expresamos. De aquí que el Poder Constituyente tenga tanta trascendencia en la vida de los pueblos. A sus notas distintivas, hemos de agregar su innegable influencia en la conformación del orden jurídico positivo.

No obstante lo anterior, esta explicación resulta insuficiente para entender a cabalidad porqué la Constitución, formalmente válida (tanto como las demás normas jurídicas) ha de ser ubicada en la cúspide de la pirámide jurídica. En un esfuerzo ecléctico por entrelazar las dos concepciones más radicales sobre lo jurídico, nos permitimos afirmar que los poderosos argumentos del jusnaturalismo no pueden ser ignorados ni pasados por alto; la Constitución como norma jurídica formalmente válida en virtud de su positivización, es además suprema y fundamental porque contiene principios que no palpitan en los demás ordenamientos del universum iuris.

Sobre el particular, es oportuno mencionar que difícilmente se pueden desvincular estos dos momentos de la vida jurídico-normativa del Estado. La Constitución como norma jurídica y la demás producción jurídica -como

hemos venido llamando a las “otras leyes”-, forman parte de un todo que no puede concebirse desarticulado y, menos aún, fracturado. Es decir, que el sistema normativo-legal del Estado mexicano, como cualquier otro en el que distintas normas convergen, se oponen, se contradicen, pero finalmente interactúan, está definido por principios y reglas que se inscriben en cierto lenguaje lógico-jurídico que está implícito en el contenido de las normas mismas.

Al respecto, Kalinowski, ha escrito lo siguiente: *“Además, de la construcción, según el método tomado de A. Tarski, de la definición de la norma verdadera, se puede proceder, como hemos tratado de hacer en Le problème de la vérité en morale et en droit, a la verificación de las normas. Para estos efectos se pone de relieve en primer lugar la evidencia de las normas primeras análogas en esto a las proposiciones analíticamente evidentes, a continuación se asegura la corrección de la prosecución de las normas segundas a partir de las normas primeras, prosecución que es, o la de una conclusión lógicamente inferida, o la de una norma promulgada en virtud de la delegación del poder legislativo.”*³⁸

Es claro que el autor citado se refiere a la Constitución cuando habla de las normas primeras. Luego entonces, al referimos a la validez de las normas que integran el universo jurídico mexicano, debemos enfatizar que a ninguna de éstas debe faltarle (al momento de su promulgación) su debida justificación en el marco de la legislación positiva que en este caso sirve como punto de partida y motor para la positivización de las normas jurídicas creadas; esto es, que los procedimientos de creación de la ley, incluyendo en este caso, el de reforma constitucional, permitan la emisión de leyes y sus modificaciones en términos jurídico-formales, sin descuidar el aspecto de cardinal importancia que se halla estrechamente vinculado con los principios superiores que robustecen y vertebran a las normas jurídicas.

Sobre lo que estamos señalando, Alf Ross ha dicho lo siguiente: *“La validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico*

38 Kalinowski, Georges. *Lógica de las Normas y Lógica Deontica*. Fontamara. México, 1996. p. 17

*al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista este sostén es incondicional; cuando es usada por un jusnaturalista, está condicionado por alguna armonía con los standars presupuestos del derecho natural.*³⁹

De acuerdo con lo dicho por el maestro danés -al margen de los aciertos, así como de las ideas inconclusas de las escuelas jurídicas positivista y jusnaturalista-, es oportuno mencionar que de conformidad con la Teoría General del Derecho, la validez de una norma jurídica no debe estar necesariamente anclada a su vigencia, ni a su observancia. Debemos reiterar que toda norma jurídica, formalmente válida, precisa tener todas las características exigidas por los procedimientos legislativos reconocidos en los textos legales. Bien sabemos que de acuerdo con el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el proceso de creación de la ley debe reunir y eslabonar todas y cada una de las etapas del mismo. Desde la iniciativa de ley hasta el inicio de la vigencia, el nacimiento de una nueva disposición jurídica debe sujetarse a lo prescrito por la ley correspondiente. Proceso semejante se observa en las Constituciones particulares de las entidades federativas. Empero, esta temática presenta delicadas aristas, sobre todo en relación con el tema siempre inacabado de la soberanía.

A pesar de esto, consideramos que la positivización de las normas jurídicas no es suficiente para hacerlas obligatorias y defendibles; solamente en los regímenes donde se considera que lo legal no necesariamente debe estar conectado con lo justo, las normas jurídicas valen en sí mismas, sin necesidad de apelar a valores suprapositivos. Sobre esto último, así se expresó Radbruch en una de sus obras más conocidas: *"El problema de la validez del derecho, de su obligatoriedad, es un problema que se refiere al deber ser. Queda dicho, con ello, que este problema no puede ser resuelto satisfactoriamente a base de la ley positiva ni, en general, a base de los hechos."*⁴⁰

39 Ross, Alf. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*. Fontamara. México, 1997. p. 24

Más adelante, el citado autor escribió: *"Y en innegable que la validez del Derecho no puede basarse ni en las normas del Derecho positivo ni en los hechos como los del poder o el reconocimiento, sino solamente en un deber ser superior o supremo, en un valor suprapositivo. Aunque una ley positiva no se ajuste a los postulados de la justicia ni a los de adecuación a fin, siempre realizará, a pesar de ello, un valor: el de la seguridad jurídica... Así pues, si es verdad que, en la mayoría de los casos, la validez del Derecho positivo puede justificarse por las exigencias de la seguridad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe también la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia."*⁴¹

Consideramos que tales valores, son los que dan forma a las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano: esta es la razón por la cual, la Carta Magna, concebida desde el positivismo, resulta ser la norma jurídica con mayor validez.

En esta misma tesitura, nos permitimos invocar un párrafo del maestro García Máynez que arroja más luz sobre el tema tan apasionante que estamos tratando. Así lo escribió el jusfilósofo citado: *"Tanto la unidad como la estructura jerárquica de cada orden dependen de su ley suprema. La norma básica condiciona la unidad de aquél, porque la pertenencia al mismo deriva de la posibilidad de referir a esa norma los preceptos que lo integran; y determina su estructura jerárquica, en cuanto fija un conjunto de reglas para la creación de nuevo derecho, lo que da origen a las diferencias de rango entre tales preceptos. Precisamente porque la validez de cada uno dimana de la observancia de ciertos requisitos extrínsecos señalados por otras normas de grado más alto, y de la ausencia de contradicciones entre ellos, justificase el aserto de que, habiendo oposición contradictoria entre los de jerarquía diferente, el de mayor rango es derogatorio de los que le están subordinados. Como la obligatoriedad de una ley depende de que en su formación hayan quedado cumplidos esos requisitos, lo mismo que de la ausencia de*

40 Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. F.C.E. México, 1985. p. 49

41 *Ibidem*. p. 51

*contradicciones entre ella y las de grado superior, lógico es declarar que no puede ser válida si se opone a las que condicionan su existencia.*⁴²

Siguiendo con el tema que nos ocupa, para intentar explicar las razones por las cuales la Teoría de la Constitución ha consagrado los principios de supremacía y fundamentalidad, es conveniente agregar a todo lo señalado en el apartado anterior que desde una perspectiva horizontal todas las normas jurídicas son igualmente válidas. Empero, sólo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde albergar las decisiones políticas fundamentales que no existen en ninguno de los demás corpus iuris del universo jurídico estatal.

De acuerdo con esta idea, podemos afirmar que desde un enfoque vertical, la Constitución tiene que ubicarse necesariamente en la cúspide de la famosa pirámide kelseniana. Asimismo, la demás producción jurídica, merced al principio lógico de unidad, hállase sometida a los principios de la máxima norma jurídica de nuestro país.

Al respecto, el maestro García Máynez expresó: *“Hemos dicho que, de acuerdo con la tesis de la estructura escalonada de los preceptos jurídicos, las normas de cada sistema poseen, con sólo dos excepciones, un doble aspecto. Si las examinamos “desde arriba”, revélanse como actos de aplicación de leyes de grado más alto; vistas “desde abajo”, son normas condicionantes de otros actos de aplicación.”*⁴³

Sobre la forma en que a diario se plantea la vinculación entre las múltiples normas jurídicas de este universum, si bien es cierto que las relaciones necesarias existentes entre diversas normas legales, pueden plantear conflictos de leyes, también lo es que tanto en la doctrina como en el orden jurídico vigente están previstos los mecanismos para solucionar tales conflictos. Resulta interesante el planteamiento derivado de estas colisiones jurídicas, porque ni en tal caso, la Constitución (norma jurídica) pierde su validez y menos aún se ven afectadas sus características inmanentes de supremacía y

42 García Máynez, Eduardo. *Introducción a la Lógica Jurídica*. Colofón. México, 1993. p. 56 y ss.

43 Op. cit. p. 101

fundamentalidad; ninguna otra norma jurídica, puede restarle primacía ni afectar sus principios.

Es claro que esta problemática incide y afecta la marcha normal de las instituciones y, en general, de los órganos del Estado dentro de una concepción sistémica;⁴⁴ cabe preguntarnos, ¿de dónde procede esta conflictiva?; ¿acaso el conflicto entre unas y otras leyes, no es más que la expresión manifiesta, sintomática de un vacío jurídico? Al plantearnos estas interrogantes, nuestra preocupación continúa orientada hacia el mismo principio de supremacía tantas veces citado a lo largo del presente trabajo. Hasta en casos como este, la Constitución no deja de ser paradigma, medida y balanza, incluso para quienes tiene a su cargo la tarea de aplicar la ley, interpretar su sentido o invocar su espíritu.

Como ya lo anotamos líneas arriba, los procedimientos de creación de la ley así como el de reforma constitucional tienen distinta naturaleza. Así, cuando nos permitimos hacer un ejercicio de contrastación entre la validez de las primeras y las notas sui géneris de la Carta Magna, quedó demostrado que toda la producción jurídica del Estado debe ajustarse a los límites y principios impuestos por la propia Constitución.

De lo que hasta aquí hemos expuesto, resulta evidente que siendo un sistema de normas, el universo jurídico estatal debe concebirse necesariamente como *unidad*. Para darle congruencia a los presupuestos y principios de tal sistema, es preciso que la lógica no permanezca ajena a la formulación de reglas que den forma y sentido a los preceptos legales de diferente jerarquía que conforman este universum; es *conditio sine qua non* además que los axiomas de la lógica jurídica, alcancen cierto nivel de constitucionalización (si así lo podemos expresar), para que la pirámide kelseniana tenga un orden lógico y una estructura sólida desde la base hasta la cúspide.

Así lo señaló otro estudioso de la lógica del derecho: "*La recomendación de valorar en forma correcta la importancia de la lógica del derecho y sacar las*

44 Al respecto, resultan interesantes algunos conceptos contenidos en la obra de Ludwig Von Bertalanffy denominada *Teoría General de los Sistemas*. F.C.E. México, 1992.

*conclusiones correspondientes, cobraría mayor peso si las leyes de la lógica del derecho fueran elementos del derecho en virtud de una norma constitucional. Podría suponerse que el legislador constitucional se habría expresado acerca de este problema. Pues como el derecho se sirve del lenguaje, se sirve también de sus leyes lógicas.*⁴⁵

No quisiéramos que todo lo que hasta aquí se ha señalado de manera reiterada, nos llevara a pensar que lo más conveniente para el Estado Mexicano, en todo caso, sería el engarzamiento de algunas cláusulas pétreas que dieran permanencia indefinida a ciertos principios, como los que hemos señalado de la Teoría de la Constitución, que antes de ser modificados deberían ser ponderados con más detenimiento y prudencia. Tal afirmación, nos llevaría a una irresoluble antinomia, porque antes que pretenderlas formando parte de un sistema casi perfecto, las normas jurídicas deben responder a la vitalidad de la sociedad demandante, a su ansia de progreso y evolución; la ley, cualquiera que sea su nivel jerárquico, no debe ser concebida jamás, como un obstáculo del cambio social ni como causa del estancamiento de un pueblo. Antes bien, es cierto lo que ha señalado Bobbio: *“Dentro de la mutación histórica, el derecho representa aquello que detiene el movimiento, que lo canaliza y solidifica; en la variación de las acciones humanas representa la determinación de un orden.*”⁴⁶

Aunado a lo anterior, Carlos Santiago Nino ha escrito lo siguiente: *“De este modo, la idea de suponer una única voluntad permanente detrás de un ordenamiento jurídico es una ficción sumamente cómoda. Por un lado tal voluntad se vincula con los propósitos de los legisladores que sancionaron la ley, pero trasciende a ellos y permite adaptar el derecho a las cambiantes circunstancias fácticas y a los nuevos estándares valorativos.*”⁴⁷

Es evidente que el procedimiento contenido en el artículo 135 constitucional, representa una forma esencialmente distinta de “adecuación de la ley” a la

45 Schreiber, Rupert. *Lógica del Derecho*. Fontamara. México, 1995. p. 119

46 Bobbio, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Fontamara. México, 1997. p. 33

47 Santiago Nino, Carlos. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. U.N.A.M. México, 1989. p. 89

normalidad. Con todo lo cuestionable que es el procedimiento de reforma constitucional, creemos que no debe desatenderse la trascendencia de esta delicada función. Sin embargo, no resulta ocioso insistir en que tal procedimiento tiene notables fallas y que por su propia fragilidad conlleva un grave riesgo, si se quiere entender a la Constitución como algo más, tal vez, como mucho más que norma jurídica.

Finalmente, debemos decir que a pesar de que los 136 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tienen la misma validez, no todos se ubican en similar jerarquía. Esta afirmación se basa en el argumento de que no todos los dispositivos de nuestra *Lex legum* contienen decisiones políticas fundamentales; por eso, aún cuando todos los preceptos constitucionales tienen la misma validez, no es lo mismo por cuanto hace a su posición dentro del *universum iuris*.

En el siguiente capítulo veremos cómo la praxis estatal de todos los días, así como el ejercicio de los derechos ciudadanos, traen consigo inevitables conflictos jurídicos que no pocas veces se transforman en conflictos de poder; del poder del ciudadano frente al poder omnímodo del Estado; por eso, es oportuno retomar las ideas sobre la legalidad y la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado.

No debemos dejar de señalar que las libertades del hombre jamás deben estar condicionadas ni sometidas al arbitrio de los órganos del Estado y menos aún deben ser anuladas por la potestad estatal; esto ni siquiera es aceptable cuando se invocan justificaciones o razones de Estado de cualquier naturaleza.

Las ideas pretéritas -por fortuna ya superadas- enhiestas en el absolutismo y las tendencias dictatoriales de la organización estatal de nuestro tiempo, tienen que dar paso al ejercicio pleno de los derechos del hombre, a fin de procurar que esta organización jurídico-política, tenga efectivamente una dimensión humana y sirva a los fines para los cuales fue ideada.

Intentaremos explicar cómo es este accionar del Estado y cómo a cada órgano le corresponden ciertas atribuciones, limitadas, sujetas siempre a la ley y a principios y valores más elevados que superan las reglas del positivismo y del legalismo.

Sobre estas dos grandes ideas transitan en su mayoría las sociedades de nuestro tiempo; y es que el respeto a la ley y el convencimiento sobre la majestad de su máxima expresión identificada en la Lex fundamentalis, se han convertido en condiciones necesarias para la vigencia del Estado de Derecho y el respeto de los derechos de los gobernados.

Los Órganos del Estado

I. La Trilogía Funcional del Poder

A) Atribuciones y Competencia

El Estado, expresión de las organizaciones jurídico-políticas es además, el punto de encuentro de las diversas manifestaciones acerca del hacer y quehacer público.

Desde que el hombre nace y hasta que yace en su última morada, se encuentra en estrecha relación con el Estado; en ocasiones cooperando con él en las obras colectivas; otras más, ajeno a su desarrollo o a sus actividades; y no pocas veces en contra de sus determinaciones. De acuerdo con el enfoque temporal que nos ocupa, no es posible disociar estos dos conceptos de singular importancia para la comprensión de los acontecimientos que están cincelandos los rasgos distintivos de nuestra época.

Es un hecho histórico que los diferentes tipos de Estado que han regulado las actividades del hombre, han ejercido una mayor o menor intervención en las cuestiones que son de la exclusiva incumbencia de los habitantes.

Los modelos de Estado policía o de Estado gendarme característicos de las dictaduras; el modelo de Estado benefactor o de Estado intervencionista, han sido superados por la oleada de exigencias ciudadanas que ya no es posible encauzar ni conducir adecuadamente, si no se atiende a la justeza de sus demandas o a la conveniencia o pertinencia de sus planteamientos. Incluso, los gobernantes de este inicio de siglo, tienen que escuchar y entender las expresiones primarias y hasta las más recónditas creencias de los grupos sociales -especialmente de los que forman parte de las llamadas minorías

étnicas- para poder tomar decisiones más equitativas tendentes a la solución de la problemática común.

Estas ideas, que en épocas anteriores se hubieran considerado impensables o al menos inaceptables para la clase gobernante, son hoy, el presupuesto vertebral de un ejercicio más racional del poder público. Y no es que la potestad estatal esté supeditada o absurdamente maniatada por los actores sociales; lo que resulta incontrovertible es que el Estado no puede hacer atendibles sus planes y programas de gobierno, si la comunicación con la sociedad está cancelada.⁴⁸

La conflictiva más ácida sobre el particular, está mayormente determinada por la poca atención que han merecido para algunos gobernantes, las seculares demandas de gran parte de la población: la falta de vivienda, las oportunidades de empleo francamente limitadas y hasta escasas, el problema de la inseguridad pública que a todos nos alcanza, el medio ambiente peligrosamente contaminado, etc., todo esto tiene que ver con el ejercicio cotidiano del poder; con la forma en que se construyen los consensos para hacer posible que el Estado cumpla con sus atribuciones.

Como puede advertirse desde esta perspectiva, las normas jurídicas entre las que destaca la *Lex legum*, prescriben hipótesis o supuestos que una vez materializados o actualizados, según la construcción del sistema jurídico concreto, acarrearán lógicamente consecuencias de tipo legal.

Estos supuestos jurídicos entrañan, de acuerdo con la lógica del derecho, silogismos que se actualizan cuando las condiciones prescritas por la norma legal están cumplidas suficientemente. Luego entonces, la coincidencia de los hechos con lo prescrito por la ley, resulta ser *conditio sine qua non* para el funcionamiento del sistema jurídico.

⁴⁸ Al respecto, es ilustrativa la obra de Habermas denominada *"Teoría de la Acción Comunicativa"* (Taurus. España, 1992), así como las tesis contenidas en el libro *"Los Nervios del Gobierno"* de K. W. Deutsch (Paidós Studio. México, 1993).

Desde luego, como ya lo indicamos en el capítulo anterior, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la gran summa de nuestro país. La vigencia de los preceptos contenidos tanto en la Carta Magna, como en las demás "leyes" que integran nuestro universum iuris, está expresada en la praxis estatal y su más preclara manifestación puede verse en el diario accionar del poder público; es decir que la manera más adecuada para hacer perceptible la presencia de la Constitución, tiene lugar a través de la actividad de los órganos del Estado. Con esto queremos afirmar que una Constitución jamás debe concebirse como letra muerta, ya que por su propia naturaleza no puede estar anclada a la inactividad; antes bien, la verdadera Constitución de un país, se manifiesta en la vida diaria del Estado al que ha organizado y a cuyos órganos rige, regula y controla.

Definitivamente, el punto central de la disputa que al respecto se ha planteado una y otra vez, tiene que ver con el concepto de legitimidad y con la forma en que es ejercido el poder público. Con independencia de las consideraciones que pudieran vertirse sobre la legitimidad de quienes encarnan la potestad del Estado, podemos decir que la autoridad de cualquier manifestación del ejercicio del poder público, sólo puede tener lugar si ésta se fundamenta en ordenamientos legales formados y reconocidos por el imperium estatal. Id est. el nacimiento del corpus iuris constitucional, significa el punto de partida de cualquier acción pragmática que haga patente la presencia del Estado y exprese su poder. Tenemos así que la legitimidad no siempre está presente en quien aplica la norma jurídica, ni en quien impone su observancia.

Las consecuencias que de aquí se derivan, difícilmente podrían explicarse si únicamente tomáramos en cuenta la concepción de Bodenheimer sobre el concepto del poder. Así lo mencionó el autor citado: *"En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos."*⁴⁹

Sin embargo, esta concepción sociológica del poder, queda francamente limitada en su intento por esclarecer los mecanismos, mediante los cuales el poder del Estado se expresa en la vida de todos los días, sobre todo en estos

⁴⁹ Bodenheimer, Edgar. *La Teoría del Derecho*. F.C.E. México, 1983. p. 15

que enmarcan el inicio de la presente centuria. Ya ni siquiera el concepto weberiano del poder, expresado desde la perspectiva de la política, es suficiente para entender todo el complejo entramado en el que poderes creados u órganos creados de diferente textura y de distinta jerarquía, interactúan dentro y hasta fuera del Estado. Así lo expresó Weber: "*Quienquiera que haga política anhela llegar al poder; al poder como medio para el logro de otras miras, ya sea por puro ideal o por egoísmo, o al "poder por el poder"; para disfrutar una sensación de valimiento, la cual le es concedida por el poder.*"⁵⁰

El poder público, constituye una categoría que necesariamente nos conduce al concepto del Estado y a la idea siempre inquietante sobre los múltiples centros que de una u otra manera aplican este poder; no es casual que al mencionar el tema de los órganos creados por el Poder Constituyente, debamos reforzar los principios que naturalmente convergen y están presentes en su actuación.

Al analizar cómo se da la intervención del Estado en las cuestiones particulares de los hombres, arribamos de manera inexorable a la afirmación de que la actividad de éste tiene que ser escrupulosamente legal; es decir, que cualquier acto que pueda encuadrar en la categoría de lo estatal, tiene que estar ligado invariablemente a las normas jurídicas que como ya vimos, marcan el sentido y los alcances de esta potestad.

En un afán por sistematizar el tratamiento de esta parte de la investigación, nos permitimos proponer el siguiente itinerario para facilitar el desarrollo de estos temas tan importantes y complejos del derecho constitucional; *soberanía-poder constituyente, potestad-órganos creados, atribuciones-competencia*; este será nuestro hilo conductor en el presente apartado.

Diremos inicialmente que concatenado con los conceptos que vertimos en el capítulo primero sobre el acto fundacional o constituyente, el ejercicio de este derecho reconocido casi unánimemente al pueblo, trae como consecuencia a posteriori, la promulgación de una Constitución en cuyo contenido hallanse

50 Weber, Max. *El Político y el Científico*. Premia. México, 1988. p. 5

establecidos los distintos órganos a quienes en lo sucesivo se confiará el ejercicio del poder público.

Esta es la explicación más común que los estudiosos contemporáneos del derecho constitucional dan sobre la forma de operación del poder del Estado. En este orden de ideas, resulta acertado decir que el poder público nacido de un “Constituyente Originario” corresponde al pueblo; desde nuestra perspectiva, la redacción del artículo 39 de nuestra Carta Magna, es sumamente acertada cuando dice que *la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo*.

Al afirmar lo anterior, estamos convencidos de que la potestad del Estado, es un concepto naturalmente distinto de la soberanía del pueblo. La maestra Aurora Arnáiz así lo ha distinguido: *“El Estado con su potestad es independiente frente a otro Estado. Hay quienes a esta independencia la denominan soberanía. Confundir la soberanía del pueblo con la potestad del Estado es un grave error, que no afecta tan sólo a la terminología política, sino al contenido sustantivo de esta ciencia.”*⁵¹

Entonces, es el ejercicio de la soberanía lo que permite a los hombres su integración política, y lo que al mismo tiempo, hace posible que las sociedades evolucionen y se constituyan, se integren en la categoría de Estados.

Como ya ha sido señalado, una vez accionada esta cualidad del pueblo, el resultado lógico es la inscripción de sus principios fundamentales y proyectos comunes en una Constitución, la cual dará nacimiento a los órganos creados. No decimos aquí que sea la Constitución la causa generadora de los *poderes creados*, porque a nuestro juicio tal afirmación entraña un error de considerables dimensiones, ya que independientemente del funcionamiento y del número de órganos que estructuren a un Estado determinado, el poder estatal es uno e indivisible. Por este motivo, en lo subsecuente nos referiremos a estos como los órganos creados.

51 Arnáiz Amigo, Aurora. *Soberanía y Potestad*. Miguel Ángel Porrúa S.A. México, 1981. Pág. 210

En una obra sobre Estática Jurídica de los coautores Montejano y Noacco, advertimos lo siguiente en relación con el tema que nos ocupa: *“De las necesidades políticas -entendidas éstas en su más amplio sentido- surgen los órganos que se constituyen en fuentes formales del ordenamiento. Así, entonces, órgano es un individuo o un grupo competente para producir determinadas disposiciones jurídicas en la esfera de su competencia.”*⁵²

En este contexto, la puesta en marcha del poder público, tiene como condición necesaria la exigencia de que sean diversos los órganos encargados de su aplicación. En caso contrario, tratándose de una concentración inadecuada del poder estatal, tal situación se estrellaría casi de manera automática con la tesis comúnmente aceptada de la *“división de poderes”*.

Si bien es cierto que la famosa teoría que iniciara con Locke y que fuera llevada a su más conocida expresión con Montesquieu, ha sido ya superada por abundantes aportaciones que la ubican como una teoría jurídicamente inaceptable, también lo es que la *“división de poderes”* implica tan sólo una expresión inveterada que nos es útil para acercarnos a la idea de que el poder del Estado uno e indiviso, tiene que ser aplicado por diferentes centros de imputación, a fin de evitar su concentración indebida y el abuso que como natural consecuencia deriva de aquella.

Al respecto, es evidente que el poder no controlado, más aún, el poder público en el sentido invocado por Bodino en su famosa definición de la soberanía, como *soluta potestas*, representa todavía hoy para el constitucionalismo, uno de los más graves problemas a resolver.

La misma doctora Arnáiz ha destacado esta preocupación porque el ejercicio del poder público, sea siempre racional y medido. Así lo escribió la autora citada: *“El Estado, como el individuo, es en su ser, una síntesis de abstracciones. De la vida del hombre, como de la existencia de las instituciones políticas, lo que supervive es esta síntesis. Mantener la posición contraria, haciendo del Estado el equivalente de fuerzas impositivas*

52 Montejano, Bernardino y Noacco, Julio César. *Estática Jurídica*. Abeledo Perrot. Argentina. 1980. p. 31

*supremas, es hacer de la guerra constante el medio de expansión y acrecentamiento de ese poder dominador. Pues el Estado-fuerza necesita mantenerse firme mediante la amenaza al exterior y la exigencia de la obediencia mecanizada e ilimitada, en el interior. Este tipo de Estado tiende a convertirse en imperio, cuya meta es el dominio mundial económico, político y militar.*⁵³

Al decir que los órganos creados se sujetarán de manera puntual a lo prescrito por la Carta Magna, queremos resaltar la importancia que esta aseveración entraña. Las instancias que aplican la potestad estatal, están obligadas a cumplir y hacer cumplir el contenido de la Ley fundamental; pero no sólo eso, también deben cumplir y hacer cumplir las demás leyes.

La actividad cotidiana de los órganos creados, debe conducirse siempre en acatamiento estricto de la norma jurídica. Esta verdad indiscutible, es además, uno de los principios jurídicos que constituyen el eje del sistema jurídico mexicano; me refiero desde luego al principio de legalidad.

Ahora bien, históricamente, Locke y Montesquieu representan la cima del pensamiento universal sobre la división de poderes. Aún cuando el primero no llegó a referirse al poder judicial,⁵⁴ cierto es que en su pensamiento se encontraba ya en latencia la inquietud por hacer que la voluntad omnimoda del monarca pudiera ser frenada por distintos centros de poder.

De acuerdo con esto, el desarrollo que posteriormente llevó a cabo Carlos de Secondat, desembocó en su famosa división de poderes que se convirtió en un formidable argumento para que los pueblos hicieran irrumpir sus anhelos libertarios. Así está escrito en su obra sobre el espíritu de las leyes: *“No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! ni la virtud puede ser ilimitada. Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas. Una Constitución puede ser tal, que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer*

53 Op. cit. p. 234

54 Nos referimos al denominado “Poder Federativo” que en la concepción de Locke tendría a su cargo llevar a cabo las alianzas y otras actividades fundamentales para la supervivencia del Estado en el contexto internacional. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Nuevaomar. México, 1987. p. 35

*lo que expresamente no prohíbe... En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.*⁵⁵ Definitivamente, la influencia de estos dos pensadores en la historia del siglo XVIII y en los movimientos de insurgencia de los siglos XIX y XX, es incuestionable.

Sin embargo, a la tesis de Montesquieu, se han opuesto incontables autores que han argumentado la imposibilidad de fragmentar el poder. Actualmente, casi nadie se atrevería a sostener lo contrario. Al respecto, la Ciencia Política contemporánea, se ha encargado de demostrar que el poder público, que el poder estatal -como ya lo señalamos de manera reiterada-, es por su propia naturaleza único e indivisible.

Ante la imposibilidad de dividir el poder público, la tesis de Montesquieu merece una explicación adicional. Una autora contemporánea ha expresado lo siguiente: *"El principio de división de poderes surge históricamente con la finalidad de limitar el poder..."*⁵⁶

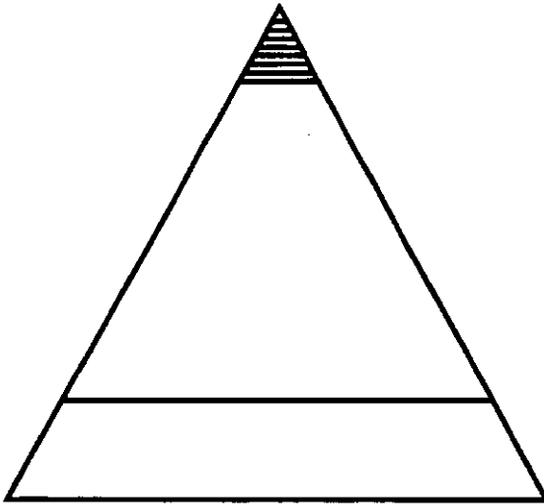
En términos similares se ha expresado el maestro Diego Valadés: *"Como es bien sabido, la clásica teoría de la repartición del poder adolece de muchas deficiencias, y si bien en buena medida seguimos hablando de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, esto obedece más a un lenguaje convencional que a una realidad jurídica y política. En efecto, a los diferentes órganos del poder les corresponde el ejercicio de diversas funciones, entre las cuales se*

55 Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Porrúa. México. 1987. p. 123

56 Otero Parga. Milagros. *El Poder y los Ciudadanos*. IAPEM. México. 1998. p. 25

incluyen muchas veces las de elaborar disposiciones normativas, aplicarlas y dirimir conflictos."⁵⁷

Luego entonces, la potestad estatal, el poder del Estado, el poder público resulta ser una zona de exclusiva competencia y aplicación de los órganos creados, como se ilustra en el siguiente esquema, provisionalmente bosquejado para la mejor comprensión del tema que nos ocupa.



Aquí se pretende expresar que la "División de poderes", ocupa la cima de la pirámide de poder ideada por Stein.

Al lado de este tema de prima consideración, debemos decir que cada órgano tiene determinada competencia que le ha reconocido la Lex fundamentalis; aquí nos vamos a referir a los órganos primarios, para empezar a distinguirlos de los órganos secundarios o derivados que no necesariamente tienen su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

57 Valadés, Diego. "El Control Interorgánico entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo de México", en *El Sistema Presidencial Mexicano (Algunas Reflexiones)*. Porrúa, México, 1988. Pág. 259

Todas estas referencias resultan ser de gran utilidad para la comprensión adecuada de la forma en que el fenómeno estatal se materializa en las funciones cotidianas de los órganos del Estado.

No resulta extraño entonces que la conocida división de poderes -que como ya vimos no es más que una frase cómoda que sirve para acercarnos a la praxis de las atribuciones de los órganos primarios-, siga ocupando espacios importantes en el léxico y en las obras de los estudiosos del Derecho.

En este caso, aún cuando esté debidamente justificado su uso actual, consideramos que en puridad técnica no debe seguirse diciendo que “el poder del Estado” puede ser tal, estando dividido.

Una afirmación tan falaz debe ser erradicada de la ciencia jurídica, para evitar que en lo subsecuente, cualquier estudio que aborde este tema tan relevante incurra en el mismo yerro. La división de poderes, en todo caso “La división del poder”, es algo estructuralmente imposible. Incluso la Ciencia Política nos enseña que el poder se tiene o no; pero esgrimir que se puede dividir es simplemente apostar por su fractura y por su pérdida.

Por esta razón, diremos en el presente trabajo que la potestad reconocida jurídicamente al Estado, sólo puede materializarse a través de la actividad de los órganos creados, fundamentalmente mediante la praxis de los órganos primarios; esto es, de los órganos que tienen a su cargo las tres funciones primordiales del Estado.

Desde luego, esta actividad de los órganos estatales se lleva a cabo a través del ejercicio de sus atribuciones reconocidas en el contexto del orden jurídico en vigor.

Es importante arribar al concepto de atribución porque del mismo se desprenden una gran cantidad de consideraciones jurídicas y pragmáticas que innegablemente influyen en el desempeño de los órganos estatales.

De acuerdo con el maestro Fraga, estudioso del Derecho Administrativo: *“El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer. El concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado. Las funciones constituyen la forma de*

*ejercicio de las atribuciones. Las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución.*⁵⁸

Como se colige de la cita arriba transcrita, tanto las funciones como las atribuciones son notas distintivas del Estado. Estos dos conceptos estrechamente vinculados, hacen alusión a las posibilidades en latencia de los órganos estatales y asimismo a su operación en la práctica.

El doctor Fernández Ruiz, se ha expresado al respecto, en los siguientes términos: *"El autor de la presente obra considera las funciones públicas como actividades esenciales del Estado contemporáneo, fundadas en la idea de soberanía, cuya realización satisface necesidades públicas, es decir, necesidades del Estado, del aparato gubernamental, de la administración pública, del municipio, en fin, necesidades de los entes públicos, distintas, por tanto, a las de carácter general, suma de muchas individuales similares de los particulares."*⁵⁹

Tratar de comprender o de explicar separadamente estos dos momentos fundamentales en la vida estatal, es tanto como pretender la irracional desconexión entre el Estado y el Derecho. Precisamente por esa relación inextricable no es posible arribar a una creación mental en la que el mundo de lo normativo esté divorciado de la dimensión factual que permite materializar en acto, la potencia del Derecho.

Este es el argumento más apropiado para hacer defendible la tesis sobre el binomio Estado-Derecho que en la conocida fórmula de Von Mohl tiene que decantarse necesariamente hasta arribar a la idea del Estado de Derecho, característica de las sociedades democráticas.

De forma parecida se nos presenta entonces la relación entre la potencia y el acto; entre la posibilidad y la praxis; entre el poder y la forma; esto es, entre la atribución y la función. Estos dos términos forman parte inseparable del ser

58 Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Porrúa. México, 1985. p. 267

59 Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo*. McGraw Hill. México, 1997. p. 76

estatal; el primero expresa los alcances del poder público; el otro, su dimensión real, tangible y verificable.

Así expresado, es innegable que la auténtica dimensión de lo estatal, está determinada por su telos; el funcionamiento preciso de esta maquinaria, ha llevado a un autor contemporáneo a escribir lo siguiente: *“El estado como realidad arquitectónica, es un conjunto de relaciones interdependientes, calculadas, engarzadas, funcionales y estructurales que tienen por objeto a un mismo tiempo, contribuir a obtener resultados que tienden a mejorarlo para conservarlo con eficacia.”*⁶⁰

Desde este escenario podemos aproximarnos todavía más a la esencia del poder público. Su naturaleza está definida en el estricto marco que la ley le reconoce como su ámbito de actuación.

Justamente, la dificultad que representa el ejercicio de las múltiples facultades de los órganos del Estado, hace necesaria la distribución de sus funciones; y no se trata aquí de asignar o de reconocer un catálogo determinado de estas a cada parte de la estructura del poder; antes bien, su presencia irreductible en el universo jurídico estatal, está justificado por la todavía más loable exigencia de que a cada órgano se le reconozcan sólo unas cuantas funciones precisas, claramente enunciadas y acotadas.

Por esta razón, nos atrevemos a señalar que la división de poderes que debe llamarse “División o distribución de funciones”, puede ser conocida bajo la denominación: *“Trilogía funcional del poder”*.

Nótese que hasta este momento nos hemos referido únicamente a las tres funciones primarias del Estado. Funciones que constitucionalmente están reservadas con tintes de exclusividad a los órganos legislativo, judicial y ejecutivo, según lo indican los artículos correlativos de la propia Carta Magna.

Al pretender incursionar en el accidentado terreno de las teorías esgrimidas sobre el particular, el avance se dificulta a cada paso. Si por un lado la teoría

60 Uvalle Berrones, Ricardo. *Los Nuevos Derroteros de la Vida Estatal*. IAPEM. México. 1994. p. 50

de Montesquieu, nos ha parecido insostenible a la luz del tiempo actual; por otra parte, consideramos que definir a la *trilogía funcional del poder* requiere un notable esfuerzo de síntesis. No podemos dejar de señalar el hecho de que formalmente los órganos que llevan a cabo las tres funciones primarias del Estado, no siempre se sujetan al ámbito legalmente reconocido y reservado para su competencia.

En este caso como en muchos otros, la realidad supera a la teoría. Si bien es cierto que el *universum iuris* reconoce a cada órgano un catálogo claramente delimitado de posibilidades de actuación, también lo es que en el ejercicio de sus atribuciones, a veces los órganos primarios -como puede darse obviamente en el caso de los órganos secundarios o derivados- realizan funciones que materialmente corresponden a otro órgano, lo cual ha planteado a la doctrina un conflicto de competencias, cuya solución más adecuada se ha encontrado en las llamadas funciones de carácter híbrido.

El doctor Carpizo ha escrito lo siguiente: "*La función se divide desde los diferentes puntos de vista, en funciones formales y materiales. Desde el punto de vista formal se atiende al órgano que realiza la función. Así, todas las funciones del legislativo serán actos legislativos sin importar la naturaleza del acto. Pero desde el punto de vista material, se atiende a la naturaleza intrínseca del acto, sin importar el órgano que realiza la función...*"⁶¹

Más adelante, el autor citado hace referencia a lo que él denominó "El Sistema de Coordinación", para explicar que no siempre coinciden las funciones materiales con las formales. Por esta razón, clasificó las relaciones de los órganos de la siguiente manera:

- I. ejecutivo-legislativo
 - II. legislativo-judicial
 - III. judicial-ejecutivo, y
 - IV. de los tres órganos.
- ⁶²

61 Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. Porrúa. México, 1990. p. 200

62 *Ibidem*. p. 203

En este mismo orden de ideas, podemos citar el pensamiento de Carré de Malberg, quien al respecto escribió: *"Por otra parte, la separación o especialización orgánica de las funciones tropieza con un obstáculo por el hecho de que entre las funciones propiamente dichas de legislar, administrar y juzgar, en el sentido material indicado por Montesquieu, existen ciertos puntos de contacto, y -como se ha dicho ya (Lafarrière, Traité de la Juridiction Administrative, 2a. ed., vol. I, p. 11; Esmein, Éléments, 7a. ed., vol. I, pp. 533 y 537)- algunas "zonas limítrofes" o "zonas mixtas", que comprenden atribuciones que por su naturaleza participan a la vez de dos poderes funcionales.*"⁶³

Luego entonces, nos permitimos mirar a la *trilogía funcional del poder* como una posibilidad más cercana a la realidad e incluso como un argumento más consistente para lograr la explicación sobre la praxis de cada día y de cada momento de los órganos primarios del Estado.

En este entendido, no debe escaparse a nuestra percepción el hecho de que las tres funciones esenciales del Estado, están ubicadas en la cúspide de la pirámide de poder magistralmente esbozada por Stein.

La explicación de dicho statu quo se halla en la naturaleza de las funciones encargadas a estos órganos, porque como ya vimos, desde Montesquieu se ha venido señalando que el Estado debe realizar primordialmente estas funciones básicas en el contexto del ejercicio del poder.

Al dimensionar la operación diaria y constante de estas funciones, nos encontramos frente a un fenómeno que no es ajeno a la conflictiva suscitada con motivo de la vida vertiginosa del ser estatal. A cada órgano le corresponde ejercer una competencia definida, predeterminedada; al lado de este axioma y como consecuencia inmediata, nos encontramos con la actuación de múltiples centros de poder que tienen diversa jerarquía y que por lo mismo, inciden con su actividad tanto en el ámbito competencial de otros órganos, como en la esfera jurídica de los gobernados.

63 Op. cit. p. 767

Obviamente, esta operación de la potestad estatal -como ya lo señalamos líneas atrás- debe acatar en cualquiera de sus niveles jerárquicos el principio de legalidad. Cualquier acto de autoridad contrario a este principio, debe ser tenido como una inaceptable manifestación de la potestad del Estado.

Sin embargo, para nadie resulta extraño que en no pocas ocasiones, la puesta en práctica de algún órgano estatal puede darse al margen de sus atribuciones e incluso no sólo de manera horizontal, sino también de manera vertical, provocando en ambos casos una evidente invasión de competencias con independencia de la ilegalidad que tal actuación entraña.

Desde luego, sobre el particular destacan dos hipótesis igualmente importantes: En primer término, el hecho de que un órgano primario realice funciones propias de cualquiera de los otros dos, es un problema de innegable relevancia; el exceso materializado en tal supuesto, hace oscilar el equilibrio existente entre la trilogía funcional del poder.

Aunado a esta irregularidad, entendemos que también las decisiones o la actuación que se presenta desde este escenario, al estar viciadas de origen no tienen tras de sí el respaldo de la legitimidad que como ya vimos, constituye la parte vertebral de cualquier acto de autoridad.

Tenemos el caso, por lo tanto, de los actos de naturaleza híbrida que no obstante emanar de la potestad estatal, no coinciden plenamente con las atribuciones formalmente reconocidas al órgano emisor. A pesar de que tales actos puedan ser exigibles por parte de la estructura estatal, no debemos perder de vista que la coacción legítima por parte del Estado, nunca debe considerar intrascendente la adecuación necesaria que debe darse entre el órgano y el acto del poder público emanado de él o atribuible a sus titulares.

En segundo lugar, tenemos el caso en que el acto de autoridad invade la esfera de los gobernados. Este supuesto no es inusual en el accionar cotidiano del Estado. Los recursos, y en general los medios de impugnación prescritos en las normas jurídicas, tienen gran parte de su cometido, orientado hacia el propósito de que el gobernado cuente con elementos que le permitan poner un freno al ejercicio indebido de las atribuciones reconocidas por la ley a los órganos primarios.

El juicio de amparo es, en el caso mexicano, uno de los medios más eficaces para exigir del Estado el respeto incontestable a la esfera jurídica de los habitantes. Junto a esta formidable herramienta jurídica, existen otros instrumentos que analizaremos en el tercer capítulo; en este apartado, únicamente queremos resaltar la importancia que tienen para el hombre los medios de defensa que la ley ha creado para poner coto al abuso del poder.

Siguiendo la temática que nos ocupa, debemos ubicar en el orden jurídico vigente la presencia y actuación de órganos distintos a los que integran la trilogía tantas veces invocada. Estos órganos que también realizan tareas primordiales para el funcionamiento del Estado, han sido denominados *órganos secundarios o derivados*.

Esta denominación se desprende de la ubicación que tales órganos tienen en la estructura piramidal del poder; podemos decir además que otro elemento que sirve para definir su naturaleza es la importancia propia de los fines que tienden a realizar.

Aunque en el siguiente apartado vamos a ubicar nuestra atención en la atribución legislativa, queremos indicar que junto a esta tarea, las que han sido legalmente asignadas a los órganos ejecutivo y judicial, conforman la *trilogía funcional primaria* del poder del Estado.

Quizá la construcción gramatical sea un tanto extensa o tal vez imprecisa; no obstante ello, consideramos que sirve para indicar de manera indubitable el lugar de preminencia que los tres poderes “clásicos” tienen en el aparato estatal.

Así como en la pirámide kelseniana, la Constitución ocupa la cúspide de la misma; de manera similar en la pirámide de poder de Stein, la parte más alta está ocupada por los órganos primarios; id est. la trilogía funcional primaria del poder.

Ahora bien, al ser concebidos como recipiendarios de la potestad estatal, cada uno de los órganos creados debe tener un marco definido de actuación, con la salvedad de la clasificación indicada por el doctor Carpizo, en el caso de las funciones híbridas.

Este marco de actuación es el que define la competencia de cada órgano. No debemos omitir señalar al respecto, la posibilidad que se halla en latencia de que cualquiera pueda exceder su marco de actuación incurriendo en invasión de competencia.

La *competencia* que podemos definir como la capacidad de actuación legal de los órganos del Estado, se halla en el contenido de las atribuciones de esos órganos y de manera concomitante en los alcances de las funciones públicas que sólo a ellos corresponde ejercer. De aquí nace la explicación sobre las razones por las cuales es procedente demandar a la autoridad cuando incumple u omite el desempeño de sus atribuciones legalmente asignadas en el contexto jurídico del Estado mexicano. Queda así demostrado que el ejercicio del poder público no se refiere únicamente a la acción de los órganos creados, sino que también alude a la inactividad estatal, que incluso puede ser lesiva de garantías y hasta de derechos humanos.

En su conocida obra sobre Derecho Administrativo, el maestro Fraga escribió al respecto lo siguiente: *“La competencia en derecho administrativo tiene una significación idéntica a la capacidad en derecho privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la Administración.”*⁶⁴

En este orden de ideas, podemos inscribir algunos razonamientos en relación con un problema que ya enunciamos líneas atrás; me refiero al problema que el ejercicio indebido del poder público plantea como invasión de competencias. Queremos analizar en sentido positivo esta problemática porque en los supuestos en que las atribuciones otorgadas a los órganos estatales no son suficientemente colmadas ni debidamente atendidas, nos encontramos ante un caso de ejercicio indebido por omisión; situación que difiere de la que aquí estamos tratando y que en términos de la legislación positiva, es posible canalizar mediante la acción promovida ante diversas instancias competentes para conocer y resolver sobre el particular.

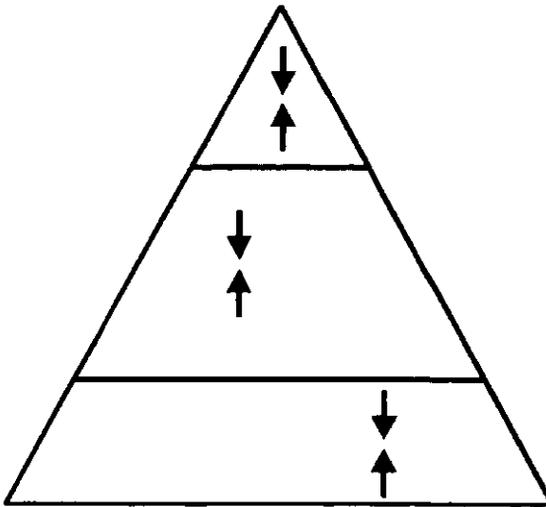
64 Op. cit. p. 267

Una vez señalado que la competencia de los órganos deriva de sus atribuciones, y asumiendo la posibilidad de que el accionar de sus funciones pueda ocasionar un exceso en el ejercicio del poder público, debemos mencionar que la potestad estatal puede manifestarse en sentido vertical y también en línea horizontal.

En ambos casos, la forma en que se hace patente la actuación del Estado, plantea una conflictiva distinta. En primer término, podemos aseverar siguiendo el esquema lógico de la construcción geométrica ideada por Stein que el problema de la invasión vertical de competencia se puede dar de las siguientes formas:

A) Entre órganos del mismo nivel:

Para una mejor explicación, nos hemos auxiliado de la expresión gráfica inserta a continuación.



HIPÓTESIS PRIMERA.- Cuando el órgano inferior invade el ámbito competencial del órgano superior.

Es preciso anotar que aunque algunos órganos pueden encontrarse en el mismo nivel, no resulta ser conditio sine qua non el hecho de que no se ubiquen en la misma jerarquía. Para que tenga lugar el problema a que nos referimos, a

manera de ejemplo, podemos citar en los dos niveles superiores (esto es, en los ámbitos federal y estatal) a la *trilogía funcional del poder*, cuyos órganos tienen dentro del mismo nivel orgánico-funcional, mayor jerarquía que cualquiera otro de los órganos que puedan encontrarse en ambos niveles.

En vía de ejemplo, diremos que para todo jurista resultaría absurdo pretender que en el ámbito federal el órgano legislativo pudiera ser situado en similar jerarquía que una “Dirección” determinada del órgano ejecutivo.

HIPÓTESIS SEGUNDA.- Cuando el órgano superior invade el marco de actuación del órgano inferior (o de algunos inferiores).

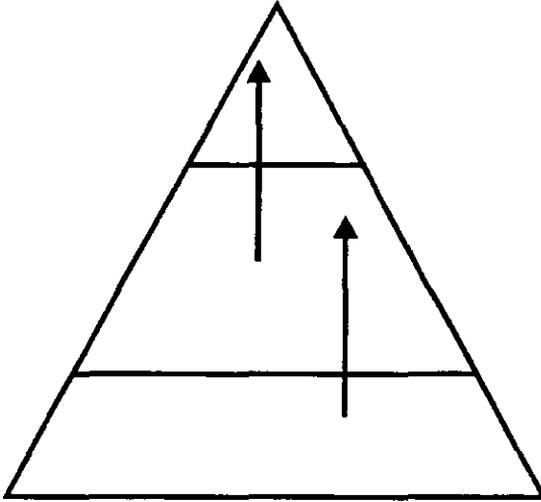
Este el supuesto contrario al que hemos planteado en la hipótesis primera. Es conveniente señalar que la división de funciones se ha justificado paulatinamente gracias a la efectividad que en el plano de la realidad han reportado las acciones legalmente ejecutadas por los órganos estatales; sin embargo, no siempre ha sido ni es así; más allá de la regla que hemos planteado, se ha destacado la excepción contenida en las acciones u omisiones de los órganos de mayor jerarquía, sobre todo cuando su desempeño resulta ser un insultante exceso en el ejercicio del poder público.

No faltan los casos que la memoria histórica ha recogido y cuya narrativa refleja los actos de Presidentes de la República que en claro exceso de sus atribuciones, invadieron la competencia de órganos de menor jerarquía, pero que paradójicamente eran los únicos facultados para actuar en algunos casos concretos.

No debemos soslayar que en derecho público no rige el principio “El que puede lo más, puede lo menos”. Por el contrario, más bien resulta aplicable el principio de que “la autoridad solamente puede hacer aquello que la ley expresamente le faculta.”

Afirmar lo contrario, es decir que cualquier autoridad con jerarquía superior pueda conocer de lo que le corresponde a un órgano inferior o incluso que pueda sustituirla en el ejercicio de sus atribuciones, sería tanto como entender equivocadamente el concepto de autoridad.

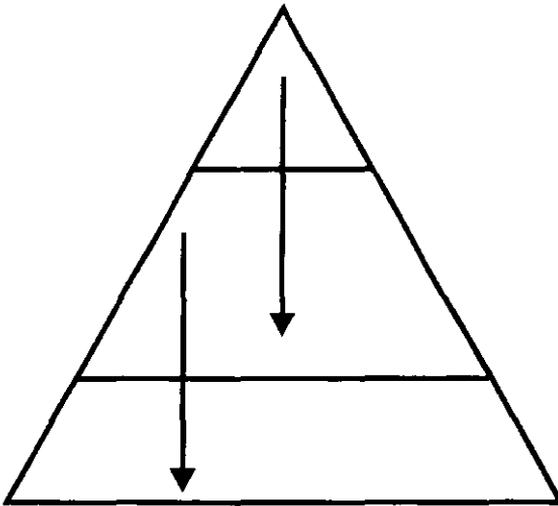
B).- Entre órganos de dos niveles distintos (pe. Conflictos Federal-estatal, Federal-municipal, Estatal-federal, Estatal-municipal, Municipal-federal, Municipal-estatal). Nos hemos auxiliado del siguiente esquema para ilustrar nuestro punto de vista.



HIPÓTESIS PRIMERA.- Cuando el órgano superior de un nivel, invade el ámbito competencial del órgano superior de otro nivel distinto.

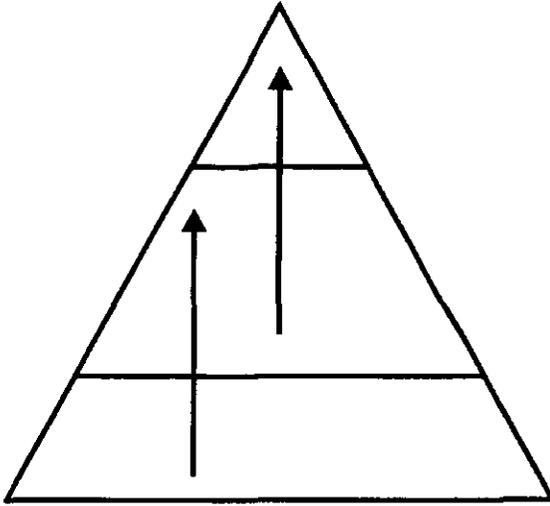
Esta hipótesis está planteada en el marco referencial de una federación como en el caso del Estado mexicano, cuando cualquiera de los órganos que integran la trilogía del poder, bien sea en el ámbito federal o en el estatal, se arroga atribuciones que le son propias a las entidades federativas o a los municipios. Es bien sabido que los actos de pleno dominio de los titulares de los órganos federales, no deben omitir el respeto indeclinable a la “soberanía” de los Estados miembros. De igual forma, los “tres poderes” de las entidades federativas no deben descuidar el respeto al ámbito exclusivo de actuación del Municipio libre, según lo ha consagrado el numeral 115 de nuestra Carta Magna.

HIPÓTESIS SEGUNDA.- Cuando el órgano superior de un nivel, invade el ámbito competencial del órgano inferior de otro nivel distinto (vid. infra. la expresión gráfica).



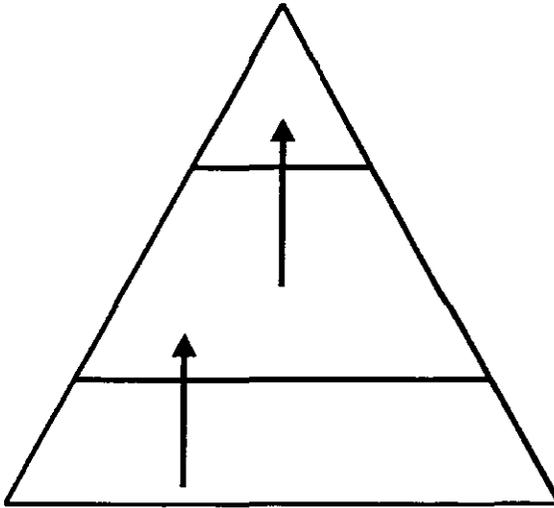
Este supuesto es similar al anterior, con la salvedad -que tal vez agrava esta circunstancia- de que el órgano superior de un nivel superior, desciende o extiende el ejercicio de su potestad hasta el ámbito de órganos inferiores de niveles también inferiores. Como ejemplo, podemos citar la práctica tan inveterada como absurda de que una simple llamada telefónica de un gobernador, sirva para poner en libertad a quienes llegan a transgredir el orden jurídico, a pesar de que hayan sido legalmente asegurados. Este es un ejemplo típico sobre la forma en que todavía en muchos espacios del territorio nacional, se procura y se imparte la justicia de los hombres.

HIPÓTESIS TERCERA.- Cuando el órgano inferior de un nivel, invade el ámbito competencial del órgano superior de otro nivel distinto (vid. infra. el esquema esbozado para explicar esta hipótesis).



Este supuesto que no es tan frecuente como los señalados con antelación, no deja de ser motivo de preocupación desde la perspectiva del ejercicio racional del poder. Sobre todo en el ámbito municipal, se dan casos en que servidores públicos que tienen una función claramente delimitada, exceden los alcances jurídicos de su quehacer e incurren en determinaciones tan absurdas como ilegales. A manera de ejemplo, puedo citar un caso en el que el Oficial Conciliador y Calificador de un Municipio (órgano inferior del nivel municipal), "concilió" una sucesión intestamentaria, mediante la citación de los herederos, para que ante él se pusieran de acuerdo sobre la forma de repartición del haber hereditario; esta atribución indiscutiblemente corresponde al "Poder Judicial" (órgano superior del nivel estatal).

HIPÓTESIS CUARTA.- Cuando el órgano inferior de un nivel, invade el ámbito competencial del órgano inferior de otro nivel distinto. En la siguiente figura geométrica, podemos advertir de manera esquemática estos problemas que sin dejar de ser estrictamente jurídicos, están matizados por el pragmatismo de los órganos involucrados.



Podemos decir aquí que de manera semejante al ejemplo citado en la hipótesis precedente, las invasiones competenciales de cualquier órgano municipal o estatal, son inadmisibles.

Precisamente, el principio de legalidad impone a todos los órganos de cada nivel, sea federal, estatal o municipal, el cumplimiento cabal de sus atribuciones mediante el ejercicio mesurado de su potestad; esto es, mediante el acatamiento preciso de sus funciones legalmente otorgadas.

Estos son los casos típicos a nuestro juicio, en que puede tener lugar la invasión vertical de competencia.

A continuación, vamos a señalar de manera breve los casos en que la invasión de competencia tiene lugar desde la perspectiva horizontal del ejercicio del poder público. Me refiero a los conflictos competenciales planteados entre órganos del mismo nivel que desafortunadamente se dan en los niveles federal y estatal de manera preponderante, en claro detrimento formal de la legalidad e incluso hasta de la constitucionalidad, y en afectación directa de los gobernados.

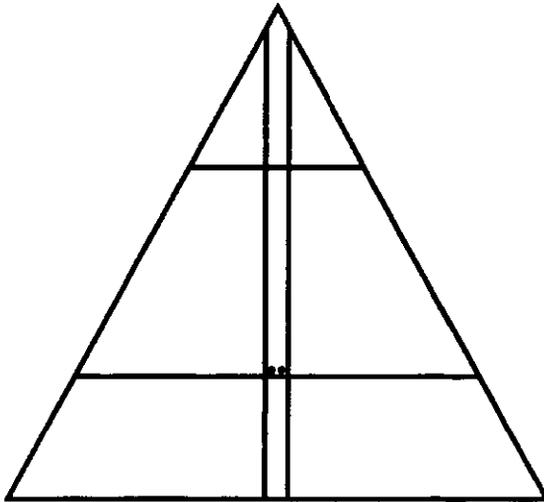
Los casos en que tiene lugar la invasión de competencia en sentido horizontal, coincide con los tres niveles de gobierno del Estado mexicano.

En el plano federal, al referirnos a los tres poderes primarios, debemos señalar que con la salvedad reservada para los casos en que tiene lugar el ejercicio de funciones híbridas, todos los demás, tienen una gran significación sobre el tema del equilibrio de los “tres poderes”.

Más aún, tratándose de cuestiones que afectan a dos o más órganos creados, debemos decir que en tales casos el esclarecimiento de las funciones en ejercicio, es imprescindible para lograr que los órganos estatales se ciñan al ámbito de su actuación.

La invasión horizontal de competencia, es más grave que los casos planteados como invasión vertical, precisamente porque hace manifiesta la vulnerabilidad entre pares, de cualquiera de los órganos que integran un mismo nivel jerárquico.

En un Estado federal, como es el caso del Estado mexicano, este problema se presenta con mayor frecuencia en los niveles estatal y federal. En el siguiente esquema, podemos advertir la forma en que pueden darse estos supuestos.

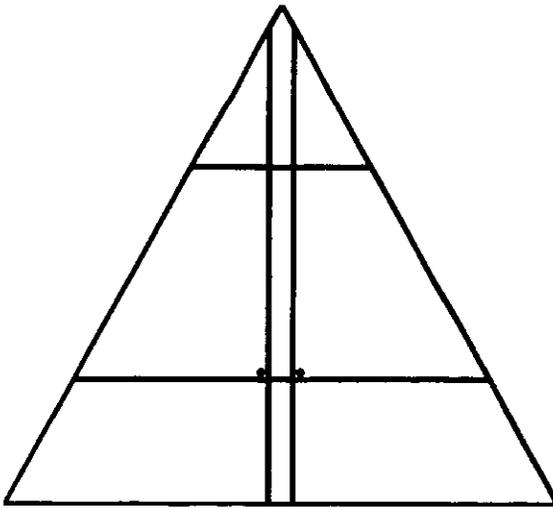


HIPÓTESIS PRIMERA.- Invasión de competencia entre dos órganos creados del mismo “poder”. Podemos a manera de ejemplo, citar el caso en que funciones de una Secretaría de Estado sean ejercidas por otra Dependencia que

carece de ellas. Estos casos pueden ser tantos como órganos creados existan dentro del mismo “poder”. Por esta razón, tampoco la excesiva distribución de la potestad estatal, resulta ser garantía plena del ejercicio racional y legal del poder público.

HIPÓTESIS SEGUNDA.- Cuando la invasión tiene lugar entre dos órganos que pertenecen a dos “poderes”. Podemos enunciar los siguientes casos hipotéticos en que un órgano invade la esfera competencial de otro distinto.

- I. Legislativo-ejecutivo
- II. Legislativo-judicial
- III. Ejecutivo-legislativo
- IV. Ejecutivo-judicial
- V. Judicial-ejecutivo, y
- VI. Judicial-legislativo.



Desde luego, estos casos son esencialmente distintos al “Sistema de Coordinación” mencionado por el doctor Carpizo; aquí hablamos de invasión de competencia, no de actos de coordinación entre “poderes”.

Como se ve, el ejercicio del poder público plantea a cada instante, una problemática compleja que no es resoluble con una teoría de la “División de

Poderes” tan rígida y limitada como la ideada por Montesquieu. El accionar de la potestad estatal es mucho más variado; si bien es cierto que no por eso resulta ser más extensa, sí debe tomarse en cuenta que la praxis orgánico-funcional, es un complejo tejido en el que si las atribuciones no están enunciadas con precisión ni acotadas con exactitud, el ejercicio del poder puede volverse fácilmente campo propicio para los abusos y los atropellos.

De tal guisa que el acto de creación de la ley sea tan trascendental para la debida marcha del Estado y para la aplicación adecuada del poder público. Vamos a tratar a continuación, este rubro de importancia capital en la temática que estamos analizando.

B) La Creación de la Ley

Vimos en el apartado precedente, la forma en que la estructura estatal fuertemente afianzada a través de la *trilogía funcional del poder*, desarrolla sus atribuciones legalmente otorgadas por el orden jurídico.

Nos queda claro que el contenido de la atribución, es inescindible de la forma en que esta se realiza; por eso es que el binomio atribución-función, pone de relieve el carácter de unicidad e indivisibilidad, característicos de cualquier manifestación de la potestad estatal.

Obviamente, las incontables acciones que los órganos del Estado realizan en el marco de sus atribuciones, bien sea promulgando una ley, ejecutando una sentencia o poniendo en marcha una campaña de vacunación, representan las más variadas formas de la actualización del poder del Estado.

De esta forma, al hacerse patente el accionar de los órganos creados, resulta indiscutible que todos estos actos al parecer aislados, están concatenados en el ejercicio del poder público del Estado que trasciende la particularidad de cada decisión orgánico-funcional, para mantenerse enhiesto como la causa generadora de la capacidad de actuación de todos y cada uno de los órganos estatales.

Tenemos así, una actuación multiorgánica que hace converger sus múltiples acciones en una sola que está materializada en el ejercicio del poder público. Las atribuciones reconocidas por la ley a cada uno de los órganos creados, son clara expresión de la potestad que dividiéndose para su ejercicio, es más sólida -por paradójico que esto parezca- y afianza con mayor legitimidad los actos tenidos como estatales.

No escapa a nuestras consideraciones el hecho de que en el nivel más alto de esa pirámide de poder llamada Estado, se encuentren los tres órganos que tienen a su cargo el ejercicio de las tres funciones fundamentales para esta construcción jurídico-política. Tan importante es legislar como administrar o dirimir conflictos mediante la impartición de justicia.

Sin embargo, para los efectos del presente trabajo, nos permitimos resaltar la importancia que en el marco legal de su competencia, tiene el “poder legislativo” y la trascendencia que la producción legislativa representa para la actuación posterior de quienes están autorizados jurídicamente para desempeñar las tareas públicas.

Es innegable que la función legislativa reviste singular importancia para la vida del Estado. Más aún, debemos resaltar el hecho de que independientemente de la fuerte presencia estatal, en el marco estricto de sus capacidades, los efectos de su actividad repercuten siempre en el seno de la sociedad y afectan la esfera jurídica de los gobernados. Baste citar como ejemplos, las consecuencias que inevitablemente se derivan de la aprobación del presupuesto de egresos, así como las afectaciones que indiscutiblemente sufren los gobernados a causa de la creación de nuevos impuestos.

Una función de tal preminencia tiene que estar encargada necesariamente a un órgano de primer nivel, plural, tolerante, abierto. Las razones de esto, podemos encontrarlas básicamente en las siguientes consideraciones.

En primer término, queremos citar lo que sobre el particular ha expresado el autor Jaime F. Cárdenas. *"Del Poder Legislativo se ha dicho que tiene tres funciones básicas: legislar, controlar al Ejecutivo, y más recientemente, legitimar decisiones que provienen de otras instancias como el gobierno y los partidos políticos."*⁶⁵

A estas consideraciones del autor citado, nos permitimos agregar que también el poder legislativo funge como garante de la democracia en el Estado de Derecho. Sin embargo, vamos a enfocar nuestra atención sobre la actividad que por su naturaleza le corresponde al órgano legislativo y que consiste en crear normas jurídicas. Fundamentalmente, este quehacer tiene como propósito regular tanto el ejercicio del poder público a través de los órganos creados, como la actividad de los particulares.

De acuerdo con estas ideas, podemos enunciar cuatro razones fundamentales para corroborar la importancia del "poder legislativo", utilizando el criterio de la utilidad que las normas jurídicas tienen en el marco del Estado:

- 1.- Las normas jurídicas sirven para regular la actividad del Estado.
- 2.- Las normas jurídicas sirven para regular la actividad de los gobernados.
- 3.- Las normas jurídicas sirven para regular las relaciones de poder entre los órganos estatales.
- 4.- Las normas jurídicas sirven para regular las relaciones entre el Estado y los gobernados.

Esta clasificación, demuestra la fuerte presencia del órgano legislativo en la vida de todos los días. Esta primera aproximación da cuenta del valor de las leyes que nacen del procedimiento legislativo. A nadie escapa que la tarea legislativa, desde este punto de vista, es una de las "funciones primarias" que

65 Cárdenas G. Jaime F. "Aproximación al futuro Estado de Partidos en México", en *El Poder Legislativo en la Actualidad*. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, U.N.A.M. México, 1994. p. 214

tiene a su cargo el Estado; por eso está incluida en el primer nivel de la pirámide ideada por Stein.

No obstante lo anterior, también el “poder legislativo” tiene legalmente encomendadas otras funciones de gran envergadura que son además vitales para la buena marcha del Estado; sin embargo, por múltiples razones no las ejerce a plenitud. Una de estas, es la declaratoria de procedencia que resulta ser un requisito irreductible de procedibilidad en los casos en que se pretende juzgar mediante juicio político a determinados funcionarios públicos. Otro caso, más grave aún, pero igualmente patético, es el que se deriva del cuestionable ejercicio de su facultad contenida en el artículo 135 de nuestra Carta Magna, relativo a las reformas constitucionales. Con esto queda indicado que las atribuciones del poder legislativo, no se contraen exclusivamente a crear leyes.

Hemos utilizado deliberadamente el término “poder legislativo”, para alejar el peligro de incurrir en alguna confusión propiciada por la posibilidad que existe de que algún otro órgano distinto a este “poder” pueda crear normas jurídicas.

En otra percepción sobre la actividad legislativa, podemos afirmar de manera destacada -al margen del debate planteado sobre la existencia de las normas jurídicas, entre Kelsen por un lado y Alchourrón y Buligyn por el otro- que una vez promulgadas, las leyes sirven en la praxis para tres propósitos fundamentales:

Primero.- Las normas jurídicas sirven para fijar las atribuciones de los órganos estatales.

Segundo.- Las normas jurídicas sirven para delimitar la competencia de los órganos del Estado.

Tercero.- Las normas jurídicas sirven para establecer programas de largo alcance.

Vamos a tratar esta temática, para intentar demostrar porqué consideramos que la actividad legislativa es el punto de referencia de cualquier acción atribuible al Estado que violente el statu quo constitucional.

Es preciso aclarar que esto no significa ni lejanamente que los actos provenientes de algún órgano del Estado, deban ser atribuidos al poder legislativo. En el Estado de Derecho, a cada órgano y a cada instancia, la ley le reconoce un determinado campo de actuación y las acciones irregulares que de aquí puedan derivarse sólo son imputables a quienes incurren en ellas.

En su Teoría del Estado, Kelsen planteó una interesante cuestión sobre el tópico que nos ocupa. Es evidente que su teoría sobre la estática y la dinámica jurídica, marcó el inicio de una cauda de temas de gran presencia en el mundo jurídico. Sin descuidar el valor de la estática jurídica, la cual está referida al análisis y valoración de los elementos del Estado, el maestro austriaco indicó en la parte relativa a la dinámica jurídica, centrada en las funciones del Estado que: *“En la función legislativa, el Estado establece reglas generales abstractas; en la jurisdicción y en la administración, despliega una actividad individualizada... De este modo el concepto de legislación se identifica con los de “producción”, “creación” o “posición” de Derecho... Llámase “legislación” a la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada conscientemente al establecimiento de normas jurídicas...”*⁶⁶

Más adelante, el mismo autor abundó sobre la posibilidad que existe de que un órgano distinto al formalmente reconocido por la ley, pueda desplegar materialmente la actividad legislativa. Así lo expresó este jurista: *“En principio, la constitución establece un sólo órgano para la creación de normas generales: el “legislador” en sentido formal... En todos los Estados modernos existen autoridades que no son órganos “legislativos”, pero que dictan “reglamentos” sobre la base de las leyes; es decir, órganos que crean normas generales que desenvuelven y aplican el contenido de las leyes. Por eso los “reglamentos” son leyes en sentido material, en su calidad de normas generales, y aún de simples normas. De leyes en sentido formal háblase tan sólo en el caso de aquellas normas creadas por los órganos determinados directamente por la constitución, los órganos de grado relativamente superior.”*⁶⁷

66 Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México, 1983. p. 302

67 *Ibidem*. p. 307

Al respecto, nos permitimos señalar que tal temática ya fue abordada en líneas anteriores, a propósito de las ideas del doctor Carpizo sobre el “Sistema de Coordinación” que se materializa en el ejercicio de funciones híbridas. En esta parte, resulta pertinente decir que las normas jurídicas en estricto sentido, nacen de un proceso que formalmente corresponde con tintes de exclusividad al poder legislativo.

Dejamos de lado en este apartado, las controversias y su abundante contenido que se han suscitado en el campo de la lógica deóntica, cuando los diversos autores se han abocado al estudio de las cuestiones relativas a los diferentes tipos de normas jurídicas -que es posible analizar desde muchos puntos de partida-, y que por consiguiente, han arrojado como resultado, tantas clasificaciones como criterios existen sobre el particular.

Ahora bien, sobre esto, nos llama la atención el hecho de que puedan existir normas legisladas y normas consuetudinarias, en el mismo sistema jurídico que además les reconoce a unas y otras, existencia y validez. Por este motivo, resulta por demás interesante tratar algunos temas relacionados con las normas jurídicas.

Precisamente en este campo, tenemos que detenernos, así sea brevemente, a analizar la forma en que nacen las normas jurídicas, cuáles son las condiciones de su existencia, la forma o los mecanismos mediante los cuales se verifica su validez y, por supuesto, cómo pueden ser derogadas o anuladas y hasta dónde su ineficacia puede conducir a su muerte por la vía de la *desuetudo*.

En este orden de ideas, primeramente diremos que las consideraciones sobre las normas nacidas consuetudinariamente quedan un tanto al margen de la presente investigación, porque aún cuando resulta incuestionable su presencia y valor en el marco de actuación de los órganos estatales y en el desempeño de los particulares, no es menos cierto que la inaplicación consecuyente (formal) de los conceptos de validez y eficacia, plantean un problema casi irresoluble a la Teoría General del Derecho.

Esta problemática, ha sido tratada por diversos autores. Dos de ellos se han expresado en los siguientes términos: *“Lo grave es que muchos autores parecen creer que tanto las normas legisladas, como las consuetudinarias son normas en el mismo sentido, es decir, son entidades del mismo tipo, que sólo*

difieren en cuanto a su origen; las normas legisladas se originan en un acto deliberado de creación normativa, mientras que las consuetudinarias tendrían su origen en ciertas conductas convergentes, no necesariamente deliberadas, del grupo social. Esto, sin embargo, es un error... Hay ciertas propiedades de las normas legisladas que se consideran muy importantes y que ni siquiera pueden ser predicadas de las normas consuetudinarias..."⁶⁸

Por supuesto que los autores citados se refieren al problema de la validez y de la eficacia. Estos dos conceptos vertebrales, tienen una gran importancia en relación con las normas jurídicas.

Tratándose de las normas legisladas que son las que aquí nos interesan, debemos inquirir cuál es el criterio de su validez. Antes de adelantar cualquier respuesta, es oportuno señalar que Hans Kelsen, consideró que la validez de la norma deriva de su existencia misma; sin embargo, sabemos que ambos conceptos apuntan hacia distintos horizontes.

Las normas jurídicas son válidas, según los autores contemporáneos, atendiendo principalmente a dos criterios.

Por un lado, diremos que las normas jurídicas son válidas, siempre y cuando forman parte de un sistema jurídico específico existente en un marco temporal, también determinado. Esta idea incluye la afirmación de que los sistemas de normas son cambiantes. Incluso, se ha llegado al extremo de afirmar que cada sistema jurídico cambia cada vez que sus componentes sufren alguna alteración; esto es, cada vez que sus normas jurídicas son renovadas, cuando son creadas algunas nuevas o derogadas algunas otras ya inoperantes.

En este sentido, Aguiló ha dicho: "*Como ya sabemos, siempre que una nueva norma es agregada a un sistema jurídico tenemos un sistema diferente. Lo mismo ocurre con la derogación: cada vez que se sustrae una norma el resultado es un nuevo sistema jurídico.*"⁶⁹

68 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*. Fontamara. México, 1997. p. 12

69 Aguiló, Josep. *Sobre la Derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*. Fontamara. México, 1999. p. 60

De aquí se colige, necesariamente, la idea de temporalidad como característica de las normas jurídicas; en este mismo sentido, la existencia de éstas, tiene una estrecha vinculación con el mismo concepto.

El segundo criterio sobre la validez de las normas jurídicas, es precisamente el abanderado por Hans Kelsen, quien afirmó que este concepto se refiere a la forma específica de la existencia de las normas jurídicas. Aseveración que ha planteado serias dificultades en el marco de la Teoría General del Derecho, toda vez que es posible advertir que existen normas jurídicas que regularmente carecen de aplicación.

De esta forma, se comprende la relevancia del concepto de sistema jurídico que en palabras de Moreso, está concebido en los siguientes términos: *“Los sistemas jurídicos son una subclase de los sistemas normativos y sus propiedades específicas son: coactividad, institucionalización, organización jerárquica, etc.”*⁷⁰

Desde esta perspectiva, es posible otear mejor los alcances de la validez de las normas jurídicas; por supuesto que no podemos soslayar la impronta del acto de creación de la ley que es el que finalmente configura la pertenencia de una determinada norma jurídica a un sistema específico y que además, delimita su inclusión temporal que le da vida y presencia.

Para los efectos del presente trabajo, vamos a adoptar la aseveración de que las normas jurídicas, normas positivas -según el lenguaje de Von Wright-, son las normas con una determinada historia. *“El ejemplo más claro de norma positiva es el de la ley que procede de un órgano legislativo.”*⁷¹

Es evidente que el nacimiento lógico-formal de las normas jurídicas, solamente puede darse como consecuencia del ejercicio de las atribuciones del órgano legislativo del Estado. En relación con este interesante fenómeno, en el que se intersectan los análisis de los estudiosos del tema, debemos enfatizar que la tarea del “poder legislativo” -sobre este rubro en particular-, resulta ser

70 Moreso, José Juan. *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*. Fontamara. México, 1997. p. 14

71 Von Wright, Georg Henrik. *Normas, Verdad y Lógica*. Fontamara. México, 1997. p. 35

una de las más trascendentes para la debida actuación de los demás órganos estatales.

El acto de creación de la ley, se convierte así, en soporte y punto de partida de cualquier acción del Estado. Por eso es tan importante que el proceso legislativo, particularmente en nuestro país, se convierta en un ejercicio de racionalidad y mesura, en el que se conjuguen el conocimiento de causa y la experiencia técnica con la reflexividad y la tolerancia, no exentas de valor y audacia.

En este sentido, resulta pertinente referir que la producción jurídica del órgano legislativo, requiere de la preexistencia de otras normas jurídicas que le faculten para ejercer esa atribución estatal. No referimos desde luego a las llamadas “normas de competencia” que sirven como punto de partida para la creación de otras disposiciones jurídicas por parte del poder legislativo.

Estas normas de competencia, encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos su más eximia referencia. Queda de esta forma demostrado que la actuación del poder legislativo, no puede rebasar las disposiciones jurídicas contenidas en la Carta Magna que le otorgan atribuciones y le dotan de competencia. Asimismo, queda corroborado que la producción jurídica, no puede rebasar el contenido de las disposiciones jurídico-constitucionales que son el fundamento de su propia existencia.

La producción legislativa, está caracterizada por el llamado “*proceso legislativo*” que típicamente se desarrolla de la siguiente manera: “*La iniciativa, la discusión y la aprobación de la ley, efectivamente, que en términos generales realiza el poder legislativo por mandato constitucional, preceden sucesivamente a la sanción, a la promulgación y a su publicación, que de manera sucesiva también realiza el Poder Ejecutivo por disposición constitucional.*”⁷²

Es pertinente asentar que la existencia de las normas jurídicas, es un concepto esencialmente distinto al de validez. Hay normas que existen, no sólo

72 Sayeg Helú, Jorge. *El Poder Legislativo Mexicano*. Trillas. México. 1991. p. 137

inválidas, sino además inconstitucionales, que incluso merecen la atención de los estudiosos del derecho, por los evidentes conflictos que se derivan de su aplicación: Estas son las normas típicas anulables; las que están en contra de la Constitución.

En la obra citada de Alchourrón y Bulygin, se lee: *"Para resumir este análisis diremos que si bien la exigencia de una relación de superioridad entre la autoridad y los sujetos de la norma puede ser razonable en muchos contextos, hay también situaciones en los que tal exigencia estaría claramente fuera de lugar. Si queremos moldear un concepto general de existencia para las normas jurídicas, tenemos que rechazar esa exigencia. Aceptaremos, pues, que la promulgación de la norma es la única condición suficiente y necesaria, para su existencia."*⁷³

La existencia de las normas jurídicas, entiéndese pues como la presencia que estas tienen en el mundo jurídico una vez que han emanado de un proceso de creación, reconocido expresamente en una norma de competencia.

Sin embargo, no es suficiente con que las normas jurídicas nazcan conforme al proceso legislativo previsto por la ley; es preciso además que tales normas jurídicas no contravengan disposiciones normativas de contenido superior. Este supuesto viene a reforzar la idea sobre la supremacía constitucional y, particularmente, la idea sobre la primacía formal de la Carta Magna a que nos hemos referido reiteradamente a lo largo del presente estudio.

En la obra de Alchourrón y Bulygin, se ha insistido tanto en esta circunstancia que incluso se ha plasmado la siguiente idea: *"Por otra parte, aunque sea verdad que en el lenguaje jurídico los términos "válido" y "existe" se usan a veces como sinónimos, esto no prueba que los dos conceptos sean idénticos... Es verdad que los juristas se interesan, por lo general, por aquellas normas que son existentes y válidas a la vez, pero en algunos contextos se preocupan también por las normas inválidas. Los típicos casos son los de la ley inconstitucional y de la sentencia ilegal. Una ley inconstitucional es una ley*

73 Op. cit. p. 31

*cuyo acto de creación está prohibido por la constitución; se trata pues de una ley inválida, pero no cabe duda de que tal ley existe.*⁷⁴

En este momento, viene a colación el interesante debate sobre los criterios que existen para resolver los problemas de conflictos entre normas jurídicas, planteados al interior de un sistema normativo determinado. Siguiendo las ideas de Kelsen, diremos que un conflicto de normas tiene lugar cuando al existir dos disposiciones jurídicas, la aplicación de una excluye la aplicación de la otra.

Es pertinente señalar esto, ya que un conflicto de normas pertenecientes al mismo sistema, además de enrarecer el ambiente jurídico, introduce una lamentable confusión que diluye en mayor o menor medida el concepto de competencia, así como el principio de legalidad, pilares insustituibles de nuestro sistema jurídico.

Ya vimos cómo define Moreso a los sistemas jurídicos; siguiendo esta misma idea, es pertinente recatar el siguiente párrafo escrito por Von Wright: *“Para designar un conjunto finito de normas co-existentes introduzco el término técnico **corpus**. Si las normas de un corpus son “históricas”, sus historias pueden variar en duración. Por **historia de un corpus** entiendo las porciones solapadas de historias de las normas que son miembros del corpus. Así, una norma muy duradera puede formar parte de muchos **corpora** diferentes. La totalidad de las normas que componen un ordenamiento o sistema jurídico es normalmente una sucesión (familia) de conjuntos, que aquí llamaremos **corpora**.”*⁷⁵

El texto en cita, hace referencia expresa a la idea de que las normas jurídicas están insertas en un *sistema*. No obstante ello, la praxis del conjunto sistémico de normas jurídicas, presenta con frecuencia problemas cuya resolución se ha buscado por las siguientes vertientes.

74 Op. cit. p. 36

75 Op. cit. pp. 37 y 38

Los criterios de solución que al respecto son comúnmente utilizados son el de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Por virtud del primero, la norma jurídica que deberá preferirse es la que tenga mayor jerarquía; situación que nos conduce nuevamente hacia la *Lex legum*, como lo anotamos en la primera parte del presente trabajo, a propósito del principio de supremacía constitucional.

Cabe aquí como anotación, referirnos a la inequívoca redacción de la segunda parte del artículo 133 de nuestra Carta Magna que dispone que *los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados*. Situación que podemos entender como una extraña excepción al principio de *lex superior* en comento, toda vez que la parte del precepto constitucional antecitado -como lo veremos en el capítulo tercero-, está prácticamente anulada.

De acuerdo con el segundo criterio, el surgimiento de una norma jurídica emanda del órgano legislativo competente, tiene primacía sobre la ley anterior que en virtud de la promulgación de la más reciente es derogada. Aplícase aquí el principio *lex posterior derogat priori*.

El criterio de *lex specialis*, sirve para determinar en un caso concreto qué ley debe ser aplicada. La *lex specialis* tiene primacía en cuanto a su aplicación sobre la ley general; esto no significa que la contradiga o peor aún que la desborde; por el contrario, es una clara alusión a la posibilidad de aplicación de la ley a un caso específico planteado.

Es interesante advertir que no todos los autores coinciden con esta perspectiva. Por ejemplo, para Aguiló, "*El principio lex specialis funciona en Kelsen no como un criterio de resolución de conflictos, sino como un principio básico de su visión sobre la individualización de disposiciones jurídicas.*"⁷⁶ Es pertinente no perder de vista esta afirmación, porque tampoco la *lex specialis* puede desbordar los principios contenidos en la *lex superior*.

76 Op. cit. p. 30

Al respecto, un concepto de gran valor en la temática que estamos tratando, es el que se refiere a la derogación. De acuerdo con las ideas señaladas con antelación, la composición de los sistemas de normas, varía en el mismo sentido en que cambian las normas jurídicas implícitas en el sistema jurídico específico. Las dos formas en que opera esta variación, están comprendidas en los conceptos de promulgación y derogación de la ley.

En este orden de ideas, ya vimos que la forma típica de creación de la ley, es el acto de su promulgación. Al margen de las distintas teorías sostenidas al respecto, podemos decir que la derogación tiene indiscutible importancia por que determina la permanencia o variación del orden jurídico del Estado. Creemos que el valor de la facultad derogatoria, está determinado por la necesidad que existe de que el sistema jurídico, es decir, el *universum iuris* estatal se mantenga actualizado, mediante el desechamiento de las normas jurídicas inoperantes.

Sobre el problema de la derogación, vamos a decir brevemente que se trata de una circunstancia que está presente en el marco jurídico-normativo del Estado, justamente en la aplicación de las normas jurídicas y en el ejercicio del poder público.

La derogación en términos generales, está concebida desde dos enfoques distintos. Por un lado, se dice que consiste en la eliminación de la validez de una norma por otra norma; esta es la idea de Kelsen. Por el otro, se afirma que consiste en la pérdida de pertenencia de una norma a un sistema normativo determinado; esta es la concepción de Alchourrón y Bulygin.

Ambas ideas, finalmente coinciden en un punto; esto es que la derogación conlleva la no aplicación de una norma anteriormente tenida como válida. Con independencia de que deje de pertenecer o siga perteneciendo a algún sistema jurídico específico, lo cierto es que la norma deja de ser aplicable al caso concreto determinado por la dinámica social.

Sobre el particular, existen dos formas de operar la derogación, según coinciden en señalar los autores al respecto: de manera expresa, en cuyo caso hablamos de derogación expresa; o tácitamente, que es cuando por el transcurso del tiempo deja de aplicarse una norma, circunstancia que se conoce con el nombre de desuetudo.

Cabe aquí preguntarnos, qué es lo que justifica la inclusión de esta temática en el presente trabajo. Consideramos que es precisamente por el valor que en sí mismas tienen las normas jurídicas y que resalta al concebir desde una perspectiva sistémica la forma en que operan en su conjunto. Es evidente la importancia de los enunciados normativos que son los que en último término -como ya lo señalamos al inicio del presente apartado- delimitan el ámbito competencial de los órganos estatales.

Determinar con precisión qué normas legales resultan aplicables por parte de la estructura del Estado, es un ejercicio invaluable que indica, a no dudarlo, un significativo avance en la aplicación correcta de la ley y que entraña, por supuesto, un valladar infranqueable para quienes desde la potestad del Estado, incurren irracionalmente en aplicación indebida, cuando no en abuso del poder público; ambos conceptos, son correlato del obligado respeto y acatamiento de nuestra norma de normas. Id. est. la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto de la derogación, quisiéramos finalmente señalar que de acuerdo con la jerarquía jurídica determinada por la construcción geométrica de Hans Kelsen, las llamadas “normas derogatorias” deben ser objeto de un acucioso examen para determinar en la práctica sus alcances. Creemos que tales normas, únicamente están en posibilidades de derogar las normas del mismo nivel, con la condicionante adicional de que deben haber sido promulgadas por el mismo órgano.

De aquí se extrae como conclusión que las normas derogatorias, normas de competencia al fin, no pueden extralimitarse hasta el grado de poder eliminar la validez de disposiciones fundamentales o de “normas soberanas”, como las han calificado Alchourrón y Bulygin⁷⁷ y que me atrevería a identificar aquí -desde un escenario distinto por supuesto- con las decisiones políticas fundamentales; con esos principios imperecederos que definen las particularidades del Estado mexicano, su naturaleza única y la identidad propia de su pueblo.

77 Op. cit. p. 69

Con estas ideas arribamos al siguiente apartado, a fin de enfocar nuestra atención en el centro de la vorágine en la que convergen los tres niveles de gobierno, con sus competencias claramente definidas y, no obstante ello, con sus posibilidades de actuación presentes y vivas en el respectivo ámbito de sus quehaceres públicos.

II. Los Tres Niveles de Gobierno

En los apartados anteriores hemos visto cómo el ejercicio del poder público encuentra su basamento indiscutible en el apego estricto a la norma jurídica. Hemos analizado ya, la forma en que los diferentes órganos creados llevan a la práctica sus atribuciones y ponen en marcha la potestad estatal, bajo la directriz de la teleología propia del Estado mexicano.

De manera simultánea, junto a estas consideraciones, también hemos resaltado la importancia de la norma jurídica por antonomasia que es finalmente el punto de partida y el marco de referencia de cualquier acto proveniente del poder del Estado.

En este orden de ideas, las atribuciones contenidas en las normas jurídicas vigentes en el Estado, ponen de manifiesto el ingente valor de la función primaria a cargo del “poder legislativo”. Al subrayar esta temática, hemos arribado a la conclusión de que el sistema jurídico mexicano, busca su funcionamiento adecuado por la vía de la actividad de los órganos estatales, mediante el ejercicio y el acatamiento de las atribuciones expresamente contenidas en las distintas leyes de diversa jerarquía.

Desde esta perspectiva, la estructura del Estado mexicano parece funcionar adecuadamente; sin embargo, no debemos perder de vista que en un Estado de Derecho, no basta con el acto de promulgación de la ley; si bien es cierto que a partir de esta acción del poder legislativo, las normas jurídicas existen, también lo es que la sola existencia de las normas jurídicas -como ya lo analizamos en el apartado precedente-, no resulta ser garantía suficiente para la buena marcha del aparato estatal. Nos remitimos de nueva cuenta al concepto de derogación tácita, para explicar por qué razón consideramos que

las normas existentes deben además ser aplicadas para mantenerse vigens, es decir, vivas.

Retomando estas ideas, el análisis de las cuestiones que están directamente relacionadas con el tema central del presente trabajo, se vuelve conditio sine qua non para poder explicar la forma en que los “tres niveles de gobierno”, emanados de la misma Lex superior, pero con diferentes atribuciones y competencias, pueden coincidir en sus propósitos y en sus funciones.

Brevemente diremos que la denominación comúnmente aceptada de “los tres niveles de gobierno” obedece más bien a una fórmula útil para efectos académicos; la práctica de las atribuciones concedidas a estos tres niveles, no debe conducirnos al absurdo jurídico de afirmar que efectivamente en el marco jurídico-constitucional de nuestro país, es posible que órganos primarios que tienen idéntico origen y la misma eximia referencia, puedan ser colocados sin más, de una manera tan mecánica como absurda, en forma escalonada, en condiciones de inaceptable sumisión o sujeción jerárquica. Por tratarse de un uso comúnmente aceptado, vamos a utilizar esta denominación en el presente apartado, con la salvedad anotada.

La explicación primaria de dicho statu quo, está matizada por la idea de que sin importar la clasificación que ubica en diferente jerarquía a los distintos órganos que existen en los tres niveles, todos ellos desarrollan las atribuciones inherentes al Estado y, por lo mismo, su quehacer no debe ser distinto o antagónico, sino más bien de coordinación y de colaboración.

Vamos a intentar desentrañar el sentido de estas expresiones que están plasmadas en la idea del federalismo y del sistema de coordinación, así como en el tema relativo a las facultades explícitas que tienen los diversos órganos del Estado mexicano, para enlazar nuestro análisis con las aportaciones más recientes sobre la forma en que en un Estado compuesto, tres “niveles” de gobierno pueden ejercer sus funciones en aras de un propósito común: conseguir el telos del Estado mexicano; imbibito en sus características propias.

En primer lugar, debemos decir que los reconocidos estudios del maestro José Barragán, así como del doctor González Oropeza, sobre el federalismo y su práctica; además de la referencia al trabajo de Nettie Lee Benson, sobre la diputación provincial -considerada como el origen de nuestro federalismo-,

son los textos que de mejor manera han explicado el desarrollo de este proceso que legalmente plasmado en el Acta Constitutiva de 1824, ha sido desde entonces, la característica fundamental de la forma de organización del Estado mexicano.

No ha obstado al respecto que en breves etapas de la vida nacional, otras ideas hubieran predominado en el diseño de la República en formación. Finalmente, a partir de la consolidación del régimen federal, después de la Guerra de Reforma y gracias al desempeño visionario de sus hombres más ilustres, nuestro país se ha identificado con este principio que actualmente está inserto como uno de los más conspicuos de su contexto jurídico, además de ser una característica insustituible de nuestra forma de gobierno.

Vimos en la primera parte del presente estudio que una de las decisiones políticas fundamentales, según lo ha asentado el doctor Carpizo es la forma de gobierno federal. Al coincidir con esta afirmación, nosotros queremos agregar que tal principio, impreso en el texto de nuestra Carta Magna, muestra cabalmente el genuino rostro de nuestra nación. No importa en el presente caso que existan además abundantes obras que afirman la existencia de un federalismo en la letra que no es más que un voraz centralismo en todos los órdenes, porque finalmente esta idea es también programa y acción.

Dejamos a un lado, en el presente trabajo, el análisis de las tesis contrarias sostenidas con la idea de que nuestro federalismo fue una copia extralógica del modelo norteamericano, porque rebasa los propósitos del tema que nos ocupa. Consideramos que es suficiente con decir que el federalismo, no sólo es una forma de organización del Estado mexicano; no se trata únicamente de una característica o principio de nuestro país; el federalismo expresa también una forma de vida en la que es posible atender los fines superiores de la nación sin descuidar las necesidades propias de las regiones tan variadas y disímolas de nuestra geografía.

En este tenor, costumbres, tradiciones y propósitos regionales, se sintetizan y se funden en el afán del federalismo que engloba las tareas comunes de la patria. Toda la actividad estatal conocida bajo el rubro de los fines del Estado, está caracterizada por ese telos, en virtud del cual es posible que sus órganos se ocupen, desde una perspectiva a nivel macro, de las demandas más generalizadas y los proyectos globales más apremiantes del país.

El maestro Bidart Campos, ha escrito al respecto, lo siguiente: *“Si repensamos la tradicional afirmación de que una federación comprende un solo Estado con varios Estados-partes, advertimos que la doble conciencia reclama dos lecturas coordinadas. Las partes han de tener vivencia de su identidad localista que la diferencia entre sí, pero han de tener paralelamente una conciencia de unidad, que sostenga la voluntad de integrarse en un solo Estado federal y de compartir -sin pérdida de la identidad local- una convivencia política común.”*⁷⁸

Sin duda, este aspecto pragmático del federalismo, no es el mismo que se advierte desde la visión tradicional que únicamente lo entiende como una forma de Estado compuesto en la conocida clasificación de la Teoría General abocada a su estudio. Si bien es cierto que tales argumentos no pueden ser soslayados, también lo es que estos puntos referenciales de cualquier estudio sobre el federalismo, conducen más bien hacia una visión estática de este fenómeno; la cual, puede anquilosar en la práctica, acciones de gran alcance y valor para los ciudadanos.

En este contexto, debemos enfatizar que todas esas capacidades propias de los órganos estatales que pueden ser ejercidas por uno u otro nivel dentro de la estructura estatal, están directamente eslabonadas con el marco jurídico-normativo que establece y delimita su ámbito competencial. Luego entonces, el binomio norma jurídica-atribución estatal, o bien el compuesto por ley-organización, o para decirlo en términos más amplios, Constitución-potestad estatal, constituyen dos elementos de indiscutible valor en el seno del Estado, por sus altas posibilidades de creación y actuación.

Tenemos así que para el propósito del presente trabajo, el análisis de los tres niveles de gobierno, justifica su inclusión en virtud de la indiscutible trascendencia que estos “tres órdenes competenciales” plantean en una federación, entendida ésta más que como una forma de gobierno, como la única ideación jurídico-política que hace posible al mismo tiempo, tanto el ejercicio

78 Bidart Campos, Germán J. “Marcos, condicionamientos y frenos del federalismo”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Op. cit. pp. 30 y 31

de la soberanía en el marco del Estado de Derecho, como la vigencia de la autonomía de las entidades federativas y de los municipios del país.

Desde otra perspectiva, esta misma creación jurídico-política, permite a los ciudadanos y hace posibles las prácticas democráticas, precisamente ahí donde su ejercicio se vuelve indispensable para la evolución y el desarrollo de los llamados “Estados miembros”, de los municipios y de sus regiones; principalmente de estas últimas, todas diferentes con una dinámica propia, única y compleja. Sobre este tenor, podemos citar a manera de ejemplo, el caso del Estado de Oaxaca integrado por 570 municipios pertenecientes a ocho regiones socioeconómicas; donde cada uno de los 16 grupos etnolingüísticos vive al amparo de sus costumbres, regido además por el derecho estatal y por el derecho consuetudinario que regulan válidamente sus conductas.⁷⁹

En este sentido, es evidente que la ciencia jurídica contemporánea se retroalimenta precisamente de las opiniones que divergen, más que de los puntos de vista que coinciden sobre cualquier tópico; más aún, en el campo del derecho constitucional, resulta incontestable que la evolución de las instituciones jurídico-políticas es más viva, más ágil que la de las instituciones de otras materias jurídicas. Los esquemas sobre la institución de la familia, por ejemplo, se han conservado en sus características fundamentales, a lo largo de las centurias y, sin embargo, casi todas las naciones del mundo actual, están reinventando a cada momento sus esquemas de convivencia política y sus instituciones electorales en un afán casi incontrovertible de perfeccionamiento de la democracia.

En este orden de ideas, podemos señalar que el federalismo no está reñido con el ejercicio unitario e indivisible del poder público. Al referirnos a la división de poderes que designamos como “la trilogía funcional del poder”, hemos destacado el sello propio que cada instancia gubernamental es capaz de imprimir al desempeño de su tareas; de igual forma, hemos dicho que la gran variedad de funciones estatales no pueden referirse más que a un centro de

79 Cfr. El trabajo de Jorge Alberto González Galván que da una perspectiva distinta sobre la concepción del pluralismo jurídico, en el que conviven diferentes sistemas jurídicos que regulan a los pueblos indígenas de nuestro país. Especialmente el capítulo referente a los sistemas jurídicos indígenas. *El Derecho Indígena*. McGraw Hill, México, 1997.

imputación que es el Estado, concebido desde la visión de la Teoría General dedicada a su estudio.

De tal guisa, el ejercicio de las facultades legalmente otorgadas a cada órgano, es la expresión viva de la potestad estatal que deviene de la soberanía del pueblo. Es oportuno decir aquí que la concepción acerca del *tetraedro constitucional*, no puede tampoco desentenderse de la influencia que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene en el contexto de las atribuciones otorgadas a las entidades estatales que quieren y actúan a nombre del Estado. Precisamente, uno de los puntos cardinales de esta concepción, lo ocupa nuestra Carta Magna.

Ubicados en esta perspectiva, podemos decir que el federalismo analizado a partir de un nivel de comprensión más amplio, representa la forma de gobierno históricamente madurada por la nación mexicana. Ni duda cabe que esta afirmación, incompleta en sí misma, solamente puede ser tomada como válida en su significado más general.

Vamos a ver a continuación, cómo tuvo lugar este proceso de nuestra historia patria. Desde la Constitución de 1824, se inscribió como una de las más valiosas, la forma federal de organización del Estado mexicano. Esta decisión política fundamental, sin embargo, mereció un gran esfuerzo para su posterior consolidación. Así, su inclusión en diversos ordenamientos de corte constitucional, no exenta de luchas y de controversias, condujo a su implantación definitiva en la Carta Magna de 1917; desde entonces, esta concepción jurídico-política ha sido el sello distintivo de nuestro país. Tan es así que cada espacio del ejercicio del poder público (federal, estatal y municipal), tiene su normatividad propia y su ámbito exclusivo de actuación.

En este punto cabe preguntarnos porqué el establecimiento de “tres niveles de gobierno”, se ha considerado como una forma de organización que tiene posibilidades más amplias de actuación a favor de los habitantes. Nuestra percepción sobre este modelo de organización jurídico-política, nos lleva a la afirmación de que como históricamente se ha demostrado, ésta es la que adoptó nuestro pueblo.

Para constatar lo anterior, es pertinente realizar un análisis somero del contenido del Acta Constitutiva de 1824 para entender las razones que

permitieron implantar esta forma de organización jurídico-política en nuestro país. Aquí es válido citar como antecedente el llamado "Voto del Congreso", en virtud del cual se logró que las "provincias" que integraban el vasto territorio de la otrora llamada Nueva España, formaran parte de una federación. Este episodio de nuestro nacimiento como estado federal, está reseñado en la obra del maestro Tena Ramírez, quien lo expuso en los siguientes términos: *"En las demás provincias continuó propagándose la tendencia federalista, con el correspondiente desconocimiento del gobierno central. En un intento de contener la desmembración, disipando la desconfianza de las provincias acerca de sus intenciones, el Congreso de México emitió el 12 de junio lo que se conoce por el "voto del Congreso", en virtud del cual aquel cuerpo legislativo, en vísperas de disolverse por no ser ya constituyente sino sólo convocante, se declaraba por el sistema federal."*⁸⁰

En este mismo sentido, don Emilio Rabasa, jurista e historiador mexicano, escribió en su obra denominada "La Constitución y la Dictadura", lo siguiente: *"Reunido el nuevo Constituyente, la rebelión de casi todas las provincias obligó al Gobierno a excitar a aquél para que proclamase en breve término la forma de gobierno que ellas imponían, y tan serias hubieron de ser las circunstancias, que Ramos Arizpe formuló en tres días el proyecto de bases constitutivas, que éstas circularon dos semanas después para tranquilizar desde luego los ánimos, y el Acta Constitutiva, primera Ley fundamental mexicana, se expidió dos meses más tarde. Fué ésta un anticipo de la Constitución que aquel Congreso estaba llamado a formar, y que dió en efecto al país, en octubre del mismo año de 1824."*⁸¹

De esta forma, ha sido posible entender que además de la evolución del Estado mexicano que lo llevó a conformar una federación, también se ha requerido en momentos cruciales de actos de innegable audacia que han marcado para siempre el sino de nuestra nación. Recuérdense simplemente los amagos secesionistas del Chiapas de entonces que hasta el día de hoy -sumido en una trama compleja de problemas- continúan presentes en ese olvidado girón de la patria. A propósito, Chiapas vive ahora bajo la amenaza del denominado

80 Op. cit. p. 147

81 Rabasa, Emilio. *La Constitución y la Dictadura*. Porrúa. México, 1990. p. 6

Frente Pro Soberanía del Soconusco que pretende fragmentar a la citada entidad federativa⁸² mediante la creación de un nuevo Estado.

Volviendo al tema que nos ocupa, en la parte que nos interesa, el artículo 5o del Acta Constitutiva estableció: "*La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.*"⁸³

Este principio fue posteriormente vaciado en el texto de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 4 de octubre de 1824, cuyos numerales 4 y 5, establecieron a partir de entonces, la forma de organización del Estado mexicano. Los artículos en comento merecen ser citados por la trascendencia que su contenido ha tenido en el desarrollo de nuestras instituciones.

Así están redactados los numerales en cita:

"Art. 4 La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal."

*"Art. 5 Las partes de esta federación son los Estados y Territorios siguientes..."*⁸⁴

Estrechamente relacionado con estos preceptos, encontramos al artículo 161 de la propia Constitución Federal de 1824, en cuyo contenido se estableció una regla de importancia capital en la vida de nuestra nación; misma que está directamente vinculada con la idea de la supremacía constitucional que ha vertebrado la presente investigación. Nos referimos aquí, por supuesto, al principio de supremacía constitucional, entendida ésta desde el punto de vista material, no desde el enfoque formal que sería coincidente con el principio que la Teoría de la Constitución ha definido como la primacía formal de la Carta Magna frente al *universum iuris* -como ya fue tratado en el primer capítulo del presente trabajo-.

82 La Jornada. Jueves 20 de enero de 2000. p. 40

83 Tena Ramírez. Op. cit. p. 154

84 Ibidem. p. 168

Así está redactado el precepto invocado:

"Art. 161 Cada uno de los Estados tiene obligación:

-I. De organizar su gobierno y administración interior, sin oponerse a esta constitución ni a la acta constitutiva.

...

*-III. De guardar y hacer guardar la constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera."*⁸⁵

El contenido de los artículos transcritos, además de constituir una decisión política fundamental, ha representado desde esa época, uno de los principios irreductibles de la fisonomía de nuestro país. Así está señalado en el último artículo de la Constitución Federal de 1824 que al respecto contempló al sistema federal como una cláusula pétrea, junto a otros importantes principios que a lo largo de casi dos centurias han sido causa de enconos y diferencias entre nosotros.

El último artículo del texto constitucional en análisis, es justamente el 171 y dice lo siguiente:

*"171. Jamás se podrán reformar los artículos de esta constitución y de la 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."*⁸⁶

En este orden de ideas, podemos decir que el federalismo fraguó en nuestro país, merced a un proceso paulatino, no exento de retrocesos y derrotas. Finalmente, a lo largo de los años, luego de superar el período traumático que el maestro Reyes Heróles llamó "la sociedad fluctuante" -pesado lastre y

85 Ibidem. p. 191

86 Ibidem. p. 193

nefasta herencia en la que no se ha dejado de ser lo que se fue, ni se es todavía lo que se avista para el porvenir-, nuestra nación fue encontrando poco a poco, pero con firmeza, su identidad, sus características propias, su camino; en cuyos trazos, los mexicanos del nuevo siglo, no podemos seguirnos equivocando.

Al desandar el camino, nuevamente se impone la cita del maestro Rabasa: *“Siguió el desastre hasta el fin, en el orden de los hechos irremediables, que casi aparecen con la fatalidad de las leyes de la naturaleza y casi nos inspiran hoy un sentimiento de irresponsabilidad. La tenacidad de Otero dió una obra que persistió a través de la catástrofe; el sistema federal pasó a la nueva época para ser objeto de embates más crudos, para arrastrar con él, en una serie de campañas, las libertades nuevas que habían de traerle las revoluciones de Ayulla y la Reforma; pero para seguir siempre un camino de victorias, reuniendo en torno a los pueblos, y haciendo con todos los sacrificios de muchos años y los dolores de dos generaciones, el prestigio necesario para que una institución viva y perdure hasta conquistar todas las voluntades, levantarse como símbolo de fe para todos los espíritus y crear al fin el alma nacional.”*⁸⁷

A esta referencia, solamente podemos agregar que en el decurso del tiempo, voces múltiples se alzaron en contra de este ejercicio, para pretender aherrar en la más radical tradición conservadora los derechos y los fueros pretendidamente inalienables de las clases privilegiadas. Afortunadamente, el tiempo dio la razón a los partidarios del federalismo.

Además de ser el intento más encomiable por construir una patria sólida y unida, el sistema federal se convirtió en bandera y en el leitmotiv de proclamas, planes y programas que buscaron afanosamente después de la Reforma y en el siglo XX, a través de la Revolución de 1910 y de la Carta Magna que actualmente nos rige, un modelo de país, más libre, más soberano y más equilibrado.

En cuanto a esta última parte, resulta interesante mencionar que el equilibrio entre los tres niveles de gobierno, está conectado mediante la indiscutible

87 Op. cit. pp. 14 y 15

relación que guardan los artículos 73, 89, 115 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una revisión del contenido del primer numeral invocado, nos permite dar cuenta de la riqueza que encierra. Por tal razón, un poder tan amplio debe ser ejercido con mesura y respeto a los ámbitos de las entidades federativas y de los municipios. De la lectura de las fracciones primera y última del artículo 73, se pueden desprender innumerables comentarios; aquí introducimos sólo uno: las atribuciones del órgano primario encargado de la potestad constitucional legislativa en el ámbito federal, en todos los casos, están sometidas al imperio de dos principios: uno, el de división de poderes; el segundo, referente al respeto de la soberanía de los estados-miembros.

Mención aparte merece el artículo 89 que será tratado en el capítulo tercero de la presente investigación. Por el momento, podemos decir que al igual que cualquier otro de los órganos creados, el poder ejecutivo tiene sus atribuciones claramente establecidas en la Carta Magna y de igual forma, también explícitamente acotadas sus posibilidades de actuación. Subvertir el orden constitucional, resulta inadmisibles en un Estado democrático de derecho, como el que estamos empeñados en construir y consolidar.

En relación con este rubro, diremos que los términos en que está redactado el tercero de los artículos antecitados, no se contraponen con los propósitos implícitos en los restantes preceptos constitucionales. Esta afirmación que diverge con la postura de algunos autores que sostienen que el texto constitucional es incongruente y hasta contradictorio, se desprende de la sola lectura del artículo 115 que al indicar que *Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre conforme a las bases siguientes*, hace patente el lugar preponderante que en el marco orgánico-funcional del Estado federal, tiene el municipio con relación a los otros dos niveles de gobierno.

Para el propósito de la presente investigación, esta referencia tangencial al Municipio, tiene el sólo propósito de llamar la atención sobre la forma en que este "nivel de gobierno", está estrechamente enlazado con los otros dos, en relación con los cuales no debe ubicarse -como lo señalamos al principio del presente apartado- en un plano de sumisión; sino antes bien, en el mismo nivel

jerárquico, si bien es cierto, con sus atribuciones y competencias claramente establecidas y delimitadas constitucional y legalmente.

De acuerdo con esto, el mismo artículo 124 de nuestra Carta Magna, entendido en su concepción más amplia, desde la perspectiva sistémica del contenido del Capítulo Segundo, Título Segundo, de nuestra Lex legum, hace evidente una redacción que no puede ser contraria al texto constitucional. Al igual que los Municipios “libres”, los Estados gozan de un amplio catálogo de atribuciones concedidas o reconocidas, según se quiera ver, por la propia Constitución Federal.

Esta exploración, nos lleva a la afirmación de que el contenido del numeral 124 es mucho más que una regla de competencia. Dice así el precepto en cita: *“Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”*

Según nuestra óptica, la redacción del artículo 124 muestra cabalmente cómo en el Estado mexicano, desde el Acta constitutiva de 1824, pasando por las Constituciones de 1824 y 1857, hasta llegar al “Congreso Constituyente” de 1916, se tomó en cuenta indiscutiblemente a los Estados-miembros, en el tratamiento de los asuntos propios del país.

Así se advierte, por citar un ejemplo, en el texto del *Decreto del 2 de marzo de 1824*, en virtud del cual se “erigió” el Estado de México. En su parte liminar, el citado Decreto señaló: *“El Congreso constituyente del Estado libre, independiente y soberano de México, elegido conforme a la ley de su institución y a la acta constitutiva de la federación, declara y decreta lo siguiente...”*⁸⁸

Los términos en que está redactado el ordenamiento en análisis, nos permiten comprender cómo, a partir de entonces, se fijaron las distintas competencias entre la federación y los estados, vinculados a través de un pacto federal inscrito en el Acta Constitutiva de 1824. Por esta razón, podemos afirmar que

88 *Constituciones del Estado de México*. Gobierno del Estado de México. 1999. p. 3

las entidades federativas estaban obligadas a ceñirse a la normatividad expresada por el documento fundacional.

Los mexicanos de esta época no debemos ver manifestaciones de franca oposición donde históricamente, desde el punto de vista estrictamente legal, no se dieron.

En el artículo 4 del Decreto en cita, se estableció:

“4. Ejerciéndolo, organizará el gobierno interior: formará la constitución particular del estado, luego que la general de la nación esté sancionada y publicada: dictará asimismo las leyes que ecsija su mayor bien y felicidad: establecerá todo lo concerniente al sistema de su hacienda y hará lo demás que no le está prohibido por la acta constitutiva.”⁸⁹

Después, en clara referencia al Gobernador del Estado, en el artículo 7 se lee: *“Sus facultades en el Estado serán las ordinarias que ejerce actualmente el supremo poder ejecutivo en toda la federación, y no se le reservan exclusivamente en la acta constitutiva.”*⁹⁰

De esta forma se puede ver que en ejercicio de su soberanía, las entidades federativas nacientes en 1824, aceptaron no sólo el modelo federalista, sino además, lo que a partir de esa época y hasta nuestros días, se ha ido perfilando paulatinamente como una distribución de competencias entre los tres órdenes que conforman al Estado mexicano.

Con los elementos aquí referidos, es posible afirmar que el devenir histórico de nuestro país, constituye la mejor explicación que puede invocarse sobre este interesante proceso de múltiples artistas. No es que la federación; id. est. los poderes federales de la incipiente República hubieran sometido a las provincias; más bien, el proceso de integración paulatino, tuvo que arribar hasta la confección de un modelo de Estado, único, propio de nuestra nación; distinto de la organización que se implantó en norteamérica y seguramente

89 Ibidem

90 Ibidem. p. 4

mejor que el esquema emulado y superado de las primitivas diputaciones provinciales.

Vale decir que en el caso del Estado de México, citado a manera de ejemplo, sus posteriores ordenamientos constitucionales, también siguieron esta corriente instrumentada con el afán de construir una República, sin vulnerar los intereses de sus Estados miembros. Así lo estableció el artículo 71 de la Ley Orgánica Provisional para el arreglo del Estado libre, Independiente y Soberano de México: *"Todas las autoridades del Estado cumplirán y observarán respectivamente las leyes vigentes, en lo que no se opongan á la acta constitutiva de la república representativa popular federal, á esta ley orgánica provisional, y á las que fuere estableciendo el congreso del estado según lo vayan exigiendo las ulteriores circunstancias."*⁹¹

En el ejemplo citado, las posteriores constituciones de 1827, 1861, 1870 y 1917, invariablemente siguieron esta regla, en la que se ubicó siempre una distribución de competencias, reconocida y aceptada por las propias Constituciones locales. Creemos que a partir de este fenómeno, fue como en el transcurso del siglo XX, tuvo lugar un interesante proceso, mediante el cual, paulatinamente se fueron federalizando las más variadas materias, siempre en estricto apego al artículo 124 de la Constitución Federal actual, como ya lo anotamos líneas atrás.

Similar proceso hubo de verificarse en las demás entidades federativas. Hemos citado aquí sólo un ejemplo que desde nuestra perspectiva ilustra suficientemente el proceso constitucional a favor del federalismo, así como el sentido y alcances del artículo 124 de nuestra Carta Magna. Como dato adicional, podemos señalar que este precepto constitucional es uno de los pocos que no ha sufrido reforma alguna desde la promulgación de la Carta Magna de 1917.⁹²

91 Ibidem. p. 22

92 Véase el interesante trabajo de Sergio Elías Gutiérrez S. y Roberto Ríves S. denominado *La Constitución Mexicana al final del Siglo XX*. Las líneas del mar. México, 1995.

Después del largo período de luchas intestinas, hubo de llegar a nuestro país el tiempo de la reconstrucción; ésta aún no acabada, fue producto en gran medida, del Constituyente de 1916, cuyo producto aún vigente, ha trazado las principales líneas sobre las que la sociedad de dos siglos, ha caminado. *“A partir de ese 5 de febrero de 1917, no sólo en su concepción institucional, sino por su organización social, su estructura económica, su vida misma, México sería una nación totalmente diferente a la que había concurrido a Querétaro, que entraba -reforzada por los grandes y progresistas principios allí aprobados- en plenitud al siglo XX. En resumen, se elaboró la primera Constitución liberal-social de nuestro siglo en el mundo.”*⁹³

Todavía más; podemos decir que incluso los Congresos de las entidades federativas al inicio del siglo XX, una vez promulgada la Carta Magna que nos rige, adoptaron la forma federal en estricto apego al ejercicio de sus atribuciones, como puede leerse en la parte inicial del texto de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, citado a manera de ejemplo: *“La XXVI Legislatura Constitucional del Estado de México, en funciones de Constituyente, de acuerdo con el Decreto y autorización expedidos por el Ciudadano Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, el veintidós de marzo y catorce de abril del año en curso, respectivamente; así como con el Decreto número cinco expedido por el Ciudadano Gobernador Preconstitucional del Estado, el dieciséis de abril de mil novecientos diecisiete, decreta la siguiente: Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México...”*⁹⁴

Nótese cómo la redacción antecitada hace referencia de manera inequívoca al carácter “formador”, “constituyente” del Congreso de 1917; en esta tesitura, la adopción del sistema federal; o para decirlo mejor, la adhesión de las entidades federativas al sistema federal, es un signo claro del sentido que entonces los Estados miembros querían imprimir a la nación. Podrá alegarse que factores de otra índole influyeron en este proceso; sin desatender lo que pudiera esgrimirse al respecto, consideramos que del análisis de algunos

93 Rabasa, Emilio O. *Historia de las Constituciones Mexicanas*. U.N.A.M. México, 1997. p. 103

94 Tomado del texto original de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México de 1917. Biblioteca del Congreso del Estado. Toluca, México.

documentos de esa época, resulta innegable que la forma “federal” había permeado ya con la suficiente fuerza como para hacerlo irrumpir como nota distintiva del Estado mexicano del siglo XX.

El resultado fue claro e irrefutable. En la misma vertiente intelectual, el maestro Emilio O. Rabasa, ha condensado en las siguientes palabras el trabajo fructífero, intenso y formidable de los arquitectos de ese monumento constitucional, llamado Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: *“Ese día 31, los constituyentes protestaron guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acto continuo se presentó el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, a recibir del Presidente del Congreso, diputado Luis Manuel Rojas, el texto definitivo de la Constitución, quien advirtió en su discurso que se había ido más allá de lo propuesto por Carranza, advertencia que el coahuilense tomó con gran tranquilidad y que estimó apropiada. Acto continuo el propio Carranza protestó guardar y hacer guardar la Constitución, como también lo hicieron todos los constituyentes.*

*El Constituyente inició sus labores el 1o de diciembre de 1916 y las concluyó el 31 de enero de 1917, habiendo celebrado 67 sesiones ordinarias. El 5 de febrero de 1917 se promulgó la Constitución que hoy nos rige a los mexicanos.”*⁹⁵

Volviendo al tema de las relaciones entre “los tres niveles de gobierno”, queremos mencionar en vía de ejemplo, una materia que no ha dejado de plantear graves problemas a los órganos del Estado; nos referimos al delicado rubro de las tareas impositivas, en el que de manera más clara es posible advertir en la praxis, la preeminencia del orden federal sobre los otros dos. Con esta aseveración no queremos introducir alguna confusión sobre el tema que nos ocupa. Antes bien, queremos señalar que las relaciones entre los tres órdenes que existen en nuestro país, se dan normalmente en términos de estricto apego a las normas jurídicas que regulan su comportamiento.

95 Rabasa, Emilio O. *El Pensamiento Político y Social del Constituyente de 1916-1917*. U.N.A.M. México, 1996. p. 64

Es indiscutible que la materia fiscal que hemos traído a colación para citar un ejemplo, constituye una de las más ricas para poder explorar el amplio campo de las relaciones federación-estados-municipios. Sobre este asunto, una investigadora contemporánea ha escrito lo siguiente: *‘En la Constitución de 1917, como en la de 1857, se establece la obligación de los mexicanos de contribuir para los gastos públicos tanto de la federación como del estado y municipio en que resida.*

Así las cosas, ¿cómo se delimitan las respectivas jurisdicciones de tributación del gobierno federal y de los gobiernos estatales en la Constitución de 1917?

*Al igual que en 1857 se considera que la federación tiene competencia fiscal ilimitada al establecer que el Congreso tiene facultad para imponer las contribuciones necesarias a fin de cubrir los gastos públicos (artículo 73, fracción VII). Con esta disposición se mantiene la concurrencia de facultades entre federación y entidades federativas, y así la federación lo mismo puede establecer un gravamen a las ventas que al patrimonio u otro cualquiera que considere necesario para cubrir sus gastos.*⁹⁶

No debemos pasar por alto, al respecto, el interesante punto de vista del doctor González Oropeza, quien ha escrito lo siguiente: *‘Aunque durante el siglo XIX y principios del XX los congresos mexicanos eran agresivamente independientes de los poderes federales, su función política no se centró en la elaboración de las leyes; es decir, la federalización de materias, aunque formalmente obra del Congreso de la Unión, correspondió al presidente de la República como el principal papel de promotor de la legislación y reformas que contribuyeron a ese fin.*

El proceso de federalización se inició con el movimiento de codificación que empezó a realizarse en México a partir de 1870, poco después del triunfo de la República. Este movimiento de influencia francesa inyectaría al país federal una tendencia centralista en torno a ese monumento de la filosofía

96 Astudillo Moya, Marcela. *El Federalismo y la Coordinación Impositiva en México*. U.N.A.M., Miguel Ángel Porrúa. México, 1999. p. 95

justnaturalista: el Código. A partir de ese año, los códigos elaborados para el Distrito Federal serían los modelos para los códigos de los estados."⁹⁷

De conformidad con lo aquí asentado, fue esta circunstancia la que paulatinamente fue reservando para la competencia exclusiva de la federación, materias y ámbitos originariamente propios de las entidades federativas. Este hecho no ha obstado para que los tres órdenes competenciales, puedan llevar a cabo sus tareas. Desde luego, no escapa a nuestro análisis el hecho de que las materias más ricas sean precisamente las que están federalizadas y las que integran buena parte del catálogo de atribuciones, cuya competencia es propia de los órganos federales.

Sin embargo, no han faltado las voces que se pronunciado en contra del federalismo por la forma en que se manifiesta actualmente. Un punto de vista sobre el particular, ha sido sostenido por el investigador Cárdenas Gracia, quien ha escrito lo siguiente: *"El régimen mexicano se ha caracterizado por su acentuado centralismo. La dependencia de lo local respecto a lo federal se da en los dos órdenes: en lo económico y en lo político... Las reformas constitucionales de 1983 y de 1987 en esta materia, han tenido por propósito impulsar la autonomía financiera de los estados y de los municipios, aunque a juicio de algunos autores han sido insuficientes, pues se mantiene la dependencia con respecto a la Federación porque los servicios que les obliga a prestar la Constitución no pueden ser satisfechos por sus raquílicas haciendas, razón por la que tienen que requerir fondos a las instancias federales. Ello ha obligado a la Federación a transferir mayores recursos a los estados y a los municipios, aunque esas transferencias se utilizan selectivamente y discrecionalmente con finalidades políticas: apoyo o no a determinados gobernadores. Se ha ensayado en México el federalismo cooperativo."*⁹⁸

En este mismo orden de ideas, un autor venezolano ha expresado en los siguientes términos, esta inquietud sobre las relaciones verticales del poder

97 González Oropeza, Manuel. "El Federalismo", en *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, Tomo I. U.N.A.M. México, 1990. p. 222

98 Cárdenas Gracia, Jaime F. *Transición Política y Reforma Constitucional en México*. U.N.A.M. México, 1994. pp. 87 y 88

público que se dan entre “los tres niveles de gobierno”: *“Hemos dicho que, sin duda, la centralización fue el elemento clave para la propia configuración del Estado nacional a principios de siglo, y el elemento fundamental para la implantación de la propia democracia en los últimos treinta años. Sin embargo, integrado definitivamente el Estado y estabilizado el régimen democrático, la descentralización antaño beneficiosa, está ahora conspirando contra la eficiencia del propio Estado y el desarrollo político democrático del interior del país... El problema de la Federación Centralizada, por tanto, no puede resolverse sino mediante un profundo proceso de descentralización política y administrativa, que revitalice el federalismo y que resulte en un nuevo federalismo.”*⁹⁹

Por supuesto que la preocupación expresada por estos dos autores, no carece de fundamentos, ni está exenta de razón. No obstante ello, no queremos dejar de mencionar que esta circunstancia debe valorarse cuidadosamente, como se colige de algunas consideraciones que son materia de otro punto de vista. Si por una parte, resulta incuestionable la inequidad que priva en el ámbito tributario entre la federación, los estados y los municipios, ya que los dos últimos se saben maniatados por esta situación e incluso es esta una de las razones más poderosas para aducir que en los hechos se vive un terrible centralismo; es conveniente no desatender el contenido de preceptos como el 119 de la Carta Magna que contiene una declaración de suma importancia, justificada por los acontecimientos que nos recuerdan días aciagos de nuestra historia.

Con este queremos decir que los alegatos a favor de las entidades federativas y de los municipios, no pueden soslayar otras razones de la misma dimensión. La defensa de los intereses superiores del Estado mexicano, definitivamente no se puede encargar ni a las entidades federativas ni a los municipios, aún cuando estos sean la base de la organización de los estados-miembros, ni a pesar de que aquellas sean “soberanas” hacia su régimen interior.

99 Brewer-Carías, Allan R. “Los Problemas de la Federación Centralizada”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Op. cit. p. 130

La justificación del sistema federal, cuidadosamente estructurado en el contexto constitucional, ocupa buena parte de otras materias. En el presente estudio jurídico, los argumentos de tipo político o las justificaciones de cualquier otra naturaleza no tienen cabida; por tal razón, nos hemos permitido indicar de manera muy resumida las que consideramos son, si no todas, sí las principales facetas de este tema tan importante para la vida nacional de México.

Para explicar esto, permítasenos decir que la figura geométrica ideada por Stein es aceptable sólo en la medida en que de manera esquemática nos acerca a la comprensión del estado federal, pero no para explicar en un marco jurídico-constitucional la convergencia e incluso las divergencias -porque finalmente las hay-, entre los “tres niveles de gobierno”.

Al referirnos a este aspecto, no podemos dejar de mencionar que en la sistemática constitucional, los parámetros para medir las relaciones entre estos tres ámbitos de gobierno, sólo pueden ser los jurídico-constitucionales vigentes. Ya nos referimos al contenido del artículo 124 y ya vimos cómo los propios conceptos contenidos en el artículo 73 de la Carta Magna prescriben las reglas a que deberá someterse esa difícil relación tripartita vertical del poder, federación-estados-municipios.

Es ilustrativo citar el caso de “la desaparición de poderes”, extensamente analizado por el doctor González Oropeza, para percatarnos de las múltiples facetas que esta relación entraña. *“La función que en estricto sentido corresponde al Senado, según el artículo 76 fracción V de la Constitución, no es la declarar la desaparición de poderes en un estado, como por comodidad en el uso del lenguaje se ha caracterizado tradicionalmente. De la sola lectura del precepto constitucional resulta claro que la facultad otorgada al Senado, es la declaración de que ha llegado el caso de nombrar un gobernador provisional, es decir, consiste en una facultad de designación condicionada a la constatación de un hecho: la desaparición de todos los poderes. El caso que se prevé es precisamente de que hayan desaparecido los poderes estatales para que proceda el nombramiento de un gobernador provisional.”*¹⁰⁰

Es claro que los preceptos constitucionales establecen de manera taxativa los casos en que tal declaratoria es procedente; sin embargo, no debemos perder

de vista que esta posibilidad legalmente reconocida a un órgano primario federal, en caso de ser ejercida equivocadamente, puede materializarse en un ostensible abuso del poder federal hacia las entidades federativas. Por eso demanda tanta prudencia el ejercicio del poder público.

El maestro González Oropeza, ha cuestionado severamente en los siguientes términos, el abuso de dicha facultad: *"La experiencia de la práctica de desaparición de poderes ha sido nefasta para el sistema federal mexicano. Excepcionales casos pueden considerarse como verdaderos supuestos de la declaratoria respectiva a partir de 1917, a pesar de que, tal como lo mencionamos, en la Constitución federal promulgada ese año, se trató de reducir el supuesto de procedibilidad de esta facultad, con el objeto de que fuera más difícil su ejercicio en bien de la autonomía estadual."*¹⁰¹

Y en el mismo orden de ideas, adquiere singular relevancia el rubro relativo a otro tema que pareciera darse de manera escalonada en relación con el que hemos citado líneas atrás; me refiero a la desaparición de poderes en los municipios. No obstante su fundamento constitucional, una y otra facultad que en el primer caso corresponde a un órgano federal y en el segundo a las entidades federativas, deben tener como nota distintiva el apego estricto a su marco jurídico de actuación. Es irrefutable que en ambos casos, la intervención de la federación o de los estados, plantea una problemática en la que se conjugan múltiples factores; muchos de ellos, por supuesto, extrajurídicos.

Sin embargo, resulta incontestable que de conformidad con el principio de legalidad, el ejercicio de las atribuciones otorgadas en ambos casos, exige fundamentación y motivación fuera de toda duda; y aunque en la mayoría de los casos en que tales procedimientos tienen lugar, pudiera invocarse a plenitud la aplicación diáfana de la ley; el espíritu de ésta, interpretado por seres falibles, difícilmente está exenta de suspicacias.

100 González Oropeza, Manuel. *La Intervención Federal en la Desaparición de Poderes*. U.N.A.M. México, 1987. p. 109

101 *Ibidem*. p. 237

Cabe decir sobre el particular que un manejo inadecuado de tales atribuciones puede dar lugar a problemas que luego se complican y se toman de difícil solución. Esta circunstancia sirve en la mayoría de los casos a fines políticos que no nos interesa abordar en el presente trabajo. No obstante ello, su presencia en la ventilación de tal procedimiento es innegable. En la mayoría de los casos que se han tratado desde esta perspectiva, las razones extrajurídicas, han pesado más que los fundamentos estrictamente jurídicos que al fin, deben ser la medida para determinar la conveniencia o no de declarar desaparecidos los poderes de los municipios.

El ejercicio correcto de las atribuciones de los órganos del Estado, no debe ser ajeno a la defensa de la ley, ni al ánimo limpio por conservar y perfeccionar nuestras instituciones. Los que aplican el poder del Estado, no deberían olvidar que hoy como ayer, los mexicanos vivimos al amparo de una Constitución y de instituciones públicas que tienen su fundamento en aquella y que deben ser respetadas. Cualquier argumento de otra naturaleza, por defendible que sea y que tenga como propósito someter a las entidades federativas o a los municipios, merece ser reprobada.

Deberíamos hacer caso del punto de vista del doctor Quintana Roldán, destacado estudioso del municipio, quien ha escrito lo siguiente: *"La doctrina del Derecho Municipal Mexicano ha explorado muy poco estas controvertidas figuras que, en ocasiones, se han prestado para verdaderas arbitrariedades de gobernadores u otras autoridades estatales en contra de la autonomía del municipio. Ha sido a partir de las reformas al artículo 115 constitucional publicadas el 3 de febrero de 1983, cuando aparecen algunos comentarios académicos especializados que abordan el tema, sobre todo porque se ha cuestionado el procedimiento de "federalizar" las figuras en estudio, ubicándolas directamente en la Constitución General de la República.*"¹⁰²

Definitivamente, nuestro corpus constitucional debería prever estos supuestos jurídicos que por su trascendencia se ubican en los niveles más altos de la temática que estamos tratando, porque el Municipio es y seguirá siendo el

102 Quintana Roldán, Carlos F. *Derecho Municipal*. Porrúa. México, 1999. p. 363

espacio vital donde la cercanía entre gobernados y autoridades pueden más fácilmente eslabonar sus esfuerzos en beneficio de la colectividad.

Resulta inaceptable en el marco jurídico-conceptual de la pirámide de poder, que las instancias “superiores”, puedan remover a los titulares de los órganos de menor jerarquía; en este caso a las autoridades municipales. Casi en la mayoría de los casos, de manera similar a como ha ocurrido con las entidades federativas, son los intereses políticos y mezquindades de otra naturaleza las que motivan el inicio de los procedimientos tendentes a declarar desaparecidos los poderes de los municipios. Volvemos a insistir en nuestra aseveración de que “los tres niveles de gobierno”, órganos del Estado al fin, tienen la misma jerarquía, el mismo origen constitucional; por esta razón, entraña un agravio el hecho de considerar a los niveles estatal y municipal –más allá del orden constitucional-legal-, en una situación de irrazonable dependencia de los órganos federales.

En términos similares se ha manifestado el investigador Cárdenas Gracia, quien así ha concebido al federalismo: *“El federalismo implica que la política es pluralidad y que no existen absolutos. Se relativiza el sentido político y se da oportunidad para que las potencialidades locales se desarrollen a través de instituciones políticas distintas a las centrales, y mediante formas de organización social propias que deben convivir con otras maneras de organizarse política y socialmente.”*¹⁰³

Definitivamente el quid de esta problemática, estriba en saber cómo es posible detonar las potencialidades de las entidades federativas y de los municipios, sin menoscabo de sus cualidades inmanentes.

Como puede advertirse de lo que hasta aquí hemos mencionado, las relaciones entre los tres niveles de gobierno se han dado históricamente a través de fricciones constantes derivadas del ejercicio de sus atribuciones. No podemos decir que éstas no se encuentren determinadas con precisión; sin embargo, es evidente que en la práctica, son muchos otros factores los que anulan el frágil equilibrio perceptible entre los tres órdenes competenciales.

103 Cárdenas Gracia, Jaime F. *Una Constitución para la Democracia*. U.N.A.M. México, 1996. p. 193

No es solamente el caso ejemplificativo de la desaparición de poderes que hemos citado, ni el de la materia tributaria; son otros muchos los que han caracterizado la dificultad de las relaciones verticales del poder público. Por tal razón, vale la pena aquí reflexionar sobre esta temática que es la que finalmente orienta y guía el quehacer del Estado, entendido éste en su concepción más amplia como Estado federal.

Justamente por tratarse de un Estado federal, reconocido en la Constitución General de la República, no debemos dejar de lado la trascendencia de las normas jurídicas que la propia Carta Magna contiene destinadas a regular las relaciones entre la federación y los estados. Precisamente, algunas de estas delimitan el ámbito de las entidades federativas y acotan sus márgenes de actuación. El doctor Gámiz Parral, ha escrito a propósito de este tema lo siguiente: *“El contenido del artículo 124 de la Constitución general de la república da origen a dos esferas competenciales, la original, asignada a la federación y expresada en la carta fundamental, básicamente en los artículos 73, 89 y 104; por otro lado, la competencia de los estados que se compone de todas aquellas materias y conceptos no incluidos en las asignadas a la federación.”*¹⁰⁴

Los preceptos constitucionales invocados por el doctor Gámiz, dan cuenta inequívoca de la existencia en nuestro sistema jurídico, de diferentes órdenes competenciales; solamente quisiéramos reiterar que los municipios representan otro más de estos ámbitos, en cuyos espacios la presencia de nuestra Carta Magna debe ser permanente, con la misma orientación con que se expresa para los otros dos; esto es, como uno de los “niveles” de gobierno, particularmente el más próximo a los ciudadanos, para quienes se ejerce el poder público y en cuyo beneficio se procura mejorar las instituciones.

Para resaltar estas inquietudes que han estado presentes a lo largo de nuestra investigación, nos permitimos citar lo que Faya Viesca ha escrito al respecto: *“En los países que han adoptado el federalismo, la distribución de competencias tendrá que ser siempre a través de la Constitución Política, para*

104 Gámiz Parral, Máximo N. *Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*. U.N.A.M. México, 2000. p. 328

*así asegurar un futuro control de la constitucionalidad, y garantizar su cumplimiento, dada la rigidez constitucional a que obliga toda Constitución escrita... Vemos pues la indispensable necesidad de contar con un criterio ordenador esencial para la actuación del Gobierno Federal y los Estados. El criterio ordenador está señalado en forma exclusiva por la Constitución Federal.*¹⁰⁵

En nuestro país, tal criterio está dado por el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, un tema que no podemos dejar de mencionar en este lugar es el de las facultades que doctrinariamente se han clasificado como facultades explícitas y facultades implícitas que indiscutiblemente influyen en las relaciones entre la federación y las entidades federativas.

En este punto, nos permitimos citar las palabras del maestro Tena Ramírez: *“Tenemos, pues, en nuestro derecho constitucional un sistema estricto que recluye a los Poderes federales dentro de una zona perfectamente ceñida. Si embargo, existe en la Constitución un precepto, que es a manera de puerta de escape, por donde los Poderes federales están en posibilidad de salir de su encierro para ejercer facultades que, según el rígido sistema del artículo 124, deben pertenecer en términos generales a los Estados. Nos referimos a la última fracción del artículo 73 (actualmente la fracción XXX), que consagra las comúnmente llamadas facultades implícitas.*

*Mientras que las facultades explícitas son conferidas por la Constitución a cualquiera de los poderes federales, concreta y determinadamente en alguna materia, las facultades implícitas son las que el Poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos Poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas.*¹⁰⁶

Difícil problema es el que se deriva de esta cuestión, pues precisamente el principio de que las autoridades solamente pueden hacer lo que la ley les reconoce expresamente, es el que debe regir el desempeño de cualquier órgano

105 Faya Viesca, Jacinto. *El Federalismo Mexicano*. Porrúa. México, 1998. p. 70

106 Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa. México, 1984. p. 115

creado en cualquiera de los ámbitos competenciales que nuestra Constitución reconoce; lo anterior con independencia de que a favor de estas facultades se esgrima el argumento de que solamente sirven para hacer efectivas las facultades explícitas y que por tal motivo, no obstante ser una excepción al principio consagrado en el artículo 124 de nuestra Lex legum, su ejercicio está limitado o constreñido al ámbito de competencia legalmente establecido en las explícitas.

Sin embargo, a pesar de las dificultades que este sistema genera, resulta que el ejercicio de las facultades implícitas, es un lugar común en los sistemas de Estado compuesto como el propio autor citado lo ha señalado.

Por cuanto hace al sistema de las facultades concurrentes, el mismo Tena Ramírez, escribió: *“Reciben este nombre en el derecho norteamericano las facultades que pueden ejercer los Estados mientras no las ejerce la federación, titular constitucional de las mismas.”*¹⁰⁷

Más adelante, subrayó lo siguiente: *“Por eso en México, país de régimen federal precario y ficticio, las facultades concurrentes no han prosperado. En el sentido norteamericano nuestra Constitución no las consagra, pero llegado el caso de que un poder del Congreso no negado expresamente a los Estados permaneciera inactivo por parte de aquél, sería pertinente aplicar la tesis norteamericana y argentina como una excepción al artículo 124.”*¹⁰⁸

Nos hemos permitido citar estos casos para reiterar una vez más que las relaciones entre los tres ámbitos constitucionalmente reconocidos, no pueden darse al margen de la ley; aún en el caso de que las facultades explícitas requieran de las implícitas para poder ser llevadas a la práctica, lo deseable en un régimen democrático de derecho, es que las atribuciones de cualquier órgano del nivel que sea, estén previstas de manera taxativa en la ley.

El caso en análisis, sin embargo, no entraña un ejercicio de la potestad estatal fuera del contexto legal. El doctor Burgoa Orihuela, coincide con este punto

107 Ibidem. p. 119

108 Ibidem. p. 122

de vista y así lo expresó en su conocida obra sobre Derecho Constitucional: *"Resumiendo el pensamiento de la doctrina sobre el alcance de las facultades implícitas del Congreso de la Unión que se consagran en la fracción XXX del artículo 73 constitucional, debe decirse que éstas son medios normativos para que este organismo realice, a través del poder o función legislativa, las atribuciones que expresamente consigna en su favor la Constitución o las que ésta instituye para los demás órganos del Estado federal mexicano."*¹⁰⁹

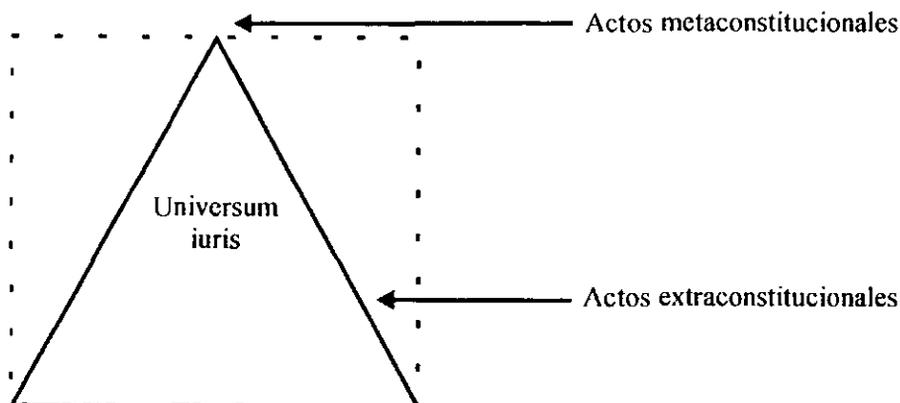
Desde luego, el tema que estamos tratando, está directamente vinculado con la Carta Magna de nuestro país; por esta razón, no resulta ocioso insistir en que el ejercicio de las atribuciones de todos los órganos creados, en este caso, concretamente de los órganos primarios del Estado, esté regido por el invariable respeto a los principios constitucionales; uno de estos como ya lo vimos, es el de supremacía constitucional que entendida en su sentido material, prevé la obligación de los titulares de los órganos de ceñirse a lo mandado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así las cosas, aunque la Constitución, desde su promulgación estableció un régimen de respeto y reconocimiento¹¹⁰ entre la federación, las entidades federativas y los municipios, no debemos perder de vista que la práctica orgánico-constitucional de las atribuciones constitucionales reconocidas a cada ámbito, enfrenta a diario enormes problemas que a veces rebasan lo estrictamente jurídico para ubicarse en las zonas que identificaremos con las denominaciones de actos extraconstitucionales y actos metaconstitucionales, en alusión directa a la Carta Magna que es a fin de cuentas la referencia última de la actuación de los órganos creados, como insistentemente lo hemos dicho en la presente investigación.

Para tales efectos, nos hemos permitido representar en el siguiente esquema nuestro punto de vista sobre el particular.

109 Burgoa Orihucla, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa, México, 1989. p. 667

110 Vid. El capítulo IV denominado "*Distribución de Competencias Legislativas*", de la citada obra del doctor Gámiz Parral que contiene un tratamiento puntual sobre los distintos criterios que existen para normar las relaciones entre las entidades federativas y la federación.



Cuando los poderes creados rompen el esquema de las atribuciones que la Constitución les ha otorgado, aún invocándose cuestiones sin duda importantes, esta situación propicia el ejercicio de facultades extraconstitucionales y hasta metaconstitucionales, como a continuación intentaremos explicarlo.

A propósito, queremos señalar que en el apartado precedente realizamos un análisis sobre la forma en que el ejercicio de la potestad del Estado puede dar lugar a invasiones de competencia entre los distintos órganos, bien sean estos federales, estatales o municipales; en ese momento destacamos las dos clases de invasión de competencia que pueden tener lugar y que son la invasión horizontal, en el caso de órganos de un mismo nivel; y la invasión vertical tratándose de órganos de dos o más niveles.

Con la reserva de la utilización correcta del término "niveles de gobierno", como lo acotamos líneas atrás, nos permitimos señalar que de acuerdo con el esquema esbozado en este mismo apartado, a cada órgano le están reservadas determinadas atribuciones que debe ejercer en estricto acatamiento al mandato constitucional que entraña su otorgamiento.

Al decir que en el Estado mexicano conviven y a veces convergen los tres niveles de gobierno, nuestra intención está enfocada hacia la idea de que cada

“nivel”; id. est. que cada ámbito competencial (federal, estatal o municipal) debe acatar las disposiciones constitucionales que norman su actuación.

Si hemos intentado dar congruencia a nuestro discurso al afirmar que la construcción geométrica de Hans Kelsen, debió introducir en su diseño la idea de que la supremacía constitucional no se da solamente sobre normas jurídicas, sino también por encima de los actos y expresiones de los órganos creados; en seguimiento de esta idea, debemos afirmar lo siguiente:

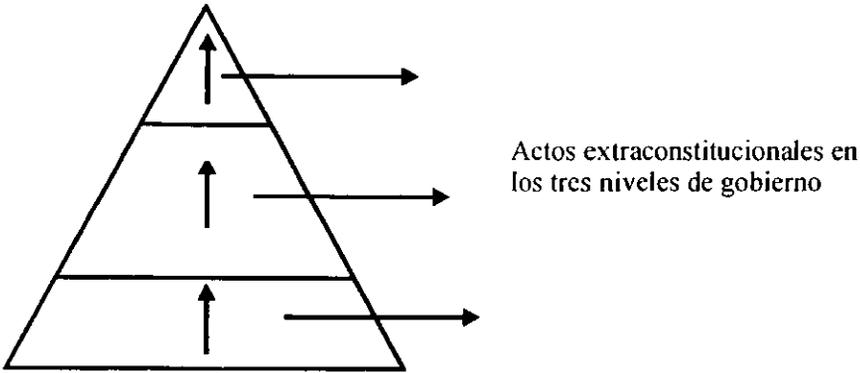
Primero.- Que la parte interna de este esquema, debe encerrar a la totalidad de normas jurídicas del *universum iuris* debidamente jerarquizadas, para reconocer al mismo tiempo que a cada órgano creado le corresponde el ejercicio no sólo de ciertas atribuciones materializadas en funciones ejercidas a diario, sino que además a cada ámbito competencial de los tres que conviven en nuestro sistema jurídico-político, le corresponde el ejercicio, la aplicación de ciertas normas jurídicas, para lo cual está debidamente capacitado o dotado de la potestad pública requerida.

Segundo.- Que al ejercer sus atribuciones, cada uno de los ámbitos de competencia está ceñido a los límites inherentes a su naturaleza, contenidos en su propia normatividad y en última instancia, a los límites impuestos por la *Lex legum*.

De acuerdo con estas ideas, ni los municipios, ni las entidades federativas, ni la federación, tienen competencia ni están autorizados para excederse en el ejercicio de sus atribuciones.

Si únicamente para efectos académicos pudiéramos ubicar en la pirámide de poder a estos “tres niveles de gobierno” en forma escalonada; finalmente, en atención al principio de supremacía, los actos de cualquier órgano del Estado, deberán existir en el interior de la figura geométrica. Los casos que hemos denominado como actos extraconstitucionales, se dan precisamente cuando los órganos de cualquier nivel competencial, sin rebasar los principios de la *Norma fundante básica*, sí llegan hasta extremo de romper el esquema que contiene sus atribuciones; por tal razón, podemos decir que normalmente el exceso de los órganos creados, tiene lugar de manera horizontal sobre el nivel competencial que el *universum iuris* les ha otorgado. Así, por ejemplo, en el

siguiente esquema podemos advertir la forma en que tal extralimitación tiene lugar.



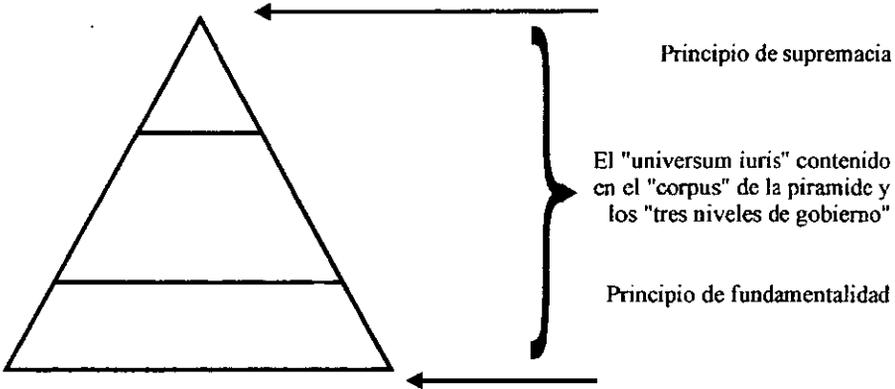
Así las cosas, los actos ilegales que cotidianamente se atribuyen a muy diversas instancias, están matizados de acuerdo con este enfoque, por la idea de que cualquier exceso en el ejercicio del poder público no puede entenderse sino como una ruptura de la legalidad y por ende, en un ejercicio irregular de la potestad del Estado, sin importar el ámbito de competencia de donde provenga.

Por otra parte, podemos afirmar que la violación más funesta a la vida jurídica de un país, está expresada en la realización de actos metaconstitucionales que lógicamente, provienen en mayor medida de los titulares de los órganos primarios federales, por la ubicación más cercana que estos tienen con la cúspide de la pirámide de poder señalada por Stein, donde sabemos que se ubica también el principio de supremacía constitucional.

Nos hemos servido de este símil para intentar comprobar nuestra hipótesis sobre la materialización de actos metaconstitucionales; si bien es cierto que la realidad opera de manera distinta, también lo es que esta referencia esquemática bien puede servir para explicar porqué razón, los primeros obligados a cumplir y hacer cumplir la Constitución de nuestro país son los

titulares de los órganos primarios que indiscutiblemente son “los tres poderes” de la clásica división ideada por Montesquieu.

En el siguiente esquema podemos encontrar una explicación gráfica de lo que aquí hemos afirmado.



Nótese que los dos principios vertebrales de la Teoría de la Constitución ocupan la base y la parte más alta de la pirámide jurídica. Los excesos, lógicamente superan, rompen con el principio de supremacía que como lo hemos referido insistentemente, conlleva tanto la primacía formal sobre todas las normas jurídicas del sistema jurídico mexicano, como la supremacía material por encima de cualquier acto y de cualquier órgano de los que integran la estructura del Estado en sus “tres niveles de gobierno”, mejor identificados en puridad jurídica como los “tres ámbitos competenciales” del Estado mexicano.

Sin duda, sería prolijo intentar enumerar o al menos, enunciar los casos más ejemplificativos de tal circunstancia. Consideramos suficiente con señalar que cualquier actuación de los titulares de los órganos primarios que vulnere alguno de los principios fundamentales de la Norma de normas, debe merecer un tratamiento adecuado a su calidad de atentatorio contra la supremacía de la Carta Magna.

En este orden de ideas, podemos citar una interesante cuestión que está relacionada con el aumento de competencias de la federación, en esta difícil relación entre niveles de gobierno. ¿Acaso tal incremento de facultades, no es un acto atentatorio de un principio fundamental, como lo es el sistema federal? Creemos que el esquema sabiamente diseñado desde Norteamérica y adaptado por un gran número de países, debe ser respetado y observado en la medida de lo posible, a fin de no incurrir en un lamentable menoscabo de las atribuciones de las entidades federativas.

Dos argumentos podemos invocar al respecto. En primer término, que de conformidad con lo prescrito por el artículo 133 de nuestra Carta Magna, el texto constitucional debe ser respetado, por la supremacía que representa; de acuerdo con esto, el federalismo, (decisión política fundamental) está ubicado en la misma dimensión en que se hallan otros importantes principios contenidos en nuestro texto constitucional; por esta razón, su observancia incontestable, es una expresión primaria de la vigencia del principio de supremacía constitucional.

En segundo lugar, podemos señalar que la propia redacción del numeral 135 de nuestro máximo ordenamiento jurídico, aporta un valioso criterio para determinar por qué razón debe respetarse a todas las entidades federativas, su catálogo de atribuciones. Efectivamente, la participación de los Estados en el proceso de reforma constitucional, es una muestra evidente de la importancia que tiene su presencia en el ámbito del Estado federal, habida cuenta de que el llamado Constituyente Permanente se integra, precisamente, con la mayoría de las legislaturas de los Estados. Disminuir o anular las atribuciones de las entidades federativas, significa un retroceso al siglo XIX; antes bien, la federación debe procurar que cada entidad cuente con los elementos mínimos que garanticen a sus habitantes una vida digna. De esta forma, el escenario que se plantea para los años por venir, demandará, a no dudarlo, una mayor participación de las entidades federativas y, por supuesto, de los municipios, en el desarrollo nacional.

Vamos a ocuparnos en el capítulo siguiente, de los temas relativos a la justicia constitucional, para introducir nuestro análisis en el intrincado campo del control de la constitucionalidad y de la legalidad, con sus diferencias y sus lugares comunes; por lo pronto, creemos que es oportuno decir que siendo

mucho más que norma jurídica, es menester dotar a la Constitución de los procedimientos y mecanismos que hagan posible su defensa y su salvaguarda.

En este orden de ideas, debemos afirmar que ni siquiera los Congresos Constituyentes locales, estuvieron capacitados para rebasar los límites impuestos por la Carta Magna, porque ésta contiene las decisiones políticas fundamentales. Afirmar lo contrario, sería tanto como reconocer a los estados miembros de nuestra federación, la capacidad legal para revocar unilateralmente el pacto fundamental; lo cual conduciría inexorablemente por la vía de la secesión, a la modificación del Estado mexicano.

Estas consideraciones merecen una reflexión final que hemos querido dejar en palabras de nuestro querido maestro, el doctor Zorrilla Martínez, recientemente fallecido, quien ha dejado profunda huella en los estudiosos del derecho constitucional de nuestro país, así como constancia de su fe en el porvenir: *“La sociedad ha cambiado profundamente; los ciudadanos mexicanos exigen democracia y eficacia: justicia social, equidad económica y mayores libertades; demandan participación, aspiran a que haya auténtica y cabal representatividad, así como un desarrollo socioeconómico humano, en nuevas condiciones. Hoy se reafirma la voluntad de vivir más plenamente el federalismo que se expresa en las leyes constitucionales y de las que la realidad se aparta de manera importante; la vía es la descentralización política, que por lo demás crea condiciones a la descentralización de otros órdenes de la vida social.”*¹¹¹

111 Zorrilla Martínez, Pedro. “Descentralización Política”, en *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1994. p. 410

Capítulo Tercero

La Justicia Constitucional

I. Antecedentes

El tema que sirve para titular el presente apartado, ha sido uno de los más debatidos de los últimos tiempos en el derecho constitucional, así como en la práctica de la mayoría de los Estados democráticos del mundo.

La idea de que en el marco de actuación del Estado puedan existir medios idóneos para evitar y combatir los excesos en el ejercicio del poder público, se inscribe como una de las más relevantes y encomiables desde que los hombres empezaron a luchar por sus derechos esenciales. Es más, podemos afirmar que la historia del hombre sería casi incomprensible, si se pretendiera explicarla desconectada de este interesante fenómeno.

Históricamente, las relaciones entre los seres humanos han estado matizadas desde siempre por la idea del poder; así, desde la construcción sociológica de Bodenheimer, pasando por los conceptos de Max Weber, hasta las recientes aportaciones de los estudiosos contemporáneos, el poder (posibilidad y realidad al mismo tiempo) está presente en la vida de todos los días. El gran significado del poder, reside en que es tan connatural al hombre, como la fuerza lo es a la naturaleza, a la que gobierna e impone sus designios.

Sobre el particular, Karl W. Deutsch ha descrito así el interesante fenómeno del poder: *“El poder consiste principalmente en el poder sobre la naturaleza y sobre los hombres. Estas dos clases de poderes se interrelacionan a menudo. En el curso de la historia ha sucedido que cuando los hombres aumentan su poder sobre la naturaleza pueden emplear este mayor poder como un medio para aumentar su poder sobre los hombres... Estas dos clases de poder difieren en aspectos importantes. El poder sobre la naturaleza es algo que los*

*hombres pueden compartir; el poder sobre los hombres es algo por el que éstos tienen que competir.*¹¹²

Descifrar la esencia del poder no es una tarea de fácil realización. Muchos siglos han pasado desde que algunos de los grandes pensadores clásicos de la antigüedad iniciaron el ejercicio tendente a desmenuzar su urdimbre y todavía no se ha llegado a conclusiones definitivas. Lo cierto es que este fenómeno, constituye una constante en la vida de los hombres; por tal motivo, merece ser analizado, estudiado y debatido para dimensionar cabalmente sus alcances.

No han faltado al respecto, quienes han pretendido reducir a simples fórmulas las más elementales manifestaciones del poder; sin embargo, se han encontrado con que tal ejercicio ha resultado ser un intento estéril, a más de su vacuidad, por la compleja trama que se teje alrededor de este concepto. El poder es mucho más que la fuerza; a veces, ésta ni siquiera hace falta para imponer la voluntad propia y conseguir los más variados propósitos. Por eso, el análisis de un concepto de esta naturaleza, exige desplegar un esfuerzo analítico, sistémico, en un marco multidisciplinario que permita comprender sus múltiples facetas y manifestaciones.

Como puede advertirse, este afán se enfrentará no pocas veces al desdén de los especialistas; de quienes erróneamente piensan que el mundo fenoménico puede explicarse desde la balastrada que sirve para otear una sola dirección del conocimiento; incluso, es posible que ni siquiera merezca su atención. A pesar de ello, el contenido científico de este esfuerzo hermenéutico, debe al menos ser tomado en cuenta, para ver desde otros giros conceptuales, distintos escenarios que no son comunes cuando se pretende abordar cualquier problema desde el limitado promontorio unidireccional que se niega a admitir otras perspectivas y por consecuencia, otros horizontes.

Huelga decir que en el presente estudio, el poder ha sido enfocado cuidadosamente hacia su más expresiva referencia contenida en el concepto del poder público. En el capítulo que antecede, hicimos algunas anotaciones al respecto que deberán tomarse en cuenta en el presente apartado, a efecto de

112 Deutsch, Karl W. *Política y Gobierno*. F.C.E. México, 1998. p. 42

seguir la ruta de investigación que nos hemos trazado. De acuerdo con este punto de vista, tenemos que señalar -y acotar al mismo tiempo- que el poder, su ejercicio y su abuso, merecen el análisis profundo que sólo puede provenir de la maduración y la reflexión constantes, sobre sus primigenias expresiones y también acerca de sus más elocuentes excesos.

Destaca ya en estas líneas, el interés hacia el tratamiento de uno de los más añejos problemas del poder; se trata, desde luego, del relativo al ejercicio de la potestad estatal. Por estar directamente relacionado con el tema de nuestra investigación, nos vamos a referir brevemente al ejercicio del poder público; es decir, a la praxis del poder estatal que está expresada en la actividad de todos y cada uno de sus órganos.

No resulta ocioso señalar que las reflexiones que aquí se vierten están estrechamente vinculadas con el poder del Estado. Si bien es cierto que el poder en general puede tener lugar fuera de la estructura de lo estatal, no hay que perder de vista que el poder ejercido en nombre del Estado (y que proviene del Estado) es, a fin de cuentas, el que a nosotros nos interesa en el presente estudio, por estar relacionado con el tema de investigación.

Las referencias históricas de este importante concepto, son fiel expresión de incontables injusticias que no han pasado inadvertidas para la humanidad. Antes de Cristo y después de él, hemos asistido -como género humano- a un espectáculo en el que los hombres, unas veces como actores, y en otras ocasiones como simples espectadores, nos hemos visto envueltos en el torbellino de las pasiones humanas, las más de las veces, negando la *alteridad* de nuestros semejantes (imbíbida en nosotros mismos) y soterrando sus derechos más primigenios, casi siempre a través de la fuerza; unas veces en nombre de la religión, y otras tantas, en nombre del Estado, de su razón, de su poder.

De esta forma, nos adentramos en un campo que por supuesto, no ha sido explorado ni estudiado suficientemente. La connatural posibilidad que existe de que quienes tienen a su cargo el ejercicio del poder público abusen de él, ha obligado a los hombres a lo largo de la historia, a enfrentar casi siempre de manera cruenta a los detentadores de éste y a crear mecanismos e instrumentos para procurar su limitación y control.

Esto último (el control del poder), ha sido y seguirá siendo motivo de profunda preocupación para los hombres. Desde la antigüedad hasta nuestros días, se han esgrimido las más variadas teorías sobre el poder, sobre su esencia, sus alcances y -apenas con el advenimiento del constitucionalismo- acerca de sus limitaciones. Recordemos simplemente la enorme preocupación expresada en la pregunta *Quis custodiet custodem?* que ocupó y preocupó a ilustres filósofos de la antigüedad; esta interrogante da cuenta de la dimensión del problema que estamos tratando. Aún hoy, no tenemos una respuesta -lo suficientemente valiosa en lo general- que permita crear con especificidad, mecanismos capaces de permitir el control de los que vigilan.

Las dificultades que se hallan intrínsecas en cualquier intento para someter a quienes ejercen el poder, han sido recientemente destacadas por un jurista mexicano, en los siguientes términos: *“El poder tiene una naturaleza altamente dinámica. Los instrumentos para controlar el ejercicio del poder no pueden ser, por tanto, de carácter estático. Sería un contrasentido que el poder fluyera a través de múltiples expresiones, y que los mecanismos adoptados para controlarlo no pudieran adecuarse de continuo a esas diferentes expresiones. El papel de la Constitución es, precisamente, el de fijar las formas de expresión del poder y determinar su control. Dejado a su suerte, el poder fluiría con tal rapidez que se haría impredecible, en perjuicio de las relaciones sociales estables, seguras, libres y justas.”*¹¹³

Limitar el poder o mejor dicho, limitar a quienes ejercen el poder del Estado, es una tarea que compete a todos y cada uno de los habitantes, en esta época en que estamos inmersos en los procesos de transformación de las instituciones que apuntan hacia una irreversible democratización. De acuerdo con esta idea, podemos decir que los conceptos tantas veces invocados de poder, Estado y democracia, forman parte del *tetraedro constitucional*; el común denominador de éstos, indiscutiblemente es el derecho. El poder sin el derecho, resulta ser la más insultante arbitrariedad; el Estado sin el derecho, una estructura sin dirección; un catálogo de instituciones vacías, anquilosadas; por otra parte, la democracia sin el derecho, resulta simplemente impensable.

113 Valadés, Diego. *El Control del Poder*. U.N.A.M. México, 1998. p. 12

Sobre esta referencia, es decir, acerca de la democracia, perfilada en la forma en que se entrelazan todos los conceptos aquí vertidos, nos permitimos citar un párrafo de Kelsen que nos acerca a la esencia de esta construcción: *“La idea de democracia es la idea de libertad como autodeterminación política. Se encuentra expresada en su forma relativamente más pura allí donde el orden estatal está directamente creado por quienes están a la vez sujetos a él, donde un pueblo, en asamblea de toda la población, acuerda las normas de su conducción.”*¹¹⁴

Desde luego, la preocupación que hemos venido mencionando sobre la conjugación y la indisoluble (así como necesaria) concurrencia de los conceptos que hemos citado, es un lugar común, compartido por lo general, por quienes sienten de manera más próxima los efectos de tal praxis. Veamos el razonamiento que sobre el particular, ha vertido Michael Walzer: *“El poder no es esa clase de bien en el cual podemos deleitarnos, o admirar en privado, como el avaro su dinero, y las mujeres y los hombres comunes sus posesiones favoritas. El poder debe ser ejercido para ser disfrutado, y al ser ejercido, el resto de nosotros es dirigido, vigilado, manipulado, ayudado y lastimado. Ahora bien, ¿quién debe poseer y ejercer el poder estatal?”*

*Sólo hay dos respuestas a esta pregunta con una vinculación intrínseca a la esfera política: primero, que el poder debe ser poseído por quienes sepan usarlo mejor; segundo, que debe ser poseído, o al menos controlado, por quienes experimentan sus efectos de la manera más inmediata.”*¹¹⁵ Creemos que esta última parte se refiere a los gobernados; quiénes, si no ellos, a través del tiempo, han sido los que han soportado a los autócratas de la historia, sus desmanes y sus excesos.

De acuerdo con esto, nuestra idea sobre el *tetraedro constitucional*, vuelve a ser motivo de reflexión en el tema de investigación que nos ocupa. Ninguno de los conceptos que hemos citado para su análisis, puede ser entendido a cabalidad si se pretende hacerlo de manera aislada; por esta razón, estimamos

114 Kelsen, Hans. “Forma de Estado y Visión del Mundo”, en *El otro Kelsen*, U.N.A.M. México, 1989. p. 227

115 Walzer, Michael. *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad*. F.C.E. México, 1997. p. 294

que el enfoque sistémico y sistemático del Estado y de la Constitución, es la única vía segura para arribar a conclusiones más o menos aceptables en el presente trabajo.

En este orden de ideas, en nuestro tiempo -como evidentemente lo ha sido a lo largo de la historia-, resulta indispensable la limitación del poder estatal. Consideramos que el control del poder público resulta ser más eficaz y más apegado a la legalidad, ahí donde la propia ley prevé la forma, los medios o los mecanismos, para tal propósito. Esta es la única vía transitable para conjurar la presencia de gobernantes con ansias desmedidas de poder, más allá del término legal de su encargo, así como para mantener dentro del orden constitucional el funcionamiento de las instituciones y el desempeño de quienes actúan en su nombre y representación.

Si bien es cierto que este quehacer está inacabado, también lo es que no se trata de una preocupación reciente. Recordemos cómo en la Grecia antigua, la existencia de leyes de distinta jerarquía, servía para establecer asimismo, diferentes mecanismos para su salvaguarda y defensa. Son ilustrativas al respecto, las *nómoi* y las llamadas *psephismata* que regían a los hombres de la antigüedad.

El maestro Cappelletti, destacado estudioso de este tema señaló en una de sus obras: *"Además, existe la necesidad cada vez más notoria en las sociedades modernas, de tutelar -frente al poder político, y por consiguiente, también frente al poder legislativo y a las propias mayorías- algunos minimum standards y derechos fundamentales: la protección, en suma, de la esfera de libertad de los individuos y los grupos (también los minoritarios).*

Se trata, ciertamente de necesidades no desconocidas para las sociedades del pasado, incluso en los tiempos antiguos. Por ejemplo, en la antigua Grecia se había percibido la necesidad de proteger ciertas normas superiores -nómoi- contra las resoluciones precipitadas -psephismata de la asamblea legislativa o eclesía; y así se previó un remedio jurisdiccional, una acción pública llamada graphé paranómón con el propósito de desalentar, y castigar, la violación de las nómoi. Del mismo modo, la idea de la superioridad del jus naturale -de los jura naturalia- respecto del legislador positivo ha permeado muchos siglos de la historia occidental, aunque es preciso reconocer que

frecuentemente se trataba de una superioridad proclamada, pero no aplicada efectivamente. ¹¹⁶

Destaca en esta cita, la existencia de diferentes tipos de "leyes". Las leyes en general, ocuparon importantes espacios en las obras de los más connotados pensadores grecolatinos; desde ellos, pasando por Santo Tomás de Aquino, a quien debemos una clasificación muy rica de las leyes, hasta la definición de Montesquieu, quien las entendió como "*las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas*", ¹¹⁷ este tópico ha sido una preocupación cardinal de los estudiosos del derecho, para la regulación adecuada, justa y genuinamente humana de las conductas de los hombres.

La idea prohijada por el medievo y por las más recalcitrantes posturas filosóficas, que determinaron que el hombre no es un fin en sí mismo, sino un elemento más, siempre sustituible del aparato estamental o estatal, según la época (que debía servir a múltiples potestades), fue felizmente reemplazada por las categorías filosóficas que han reservado para el hombre la libertad y su expresión más cercana y pragmática, entendida bajo el concepto del libre albedrío.

Desde entonces, la ley no es proveída por las deidades; no hace falta ni un sólo Prometeo que robe el fuego a los dioses para permitirnos conocer, indagar y para atrevernos a decidir cuáles serán las "leyes" que regulen nuestros actos, e incluso para reinventar lo que ya está hecho, dado o impuesto por quienes ejercen el poder. Aquí yace el auténtico sentido de la existencia humana: Crear y aportar lo mejor de nosotros para el bien del género humano, porque más allá de las conquistas individuales, una luz, a veces apenas perceptible y otras más, fuertemente definida, nos invita a encaminar nuestros actos hacia el indiscutible valor que vive y pervive en la generosidad de la obligación primaria de todo hombre: hacer el bien.

116 Cappellètti, Mauro. *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*. Porrúa. México, 1993. p. 46

117 Op. cit. p. 3

Ciertamente, estas reflexiones preliminares, pueden ser motivo de críticas y comentarios en contrario; a pesar de ello, creemos que es necesario defender la idea de que cualquier análisis jurídico debe estar sostenido por principios filosóficos, a fuer de procurar que las aportaciones de la ciencia jurídica no estén exentas del sólido basamento, necesario, para hacer del derecho más que una disciplina o una ciencia, un elemento útil que permita y facilite la existencia entre semejantes, tan distintos y por lo general, lamentablemente tan ajenos.

Por esta razón, no debemos perder de vista la importancia que han tenido para la cultura universal las aportaciones de los grecorromanos sobre conceptos tan caros como la justicia, la bondad, la verdad y otros tantos -a veces denostados, combatidos u olvidados- que hoy en día se tambalean y parecen dar paso a la injusticia y al cinismo, a la sinrazón y al despotismo que pretenden erigirse en el marbete de nuestro tiempo. A pesar de ello, estos valores constituyen y seguirán formando parte vital de la rica materia con que se deberá cincelar a las nuevas generaciones. Me refiero, desde luego, a la filosofía, esa aventura del pensamiento que es mucho más que simple ejercicio intelectual, sobre todo cuando su contenido se transforma en acción.

No obstante que estos señalamientos parezcan fuera de contexto, es conveniente decir que difícilmente los temas relacionados con nuestra investigación podrían despojarse de la influencia decisiva que la filosofía -concretamente la jusfilosofía- tiene en su ámbito de conocimiento. Decimos esto, con la firme convicción de que ninguna referencia acerca del poder, el derecho y el Estado, puede asumirse con seriedad si se le desvincula de sus fundamentos filosóficos, particularmente axiológicos y deontológicos.

En este mismo contexto, podemos aseverar que la justicia seguirá siendo el ideal máximo desde el promontorio donde se mira pasar el tiempo. Tanto los hombres de la antigüedad, como los que hoy habitamos este planeta, sentimos como una necesidad nunca completamente saciada a la justicia, y a pesar de ello, ¡cuántas atrocidades se han cometido invocándola!

Siendo un ideal, la justicia ha merecido incontables tratados y estudios que han abordado su problemática desde muchos puntos de vista; creemos que ninguna ha arribado a conclusiones definitivas. Desde luego, no han faltado en los autores abocados a su análisis ni talento ni capacidad; sería suficiente

con citar a Aristóteles y a Santo Tomás para corroborar esta afirmación. Sin embargo, en el decurso de la historia plagada de guerras y de injusticias, ha sido muy difícil mantener enhiesta la fe en la obra del hombre. Tal vez, al margen de la justicia legal a la que dedicamos estudio y tesón para su perfeccionamiento, es posible que la justicia sin adjetivos, esté más allá de los alcances auténticamente humanos; a pesar de ello, durante siglos se ha venido luchando por alcanzarla; así, por ejemplo, en la Glosa a las Partidas leemos: "*Iustitia omnium est domina et regina virtutum*".¹¹⁸ Nosotros continuamos esforzándonos al comienzo de un nuevo siglo, en este afán que linda con el terreno de lo divino.

Mención aparte merecen estos comentarios y un estudio filosófico (o más bien jusfilosófico) que está fuera de contexto, para ser abordado a la altura que tal cuestión demanda. Creemos que es suficiente con llamar la atención sobre el importante concepto de Ulpiano sobre la justicia, expresado en los siguientes términos: "*Es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo*".¹¹⁹

Hemos querido en esta forma, destacar las dificultades propias que encierra cualquier alusión a la justicia. Para los efectos del presente trabajo, utilizaremos este concepto en su acepción más común, con el propósito de no entrar en polémicas que desviarían la atención del tema central que nos ocupa.

De acuerdo con lo que hasta aquí hemos señalado, existe una indisoluble vinculación entre los siguientes conceptos: Poder-Poder público-Justicia-Libertad-Hombre. Desde luego, resulta lógico establecer que el ámbito del poder que se halla en constante relación con el hombre, es el del poder público; esta es la zona de mayor debate, puesta en acción cada vez que los encargados de su ejercicio, pretenden hacerlo al margen de los preceptos de la ley.

118 Cabanellas, Guillermo. *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Heliasta. Argentina. 1992. p. 124 "La justicia es reina y señora de todas las virtudes."

119 *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México. 1996. p. 1904

En este orden de ideas, es pertinente indicar que la idea sobre el Estado debe también retroalimentarse de las concepciones sociológicas que lo analizan con otro instrumental metodológico, desde otra perspectiva, innegablemente valiosa que se halla inserta en el análisis de diversos elementos que a veces para los juristas quedan fuera del espectro en comento. De esta forma, podemos ver cómo la impronta de este devenir sociológico-jurídico-político, hállese petrificada en el desarrollo histórico del Estado mismo, que no acaba de evolucionar y que siempre está en movimiento.

Al respecto, ha dicho un investigador que: *“El Estado no es una entidad sustante, es producto de la convivencia, es el resultado de la comunidad de las fuerzas sociales que requieren de un control que las equilibre y canalice. Fuerzas sociales que en el proceso de la historia van cambiando y, por tanto, modificando las estructuras estatales. Pero a su vez, el Estado se configura por medio de ordenamientos que le confieren validez y legitimidad en su nacimiento y en su posterior desarrollo.”*¹²⁰

Por eso, resulta sumamente necesario y es a la vez urgente, perfeccionar los “instrumentos” y “mecanismos” que pueden servir para que frente al ámbito de la potestad estatal, los derechos de los humanos, sean invariable e indefectiblemente respetados por los poderes del Estado. Una exigencia primaria es la que se inscribe en el ámbito del derecho constitucional, para el efecto de que todo aquél que tenga a su cargo el ejercicio de determinada instancia del poder público, lo haga en estricto acatamiento a las normas jurídicas que regulan su desempeño.

Sobre el particular, no caben consideraciones en contrario; la libertad y los derechos en general de los gobernados deben ser defendidos y preservados, para hacer que el derecho de los hombres se acerque un poco más al promontorio de la justicia. Múltiples consideraciones podríamos verter sobre el particular; sin embargo, nos parece conveniente reservar estos comentarios que en todo caso, no dejan de ser apreciaciones subjetivas sobre la forma en que se desenvuelve la “justicia legal”, no exenta de jueces parciales y a veces

¹²⁰ Sánchez Azcona, Jorge. *Normatividad social, ensayo de sociología jurídica*. U.N.A.M. México, 1989. p. 83

primeros intentos encaminados hacia la defensa del derecho que todo hombre tiene a participar en las decisiones políticas de su comunidad.

Ahora bien, es oportuno señalar que el interdicto de homine libero exhibendo, que tenía como propósito restituir la libertad del particular, tuvo el acierto de conceder gran importancia a este derecho inalienable. Si bien, la acción derivada de este instrumento, podía intentarse sólo contra los particulares, no debemos perder de vista que la libertad del hombre merecerá en cualquier época o entorno, ser defendida; por eso, consideramos oportuno hacer esta referencia, por ser uno de los primeros atisbos del constitucionalismo, aún cuando su inclusión en la temática que hemos abordado resulte un tanto a fortiori.

En el ulterior desarrollo de las instituciones jurídicas, no encontramos los correspondientes sistemas o mecanismos, tendentes a salvaguardar los derechos de los gobernados; tampoco hallamos aquellos encaminados a imponer como obligación de los gobernantes el respeto del primigenio orden jurídico. Es pertinente aquí, hacer algunos comentarios al respecto. La Edad Media que abarcó un milenio, no se caracterizó precisamente por el esplendor del desarrollo de las instituciones jurídico-políticas; a lo más, en las obras de Santo Tomás de Aquino, se encuentran importantes referencias a la ley y al Estado. Debemos señalarlo así, justamente porque el tema que nos ocupa es de muy reciente manufactura. El medievo, centrado prácticamente en la imposición de la fe y en la disputa por la primacía en el dominio de los hombres, no tuvo tiempo, porque tampoco le interesó, de conocer o ensayar el ejercicio del poder, a través del respeto a la ley.

Sobre este aspecto, nos permitimos invocar un párrafo de la Summa Theologica de Santo Tomás de Aquino, en voz del maestro Cappelletti: *"Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra jus naturale, injusta est, nec habet vim obligandi... Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones... Et ideo secundum eas non est judicandum"* ("Si la ley escrita contiene algo de contrario al derecho natural, ella es injusta y no tiene eficacia obligatoria... por lo que, tales leyes escritas no pueden llamarse verdaderas leyes, sino más bien corrupciones de leyes... y por lo tanto deben desaplicarse por el Juez).¹²²

Excepcionalmente, podríamos mencionar el importante quehacer de los juristas de los últimos siglos de la Edad Media, que tuvo honda repercusión en la construcción jurídica de los tiempos posteriores. Sin embargo, debemos ponderar claramente los alcances de sus aportaciones, porque ciertamente un sistema de justicia constitucional, o al menos instituciones de esta naturaleza, no llegaron a madurar en sus obras. *"La idea de un "orden jurídico" no existía antes del siglo XII. Esto no quiere decir que no hubiera habido derecho entre los ostrogodos, vándalos, francos o entre cualquier otra tribu germánica; por supuesto, había derecho en Europa. Sin embargo, el derecho de estas comunidades carecía de un cuerpo de "principios jurídicos" independientes, claramente diferenciados, que fueran cultivados por un grupo de personas especialmente entrenadas para tal propósito. Esta carencia se debía, entre otras razones, al carácter predominantemente local, tribal, de tales comunidades."*¹²³

Fue hasta el Renacimiento, con la obra de Maquiavelo, cuando se empezaron a hacer anotaciones de mayor concisión sobre el funcionamiento del Estado. Mencionamos esto, porque el tema que nos ocupa sólo puede tener lugar, ahí donde existe el poder público. En este periodo surgieron algunas voces que intentaron rescatar al hombre del sometimiento en que vivía, propiciado por la poderosa influencia de la tradición judeocristiana que había impuesto no sólo una religión, sino que había concentrado el poder espiritual en el Papa. No hay que olvidar además, que el poder terrenal estaba dividido en distintos "centros" que exigían sumisión, obediencia y lealtad.

El periodo de la poliarquía -como se le conoce a esta etapa-, consistió precisamente en ese sometimiento que el hombre sufrió desde distintos centros de poder: el Emperador, el Papa, el Rey, los señores Feudales y toda la cauda de títulos de sedicente nobleza, mantuvieron un férreo control sobre los hombres, al amparo de las leyes impuestas a capricho; además que cada cual proveía la justicia de manera providencial, a la medida de su magnanimidad o de su cólera.

122 Cappelletti, Mauro. *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*. U.N.A.M. México, 1966. p. 24

123 Tamayo y Salmerán, Rolando. *La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político*. U.N.A.M. México, 1989. p. 60

Muy importante resulta en este escenario, mencionar la elaboración doctrinal de Juan Bodino. La soberanía, la *summa potestas in cives ac subditos*, constituyó desde entonces la idea central en torno a la cual giraron las construcciones ideológicas y jurídicas de los más connotados autores de esa época. El tema de la soberanía, tan rico y tan amplio, no ha dejado de tener actualidad. Este concepto de gran riqueza, fue una pieza fundamental en la consolidación del Estado moderno, porque entonces el Rey que venció a los demás centros que le disputaban el sometimiento de los habitantes, se constituyó en la fuente de todo poder y autoridad. Recordemos simplemente la teoría del derecho divino de los reyes que ideológicamente sirvió para justificar su predominio. Más aún, resulta altamente ilustrativo recordar el interesante fenómeno que posteriormente tuvo lugar, cuando el Príncipe empezó a concentrar las más importantes funciones, así como cuando su “poder”, paulatinamente sufrió la conversión de lo particular hacia lo público.

No está por demás, señalar que la concentración del poder en manos de los reyes, trajo como consecuencia el abuso que generó el absolutismo. Sobre el particular, la historia de la soberanía resulta sumamente ilustrativa. Inicialmente, el triunfo del rey sobre los demás centros del poder terrenal y espiritual, marcó el triunfo ideológico que concentró en unas solas manos la potestad y el imperio; sin embargo, fue necesario que revoluciones y luchas por venir, despojaran a los “soberanos” del poder omnímodo que habían concentrado. Fue así como la reivindicación de los derechos de los habitantes, vino aparejada con la paulatina consolidación del Estado como cosa pública, una vez que fue apartado de la voluntad del monarca. La época del despotismo ilustrado, fue finalmente superada en aras de cumplir con los ideales de igualdad y justicia, secularmente burlados por los reyes.

En este escenario, las luchas intestinas de los habitantes en contra de sus monarcas están pinceladas en los episodios más elocuentes de la actuación de Cromwell, en los afanes revolucionarios de Robespierre; anhelos que ya tenían una historia que se empezó a escribir por quienes arrancaron al Rey Juan Sin Tierra la Carta Magna de 1215. En esta misma línea, recordamos a Harrington, a Edward Coke, y por supuesto a todos los hombres que desde ese glorioso año de 1215, iniciaron la lucha por la justicia y por la igualdad.

Esta historia, nos lleva a evocar al juicioso Coke frente al implacable Jacobo I; la historia del constitucionalismo, es también una escena en la que debaten

estelares del constitucionalismo. Desde entonces, el principio de supremacía constitucional es uno de los más sólidos soportes de la organización del Estado y se erige además, como un valladar contra los excesos de los gobernantes.

En nuestro suelo patrio, la justicia constitucional tiene sus antecedentes más representativos en el juicio de amparo. Desde su establecimiento primigenio en la Constitución yucateca de 1841, hasta nuestros días, el juicio de amparo ha marcado su impronta indeleble en la historia de constitucionalismo de los siglos XIX y XX. Su incuestionable trascendencia, se ha visto reflejada en el hecho de que muchos países lo han adoptado, por ser un instrumento eficaz para la defensa de las garantías de los gobernados.

Por ser parte importante del presente estudio, reservamos algunos comentarios sobre el juicio de amparo para los apartados subsecuentes. Por el momento, queremos solamente llamar la atención sobre la influencia que esta institución ha tenido en el diseño de nuestro modelo de justicia constitucional, así como en la defensa de la Constitución y en la salvaguarda de los derechos humanos de los gobernados.

En la presencia de nuestro juicio de garantías, vive el pensamiento de tres mexicanos, identificados como artífices y maestros; ellos son Emilio Rabasa, Mariano Otero y Crescencio Rejón. En este mismo sentido, como puede verse en el primer capítulo de esta investigación, José María Iglesias, otro ilustre jurista mexicano que no podíamos dejar de mencionar, afirmó: *“Sobre la constitución nadie; nada sobre la Constitución”*. Esta generación de brillantes mexicanos que sentaron las bases de nuestro actual sistema jurídico-constitucional, tienen un lugar de honor en nuestra historia; bastaría con decir que su pensamiento vive y alimenta a las instituciones republicanas que forjaron con inteligencia, con energía y decisión; lo mismo empuñando la espada en las horas más aciagas que haciendo uso de la tribuna en Congresos itinerantes para expresar sus ideas o vaciando en páginas inmortales su pensamiento inmarcesible; el juicio de amparo, la más vernácula de las instituciones constitucionales es, con mucho, la más alta conquista de la generación del siglo XIX.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, marcó el inicio de una nueva época, caracterizada por los ideales libertarios que se acrisolaron con la fortaleza y el

tesón de los revolucionarios franceses del siglo XIX. La libertad y la igualdad, han sido desde entonces, pilares insustituibles para la construcción del Estado de Derecho. No obstante que en muchas latitudes del mundo todavía hay resabios de la conducta arbitraria y despótica de algunos gobernantes, la lucha por los derechos de los humanos resulta irreversible.

Con estos breves señalamientos sobre algunos antecedentes del tema que nos ocupa, podemos decir que de acuerdo con el esquema planteado por el doctor Fix Zamudio, la justicia constitucional incluye los siguientes mecanismos:

- 1.- El juicio de amparo;
- 2.- Las controversias constitucionales;
- 3.- El procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- 4.- La acción de inconstitucionalidad; y
- 5.- El juicio político;

Incluiremos a las Defensorías de Habitantes, que en nuestro país han tenido un muy importante desarrollo a partir de su constitucionalización e inclusión en el artículo 102 apartado "B" de nuestra Carta Magna.

Sobre este último instrumento que está inscrito en la vía no jurisdiccional, sobra decir que a pesar de que ha tenido una evolución pronta, ésta aún continúa. Si bien es cierto que las Comisiones de Derechos Humanos, pueden conocer e investigar diversos casos, con independencia de la tramitación que estos asuntos tengan ante los órganos de control y regulación del Estado, no debe perderse de vista que las Recomendaciones que emiten, carecen del efecto vinculatorio característico de las resoluciones y sentencias estrictamente jurisdiccionales; esta situación, nos lleva a señalar que la actividad de las Comisiones de Derechos Humanos, materializado en un loable afán por hacer que las autoridades cumplan con apego a derecho sus funciones, no es, sin embargo, la vía idónea para encauzar la justicia constitucional. Bastaría con afirmar que el control de legalidad y, más aún, el control de la

constitucionalidad, corresponden en última instancia, al Poder Judicial Federal.

No entramos aquí a un interesante debate sobre las funciones que realizan órganos distintos, incluso del propio poder ejecutivo, sobre el control de legalidad. Es el caso, por ejemplo, de los Tribunales Contencioso Administrativos que innegablemente realizan una función de primer orden al resolver los casos en materia administrativa, en que los gobernados estiman que la autoridad no se ha conducido con apego al orden jurídico. La razón para dejar de lado esta problemática, estriba en que el control de la constitucionalidad -de acuerdo con nuestro marco jurídico- es una elevada tarea reservada al conocimiento del Poder Judicial Federal. Es necesario no perder de vista cuáles son los alcances reales del control de legalidad reconocido a otras instancias distintas, porque, finalmente nuestro máximo tribunal es el que decide, a través de su estructura el sentido y alcances del control de legalidad; por eso, resulta esencial el estudio del juicio de amparo en el presente trabajo.

En seguimiento de esta idea, podemos aseverar que la justicia constitucional, hállese conformada por los instrumentos jurisdiccionales que tienen como propósito la defensa y salvaguarda de la Constitución. Cualquier otro instrumento, mecanismo o vía, para llevar a cabo la defensa de los derechos humanos, de las garantías individuales o para regular y controlar a los órganos del Estado en sus relaciones verticales u horizontales, merecerá sin duda, ser reconocido por su encomiable labor; sin embargo, el calificativo de “justicia constitucional” está reservado para los procedimientos estrictamente jurisdiccionales que regulan e imponen a las autoridades el apego de sus actos a la Constitución, así como para aquellos de la misma naturaleza que norman la conformidad de toda la producción jurídica con los principios contenidos en nuestra *Lex legum*.

Una vez aclarado que las resoluciones emitidas por los Tribunales administrativos, sean federales o locales, no alcanzan la alteza ni la jerarquía propias de las sentencias de amparo o resoluciones del Poder Judicial Federal, en las que se definen cuestiones de constitucionalidad, podemos decir que al crearse nuevas instancias que pueden sustanciar las inconformidades de los gobernados, la cultura de la legalidad y el respeto a los derechos de los gobernados, va ganando terreno a las prácticas arbitrarias de quienes desde el

ejercicio del poder, hasta hace poco tiempo resultaban prácticamente intocables.

Por eso, quisimos hacer una breve referencia a la indisoluble relación que existe entre los conceptos de poder-hombre-justicia, porque ninguna idea que tenga que ver con el ser humano podrá entenderse aislada, desconectada de su ámbito de proyección en la vida de todos los días. Finalmente, las instituciones han sido creadas para servir a sus creadores. Las ideas cuajadas en la estadolatría, anacrónicas y desgastadas, no pueden seguir siendo marco de referencia, menos aún, *condictio sine qua non* de las nuevas construcciones jurídicas, en las que el hombre se yergue como la única justificación del Estado, del poder público y de las instituciones.

Siguiendo este enfoque, queremos hacer una referencia, así sea someramente, a los Tribunales Electorales de reciente creación, definidos por una demanda ciudadana permanente que se reduce a la elemental exigencia de que todos y cada uno de los votos de los electores tengan el mismo peso y que además sean respetados. Ya lo expresó alguna vez el politólogo italiano Michelangelo Bovero, en una de las conferencias que dictó, organizada por el Instituto Federal Electoral, cuando dijo: *"Un régimen político puede ser definido como una democracia -cualquiera que sea su forma específica- cuando todos los sujetos a los que se dirigen las decisiones colectivas políticas (leyes y disposiciones válidas erga omnes "para todos") tienen el derecho-poder de participar, con igual peso respecto de cualquier otro, en el proceso que conduce a la asunción de dichas decisiones."*¹²⁴

Sabido es que los Tribunales Federal y estatales de carácter electoral, han venido a cumplir una tarea de suma importancia para el desarrollo de nuestro país. Una cuestión distinta es la que se plantea con motivo de sus logros. De cualquier forma, el control de legalidad en esta materia, resulta fundamental para cualquier Estado de Derecho.

124 Bovero, Michelangelo. *Los adjetivos de la Democracia*. Instituto Federal Electoral. México, 1995. p. 16

Desde la óptica donde estamos ubicados, consideramos que esta materia de vital significado para los Estados democráticos de derecho, tiene que ser atendida por un órgano especializado; en México, así se ha venido dando el accionar de este rubro, desde las reformas constitucionales de 1987 que introdujeron la figura del Tribunal de lo Contencioso Electoral, pasando por las de 1993 que al atribuir al Tribunal Federal Electoral el carácter de máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, terminaron con el llamado "sistema de autocalificación" (Colegios Electorales) de las elecciones, hasta las más recientes modificaciones legales que han dado paso, incluso, a la creación de la llamada Fiscalía Especial Para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE).

Sin embargo, también cabe hacer la anotación que juzgamos pertinente tratándose de los Tribunales administrativos. Los Tribunales Electorales, no son, a pesar de la trascendencia de su función, los espacios más adecuados para el control de la constitucionalidad. A pesar de ello, no hay que perder de vista que algunas voces muy autorizadas, se han pronunciado a favor del control de constitucionalidad en materia electoral, por parte del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación; incluso, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, contemplan diversos juicios y recursos para asegurar el control de legalidad y constitucionalidad en la actuación de los órganos electorales. En el siguiente apartado vamos a incluir algunas reflexiones sobre este importante tópico.

Por el momento, nos parece pertinente señalar que el control de legalidad encuentra su más firme sustento en el consecuente control de la constitucionalidad; en el presente caso, las resoluciones de dichos Tribunales pueden ser apeladas, pero no elevadas al conocimiento de un Tribunal Federal, vía el juicio de garantías, no obstante que existen diversos medios de impugnación en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, de los cuales uno muy interesante es el Juicio de Revisión Constitucional Electoral. A pesar de ello, todavía quedan grandes lagunas en esta materia, ¿cuál es la razón por la cual, el juicio de Amparo no procede contra las decisiones de estos Tribunales?; ¿no se encuentra acotado el control de constitucionalidad en este caso?; ¿son suficientes los medios de impugnación previstos en la Ley General del Sistema de Medios de

Impugnación en Materia Electoral?, ¿por qué las resoluciones que recaigan sobre el Recurso de Revisión Constitucional Electoral, son inatacables?

De aquí se desprende la necesidad de mejorar y ampliar nuestro sistema de estricto derecho (jurisdiccional) que permita a los gobernados exigir, demandar y plantear las acciones o pedimentos necesarios para que las autoridades circunscriban sus actos al marco de la ley y sometan sus determinaciones al imperio de la Constitución.

Esta es la justificación primaria, elemental, de la justicia constitucional. De muy poco servirían las mejores instituciones y los más avanzados preceptos jurídicos elevados incluso a rango constitucional, si la defensa de los derechos inalienables de los gobernados, resulta impráctica o ineficiente. Es preciso que los derechos de los gobernados, inscritos en dos órdenes, cuenten con la protección debida para su defensa y garantía; me refiero en este caso, a los derechos (garantías individuales) de los gobernados por una parte y, por la otra, a los derechos colectivos o derechos difusos que hasta la fecha sólo son invocados en instrumentos jurídicos que en su mayoría carecen de los mecanismos y procedimientos idóneos para hacer exigible al poder público su cumplimiento.

Desde luego, la justicia constitucional nada tiene que ver con cuestiones de orden político. Es sumamente importante subrayar esto, para evitar cualquier interpretación que desvirtúe su genuino sentido, así como las posibilidades y alcances reales de su práctica en nuestro Estado que -hoy más que en cualquier otro tiempo- necesita con urgencia instituciones que además de garantizar la vigencia del derecho, sirvan para limitar y controlar el ejercicio del poder público.

II. Derecho Comparado

Es importante que en los estudios sobre el tema que hemos abordado, se tomen en cuenta otros puntos de vista sobre las instituciones de similar cariz que se han desarrollado en otras latitudes. Esta necesidad, se ve acrecentada cuando

las instituciones en comento, persiguen propósitos tan encomiables como los que se hallan inscritos en el telos de la justicia constitucional.

Volvemos a citar al maestro Cappelletti, quien así destacó la importancia del derecho comparado: *"El comparatista -y aquí pretendo expresarme de manera un tanto provocativa- es el único "profeta científico" posible. Profeta, porque, sobre la base de la investigación realizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido "valoradas" a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema. Pero es en verdad profeta "científico"; porque su predicción del futuro no se basa en sus preferencias o idiosincrasia, como tampoco en intuiciones o "iluminaciones" personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social."*¹²⁵

Diremos en primer término que la defensa de la Constitución (válida en sí misma) está justificada además por la exigencia elemental de que gobernantes y gobernados ciñan sus actos a las prescripciones y reglas establecidas en la Ley de leyes. Esta exigencia primaria -como ya lo anotamos en los capítulos precedentes-, quedaría trunca y carecería de fuerza, si las instituciones y mecanismos previstos para tales propósitos, resultaran en último término, inaplicables o anacrónicos.

Con respecto a la defensa de la Constitución frente a los gobernados, existen innumerables instituciones y mecanismos que aseguran la vigencia y la permanencia de la Lex legum, incluso por encima de los actos provenientes de las organizaciones de aquellos. Esta limitación de gran relevancia, encuentra su correlato en la necesaria sujeción de los actos de los gobernantes al imperio del universum iuris. Un autor español, ha dicho al respecto que: *"En cualquier caso, tanto en la mínima exigencia como en la máxima, la sujeción del ciudadano al orden constitucional como expresión de la democracia militante trae consigo una reducción de su libertad. Quiere decir todo ello que, si se quiere permanecer en el terreno del Estado*

¹²⁵ Cappelletti, Mauro. Op. cit. p. 24

democrático-liberal, la defensa de la Constitución "hacia abajo" debe ir acompañada de las medidas necesarias para mantener el equilibrio del sistema constitucional mediante una paralela limitación del poder público."¹²⁶ Este enfoque coincide de algún modo con la ya clásica afirmación de Duverger, en el sentido de que la democracia implica el ejercicio del poder de abajo hacia arriba, a diferencia de las autocracias en las que el poder público, se ejerce de arriba hacia abajo; sin mayor discusión, en ambos casos, la Constitución Política debe ocupar el sitio de preeminencia que por antonomasia le corresponde frente a los gobernados y los gobernantes y por encima de ambos.

De tal forma, podemos advertir la pertinencia de que nuestro país cuente con las instituciones y los mecanismos necesarios para el adecuado funcionamiento de nuestro sistema de justicia constitucional. Comenzaremos diciendo que al margen de los estudios abocados al análisis de los procedimientos jurisdiccionales tradicionales, en el presente trabajo, nos interesa de manera casi exclusiva, el tratamiento de la llamada jurisdicción constitucional, recientemente denominada *derecho procesal constitucional*,¹²⁷ que se ha visto enriquecida con la producción jurídica de connotados tratadistas y estudiosos del tema que nos ocupa.

Es importante recordar que la parte central del presente desarrollo, está constituida por el poder público; inexorablemente, el concepto del "poder", vuelve a girar en torno al tema que estamos analizando; por tal razón, resulta indispensable acotar con una investigadora mexicana que "*... el control es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder; la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano. El control es, pues, un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico.*"¹²⁸

126 De Otto Pardo, Ignacio. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales. España, 1985. p. 27

127 Esta es una aportación del doctor Fix Zamudio que deberá tomarse en cuenta para ulteriores investigaciones.

128 Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1998. p. 36

Desde luego, el control al que nos referimos, tiene una naturaleza eminentemente jurídica; hay que enfatizarlo de esta manera: Sólo el control jurídico del poder puede garantizar la supremacía de la Constitución y el respeto a los límites impuestos por la norma creadora, al marco de actuación de los órganos del Estado.

Esta afirmación de primer orden, coincide en términos generales con lo señalado por la autora antecitada, quien asentó: *"La función del control es vigilar que las limitaciones jurídicas al poder que se han instituido en el orden jurídico sean respetadas. Los órganos de control tienen a su cargo la obligación de supervisar la observancia de dichas limitaciones e impedir que sean violadas, o en caso de no ser esto dable, remediar la situación en la medida de lo posible y sancionar al infractor."*¹²⁹

Nótese cómo ya en esta cita, parte importante del control constitucional, es la corrección de los excesos; más adelante, trataremos el tema relacionado con las sanciones que es viable imponer a quienes vulneran el orden constitucional.

Europa

Por el momento, siguiendo la idea central del presente apartado, queremos hacer algunos comentarios sobre la forma en que opera el sistema del control constitucional en algunos países del viejo continente. Nos permitimos iniciar así, precisamente por ser ésta, una de las zonas geográficas donde se ubica parte importante del actual desarrollo de las instituciones propias del derecho constitucional.

Sobre el particular, un autor español ha destacado el valor de la justicia constitucional, diciendo que: *"El sistema europeo de justicia constitucional por medio de tribunales constitucionales responde a una particular concepción del papel del juez "ordinario" y del control por éste de las normas legales. El punto de partida de este sistema se encuentra, en su aspecto positivo, en el artículo 89 de la Constitución austriaca de 1920, que prohíbe*

¹²⁹ Ibidem, p. 119

a los tribunales judiciales el controlar la constitucionalidad de las leyes, pero a su vez, en su artículo 140 establece un *Verfassungsgerichtshof*, único autorizado para conocer de la constitucionalidad de las leyes estatales o de los *lander*.¹³⁰

Este antecedente que se gestó en el país que vio nacer a Hans Kelsen, dio lugar al desarrollo de la justicia constitucional, la cual se extendió rápidamente a casi toda Europa. El sistema ideado en Austria, ha permitido que el control de la constitucionalidad se verifique a través del Tribunal Constitucional, ideado ex profeso para la defensa y salvaguarda de la Constitución.

Resulta de sobra conocida la idea sobre el control concentrado de la constitucionalidad, mediante la cual, Kelsen intentó encontrar la solución al conflicto planteado por la doctrina, en el sentido de que el control de la constitucionalidad no podía dejarse en manos del juez ordinario y sin embargo, no podía tampoco carecer de una adecuada protección.

Esta idea prohijada en Austria, pasó después a diversas Cartas Constitucionales de otros países, tanto de Europa como de América, entre los que destacan Alemania, Francia, España, Italia, Guatemala, Colombia, Bolivia, Perú y, en general los países que participan en la llamada Comisión Andina de Juristas. En estos países, el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional como también se le conoce, ha sufrido las adecuaciones propias de cada latitud y necesarias para cada pueblo.

Alemania

La Carta Magna de este país de rica tradición constitucional, recoge en su capítulo IX, relativo al Poder Judicial, el tema de la *Corte Constitucional* Federal. De conformidad con el artículo 93 de la actual Constitución¹³¹

130 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. "El Tribunal Constitucional Español", en *Tribunales Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1994, p. 10

131 Esta es la denominación contenida en la *Ley Fundamental para la República Federal de Alemania*, en la edición del Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal de Alemania,

alemana, la Corte Constitucional puede conocer básicamente de las siguientes cuestiones:

1.- Sobre la interpretación de la Constitución, relacionada con las controversias acerca del alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la federación.

2.- Sobre controversias que se susciten acerca de la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los lander con la Constitución federal.

3.- Sobre controversias acerca de los derechos y deberes de la federación y de los lander, en especial tratándose de la ejecución del derecho federal por los lander y del ejercicio del control federal.

4.- Sobre controversias de derecho público entre la federación y los lander, entre los lander o dentro de un land, siempre que no esté abierta otra vía judicial.

5.- Sobre recursos de amparo que pueden ser interpuestos por:

a).- Personas que se crean lesionadas en alguno de sus derechos fundamentales o en otros derechos señalados de manera concisa.

b).- Municipios cuando a través de una ley, se viole su autonomía municipal.

Estos grandes rubros, previstos por la Constitución alemana (en vigor desde el 4 de noviembre de 1995) dan cuenta de un corpus de vanguardia en el mundo, ya que alberga las más variadas instituciones jurídicas en materia constitucional, a fin de garantizar la supremacía constitucional y la permanencia de la Ley suprema.

De las atribuciones arriba señaladas, destaca desde luego, la competencia de la Corte Constitucional para intervenir en el control del poder público, particularmente tratándose del poder federal, así como en la interpretación de

la Constitución. Asimismo, resalta la competencia de la Corte Constitucional para conocer de amparos intentados por los particulares cuando sus derechos han sido lesionados.

Estas atribuciones a nuestro juicio, pueden ser condensadas en cuatro grandes rubros:

- Controversias a nivel de la federación.

En las que se ventilan y definen las delimitaciones constitucionales entre la federación y los lander respecto de la legislación y cuando se trata de la delimitación de los ámbitos competenciales entre la federación, entre ésta y cualquier land o entre los órganos de un land.

- Controversias entre órganos.

Las que se suscitan entre los órganos federales supremos y versan sobre los derechos y deberes de estos.

- Procedimientos de control de normas.

Se refiere aquí tanto al *control abstracto de normas* (cuando se examina la compatibilidad del derecho federal o del derecho de un land con la ley federal o del derecho de un land con otra norma de derecho federal), como al *control concreto de normas* (cuando se realiza el examen de una norma de cuya validez depende un fallo y en relación con la cual el juez tiene dudas sobre su constitucionalidad).

- Recursos de amparo.

Interpuestos por las personas que se consideren lesionadas por el poder público en sus derechos fundamentales o en algún derecho equiparable a estos. El recurso de amparo, como ya lo expresamos, también puede ser intentado por los municipios cuando se vea afectada su autonomía.

Por otra parte, junto a las atribuciones de la Corte Constitucional, explicitadas esquemáticamente líneas arriba, existen otras como las relacionadas con la prohibición de los partidos políticos (artículo 21.2), la privación del ejercicio

de los derechos fundamentales (artículo 18), las acusaciones contra el Presidente Federal (artículo 61), las acusaciones contra los jueces (artículo 98.2), así como con el control de las elecciones (artículo 41). Como se ve, las atribuciones conferidas a este importante Tribunal se irradian hacia los más diversos campos y materias.

La Corte Constitucional de Alemania está dividida en dos Salas, cada una de las cuales se integra con ocho Magistrados; los dieciséis integrantes de este órgano que son designados por mitad por el Bundesrat y el Bundestag, duran en su encargo doce años y no pueden ser reelegidos.

En este mismo sentido, los requisitos de elegibilidad están definidos en los siguientes términos: ser mayor de 40 años, con la posibilidad de ser elegido diputado y con las condiciones para ser juez; no pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat, al gobierno federal o al de los Länder. Es oportuno señalar que los Magistrados de la Corte no pueden desempeñar ningún otro cargo, salvo las actividades académicas.

Francia

En Francia, el órgano de control constitucional recibe la denominación de Consejo Constitucional y está integrado por nueve miembros, cuyo mandato tiene una duración de nueve años, no renovable e irrevocable. La integración de este órgano, se da mediante la designación de tres de sus miembros por el Presidente de la República; los otros seis, son designados a partes iguales por los Presidentes de la Asamblea y del Senado. Hay que añadir que también son miembros vitalicios los Ex-Presidentes de la República. El Presidente del Consejo Constitucional es nombrado por el Presidente de la República y posee voto de calidad en caso de empate.

Las atribuciones del Consejo Constitucional Francés, están claramente definidas en la Constitución (vid. artículos del 58 al 61). Al respecto, es preciso señalar que su ámbito de actuación e intervención gira en torno de las siguientes materias:

1.- Interviene en la materia contencioso-electoral. El Consejo Constitucional es competente en:

- a).- La elección presidencial;
- b).- Las elecciones de los diputados y de los senadores;
- c).- Los referéndums, en los que realiza una doble función:
 - Consultiva. La que lleva a cabo de forma previa.
 - Jurisdiccional. Conoce y examina reclamaciones e impugnaciones relativas al desarrollo del escrutinio.

2.- Realiza el control de la constitucionalidad de las leyes. Esta facultad tiene dos vertientes:

- a).- El control obligatorio. A través del cual, se verifica la conformidad de las leyes orgánicas y de los reglamentos con el texto de la Constitución.
- b).- El control facultativo. Relativo a la constitucionalidad de las leyes ordinarias y de los tratados o compromisos internacionales.

3.- El Consejo Constitucional está facultado para comprobar algún eventual impedimento del Presidente de la República.

4.- El Consejo Constitucional debe ser consultado antes de que le sean otorgados al Presidente de la República, los poderes excepcionales previstos en el artículo 16 de la Constitución.

Es interesante destacar que en 1971 el Consejo Constitucional tomó una decisión de singular relevancia, ya que desde ese año, el examen que realiza tiene mucha mayor amplitud, porque versa sobre la conformidad de las leyes no sólo con la Constitución de 1958, sino también con el preámbulo de la de 1946 y con los textos a los que esta hace referencia, es decir, a la Declaración

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Con esta decisión, el Consejo Constitucional Francés, además de realizar la defensa de la Constitución, se ha erigido en protector de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, muy importante es el contenido del artículo 62 que establece: *"Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales"*. Con esto se asegura la independencia del Consejo Constitucional, respecto a los poderes del Estado.

Como dato adicional, podemos destacar que en Francia existe también un órgano denominado Alto Tribunal de Justicia que se compone con 24 jueces; de éstos, doce son diputados y doce son senadores, designados por sus respectivas Cámaras. La relevante función de este Tribunal consiste en juzgar al Presidente de la República en caso de ser acusado de "alta traición". Cabe señalar que desde el comienzo de la Quinta República, dicho Tribunal no ha funcionado nunca.

Esta última referencia se encuentra estrechamente relacionada con el tema que nos ocupa, porque si el respeto a la Constitución, si la primacía formal y la supremacía material de la Carta Magna, son elementos inmanentes a todo Estado de Derecho, entonces, una exigencia elemental, consiste en hacer que todas las autoridades, comenzando desde aquéllas cuya responsabilidad linda en la cúspide de la pirámide de poder, cumplan de manera puntual con sus obligaciones.

Para el autor francés Louis Favoreau, la relación del Consejo Constitucional con los poderes del Estado, resulta ser uno de los temas de mayor peso que inciden en la composición de la estructura estatal y en la organización y delimitación de las competencias de sus órganos. Fundamentalmente, en el caso de los órganos primarios, esta preocupación ha sido expresada así por el conocido jurista francés: *"L'une des premières fonctions du Conseil constitutionnel est ainsi d'exercer un contrôle sur les Pouvoirs publics chargés d'exercer la souveraineté nationale, c'est-à-dire sur le Parlement, le*

Président de la République, et le peuple lorsque celui-cis'exprime directement par la voie du référendum. ...¹³²

Conocidas son las consecuencias que se derivan de un ejercicio indebido del poder del Estado; a propósito de este tema, nos permitimos retomar nuestra idea sobre la pirámide de poder; id. est. que todos los órganos del Estado que conforman la estructura y los diferentes niveles de competencia del poder público, deben ceñir sus actos a las atribuciones que las leyes les han reconocido. Tratándose de los titulares de los órganos primarios del Estado, esta exigencia adquiere una dimensión mayor, precisamente por los valores que se ponen en juego con su actuación.

En caso contrario -como intentaremos demostrarlo más adelante-, es procedente iniciar las acciones correspondientes en contra de los titulares de los órganos del Estado que con sus actos u omisiones quebrantan los principios constitucionales y, por ende, la supremacía constitucional y todo lo que ello implica.

España

El Tribunal Constitucional, es una pieza fundamental de la organización jurídico-política de España. Al igual que en Francia, su estructura, funcionamiento y alcances, tienen sus propias peculiaridades; a fin de cuentas, como producto de la propia dinámica social e idiosincracia del pueblo español.

Con la promulgación de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978, fue establecido en el título IX del citado ordenamiento, el Tribunal Constitucional Español, identificado como el máximo intérprete de la Constitución.

Un rasgo distintivo de este importante Tribunal, está constituido por la independencia que guarda en relación con los demás órganos constitucionales. El artículo 161 de la Constitución Española establece claramente la

132 Favorcau, Louis. *Le Conseil constitutionnel*. Presses Universitaires de France. 1978. p. 47

competencia del Tribunal Constitucional que de acuerdo con la propia Carta Magna de ese país y la Ley Orgánica 2/1979 (3 de octubre de ese año) del citado Tribunal, es competente para conocer de los siguientes asuntos:

- 1.- Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley.
- 2.- De la cuestión de inconstitucionalidad sobre normas con rango de ley.
- 3.- Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución Española.
- 4.- De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- 5.- De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial).
- 6.- De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales.
- 7.- De la impugnación por el Estado de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.
- 8.- De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes Orgánicas.

De este catálogo, hay que destacar que junto a las atribuciones referidas al control de la constitucionalidad, existen otras de gran relieve; ya que como se advierte, el Tribunal Constitucional no sólo es el máximo intérprete de la Constitución, sino además, lleva a cabo una serie de acciones tendentes a garantizar la vigencia del Estado de Derecho.

Al respecto, es importante subrayar que el Tribunal Constitucional, realiza las siguientes funciones de primer orden:

- a).- El control de la constitucionalidad de las leyes.

- b).- El control de la protección de los derechos fundamentales.
- c).- El control de la división horizontal del poder. A través de éste, soluciona los conflictos suscitados entre los diversos órganos constitucionales.
- d).- El control de la división vertical del poder. Esta función, le permite al Tribunal Constitucional velar por el respeto a los ámbitos competenciales, existentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Muy interesantes resultan las atribuciones contenidas en los dos últimos incisos, ya que justamente un problema que presenta muchos ángulos, tratándose de la supremacía constitucional, es el ejercicio indebido del poder público y la invasión competencial (expresión elocuente de los actos extra y metaconstitucionales) en sí mismos inadmisibles, ya que vulneran el orden constitucional contenido en los principios que vertebran el sistema jurídico y la estructura del aparato estatal.

Para la realización de sus tareas, el Tribunal Constitucional Español, se integra con 12 magistrados que son designados de la siguiente manera: dos son nombrados por el Poder Ejecutivo; dos son designados por el Poder Judicial, a través de su Consejo General, y los restantes ocho, son nombrados por las Cortes Generales o Poder Legislativo, es decir, cuatro cada Cámara; la duración de su nombramiento es de nueve años, debiéndose renovar por terceras partes cada tres años.

Con esta forma de designación de los integrantes del Tribunal Constitucional, se ha pretendido introducir en la praxis, el principio de División de Poderes, haciendo partícipes en la integración de este órgano del Estado, a los tres poderes clásicos.

Una anotación que estimamos pertinente se refiere al concepto de “órgano constitucional” del Estado que se maneja en la Constitución Española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que esta terminología coincide con lo que hemos denominado “órganos primarios del Estado”; esto es, aquellos que reciben de la Carta Fundamental, tanto su existencia a nivel constitucional, como la determinación de su ámbito competencial.

Una característica determinante para el adecuado funcionamiento del Tribunal Constitucional, reside en su independencia respecto de los poderes del Estado. Asimismo, la imparcialidad de sus determinaciones se garantiza por la forma en que son designados sus miembros, ya que se pretende (artículo 159.2) que éstos sean nombrados *"... entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional"*. Otro dato interesante es la incompatibilidad de la condición de miembro del Tribunal Constitucional *"... con todo mandato representativo; con cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil."* (artículo 159.4)

Estas características que por lo general también comparten los Tribunales Constitucionales de los demás países que cuentan con dicho órgano, vienen a ser una condición necesaria para su existencia y funcionamiento.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 164.1 de la Constitución, las sentencias del Tribunal Constitucional *"... Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos."*

La última parte del párrafo transcrito, merece ser analizado, porque ahí se encuentran algunos elementos que forman parte del debate actual entre quienes opinan que los Tribunales Constitucionales deben emitir sentencias con efectos erga omnes y quienes son partidarios de que las sentencias deban versar sobre el problema particular planteado, sin que sus efectos se extiendan más allá de la protección de los derechos del quejoso. Más adelante veremos esto.

Italia

En el caso de Italia, la Corte Constitucional, realiza una serie de actividades previstas en el Título VI (denominado "Garantías Constitucionales") de la

Parte II, relativa al “Ordinamento della Repubblica”, de la Constitución Italiana.

Según el artículo 139 de la Constitución, la Corte Constitucional tiene competencia para conocer:

- a).- Sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos del Estado y de las Regiones.
- b).- Sobre los conflictos de atribuciones suscitados entre los poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones, y de estas entre sí.
- c).- Sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y sus ministros.

La Corte Constitucional Italiana se integra con quince jueces; cinco son designados por el Presidente de la República; cinco son nombrados por el Parlamento y los otros cinco por la Suprema Magistratura Ordinaria y Administrativa.

La duración de su cargo es de doce años y no pueden ser nombrados para un segundo período.

Es interesante señalar que los integrantes de la Corte Constitucional, también están sujetos al régimen de incompatibilidades similar al de España e igualmente son designados de entre los Magistrados, profesores universitarios en Derecho y abogados con veinte años de ejercicio.

El artículo 136 de la Constitución de Italia, dispone que la ilegitimidad constitucional de cualquier Ley o disposición con fuerza de ley, deja sin eficacia a éstas al día siguiente de la publicación de la decisión de la Corte.

Asimismo, cabe señalar que contra las decisiones de la Corte Constitucional no se admite medio de impugnación alguno (artículo 137).

América

En el continente americano, hay también claros ejemplos de la forma en que opera el Tribunal Constitucional; hay que decir, sin embargo, que en esta región de nuestro planeta, el telos de protección y defensa de la Constitución, así como el control de la constitucionalidad e incluso la labor de interpretación de las normas constitucionales, puede estar distribuido entre el citado órgano y el Poder Judicial.

Bolivia

Esta aclaración que nos parece pertinente, cobra relieve en el caso de Bolivia, ya que en este país, efectivamente existen una serie de instrumentos jurisdiccionales encaminados a cumplir importantes funciones como las que hemos descrito, y algunas de ellas son compartidas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Es en materia de protección a los derechos humanos, donde existen dos procesos que pueden ser conocidos por estas dos instancias. Uno es el de Hábeas Corpus y el otro, el proceso de Amparo.

Esta situación en la que dos instancias comparten o pueden conocer de la misma problemática, no es una cuestión que genere conflictos de competencia. No hay que olvidar que cada uno de los órganos tiene delimitado su marco de actuación y señaladas de manera limitativa sus atribuciones. Por lo general, en los países donde existe un Tribunal Constitucional y Tribunales Supremos de jurisdicción ordinaria, éstos son la última instancia para conocer y decidir sobre los recursos interpuestos en contra de las resoluciones de los jueces y Tribunales de los Estados miembros, de las Regiones o de los Lander; ahora bien, los Tribunales Constitucionales, casi invariablemente, cumplen la elevada tarea de interpretar y defender a la norma fundante básica.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional está integrado por cinco magistrados que conforman una sola Sala y son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de los votos de los mismos presentes.

El Tribunal Constitucional de Bolivia conoce de las siguientes materias:

a).- Control de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

- Recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones de cumplimiento general no vinculadas a un proceso judicial o administrativo.
- Recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la Constitución.

b).- Reformas constitucionales.

Demandas respecto a procedimientos contrarios de reforma a la Constitución.

c).- Tratados.

Revisión de la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.

d).- Conflictos de competencia.

Conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.

e).- Control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

Los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.

f).- Proyectos de normas jurídicas.

Consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones.

g).- Control de actos administrativos.

- Impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la Constitución.
- Recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la Ley.
- Recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera que sean las personas afectadas.

Debemos anotar que las decisiones del Tribunal Constitucional son irrecurribles y surten sus efectos erga omnes.

En esta reseña somera sobre el accionar del Tribunal Constitucional de Bolivia podemos destacar el hecho de que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier otra disposición normativa, hace inaplicable la norma impugnada; lo cual representa un significativo avance en este país, sobre el control de la constitucionalidad y la defensa de la Constitución.

Chile

Por otra parte, en Chile, el funcionamiento del órgano en análisis, presenta algunas características que tienen cierta similitud con algunas de las que ya hemos mencionado en relación con los Tribunales y Cortes Constitucionales de otros países. Sin embargo, también el Tribunal Constitucional Chileno, está arropado por algunas características sui géneris que vale la pena comentar.

Diremos en primer término que el citado Tribunal, comparte el control de la constitucionalidad con la Corte Suprema de Justicia, lo cual (como en el caso de Bolivia), ha producido un modelo híbrido, ciertamente alejado del modelo europeo o austriaco-kelseniano y, por supuesto del modelo norteamericano. Esta situación, al igual que en los demás países que han sido analizados, es una muestra evidente de la influencia que el complejo espectro histórico y sociodemográfico, ha tenido en el diseño de los Tribunales Constitucionales.

En Chile, el Tribunal Constitucional nació por reforma constitucional de 1970. Su corta vigencia hasta septiembre de 1973, hizo sentir la necesidad de contar con un órgano especializado encargado de velar por la supremacía de la Carta Fundamental.

A partir del gobierno de facto que entró en funciones en 1973, las instituciones jurídico-políticas sufrieron un cambio de fondo y forma. De entrada, hasta parecería impensable que en un país gobernado bajo una dictadura, pudiera existir una institución tan esencialmente democrática como el Tribunal Constitucional; sin embargo, así es. Basta con decir que además de los preceptos normativos contenidos en la Constitución de 1980, relativos a dicho Tribunal, el doce de mayo de 1981, la Junta de Gobierno de Chile, tuvo a bien aprobar la *Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, destinada a regular la organización y los procedimientos del Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional de Chile, se integra con siete magistrados (artículo 81), de los cuales tres deben ser Ministros de la Corte Suprema de Justicia elegidos por ésta; los otros cuatro miembros deben ser abogados con al menos quince años de ejercicio profesional; dos de ellos son designados por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la República y el otro debe ser elegido por los Senadores. Los integrantes del Tribunal Constitucional duran ocho años en el cargo y son inamovibles.

Podemos clasificar las funciones que realiza el citado Tribunal, en tres grupos, como a continuación se señala:

a).- Funciones relativas al control de constitucionalidad de las normas jurídicas.

a.1.- Control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional.

Este control previo de constitucionalidad, es ejercido mediante el análisis que el Tribunal Constitucional realiza de los proyectos de reforma constitucional, en cuanto a su fondo y forma.

a.2.- Control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.

Esta facultad está relacionada con una característica que guarda la Constitución chilena, y es que la misma no señala cuál es la jerarquía de los Tratados en el marco del *universum iuris*; por esta razón, la incorporación de los tratados al derecho interno tiene que seguir un procedimiento singular, en el que se llega al extremo de considerar que los tratados válidamente incorporados no pueden ser afectados ni siquiera por medio de la reforma de la Constitución. Esta situación, tiene por supuesto, algunos argumentos en contra; sin embargo, el criterio que se ha estimado predominante es el principio *favor libertatis o pro cives* que no puede pasar desapercibido por los países democráticos de nuestro tiempo.

De esta forma, el catálogo de libertades y derechos de los ciudadanos, tiende a ensancharse.

a.3.- Control de la constitucionalidad de preceptos legales o con jerarquía de ley.

Este control se realiza a través de los siguientes mecanismos:

- Control preventivo de las leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación;
- Control preventivo facultativo de las leyes ordinarias antes de su promulgación; y
- Control facultativo represivo en relación a los decretos con fuerza de ley.

b).- Funciones relativas a la competencia sancionadora, por vulneración del sistema constitucional democrático.

Corresponde al Tribunal Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones que no respeten los principios fundamentales del Estado chileno. Esta facultad del Tribunal, tiende al fortalecimiento de las instituciones democráticas; sin embargo, vale la pena considerar con cautela sus alcances reales; sobre todo, porque dentro de estas organizaciones están

incluidos por partidos políticos, lo cual no deja de plantear un interesante esquema jurídico-político.

c).- Funciones relativas a la competencia en materias de organización institucional.

Con todo esto, el Tribunal Constitucional tiene a cumplir dos funciones elementales que se inscriben en el ámbito del Estado de Derecho, necesariamente democrático. Por un lado, el control previo de la constitucionalidad (precontrol constitucional) y, en segunda instancia, el control a posteriori de la constitucionalidad.

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley N° 17.997) *"Contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno. El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá modificar sus resoluciones sólo si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija."*

Indudablemente, que el Tribunal Constitucional chileno está empeñado en la defensa de la Constitución, así como en el control vertical y horizontal del poder público; a pesar de ello, en su legislación no están incluidas acciones de primer orden que se podrían ejercitar para mejorar el escenario de las complejas relaciones interorgánicas, así como para fortalecer el régimen constitucional en ese país.

Colombia

Por su parte, Colombia cuenta con la Corte Constitucional que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía constitucional. La Corte, está integrada con nueve magistrados (especialistas en diversas ramas del Derecho) que duran en su cargo ocho años y son designados por el Senado *"... de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado."* (artículo 239). Asimismo, su designación está definida por la incompatibilidad con el desempeño de cualquier otro cargo; no hay que dejar de mencionar el hecho de que el cargo de los integrantes de la Corte, está caracterizado por la inamovilidad.

Las funciones de la Corte Constitucional, pueden ser contempladas bajo los siguientes grandes rubros:

a).- Cuestiones de constitucionalidad relacionadas con:

a.1.- Convocatorias a referéndum o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

a.2.- Referéndums sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos de orden nacional.

a.3.- Decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en la declaratoria de estados de excepción.

a.4.- Proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias.

b).- Demandas de inconstitucionalidad:

b.1.- Las que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución.

b.2.- Las que presenten los ciudadanos contra las leyes.

b.3.- Las que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno.

c).- Revisión de las resoluciones judiciales relacionadas con la acción de tutela.

d).- Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

Estas funciones, reconocidas a la Corte Constitucional Colombiana merecen un comentario adicional, pues a pesar de fungir como última instancia del control de la constitucionalidad -habida cuenta de que tiene a su cargo la defensa de la Constitución-, en la estructura de la organización estatal de Colombia, existe también una Corte Suprema que conoce y resuelve las cuestiones inherentes a la jurisdicción ordinaria. Más aún, existe también el

Consejo de Estado (máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo) que puede incluso, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional "... *cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.*" (Art. 237 de la Constitución Política).

Es interesante ver cómo en este país, diversas instancias (por supuesto siempre mediante procedimientos jurisdiccionales) están abocadas a la defensa de la Constitución, vía la aplicación de diversos instrumentos jurídicos cuya finalidad superior está encaminada a la defensa de la *Supremacía Constitucional*. Entre estos, destacan la acción de tutela y la acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en Colombia, la protección de los derechos fundamentales que resulta ser una de las más conspicuas expresiones del constitucionalismo, cuenta con tres grandes instituciones: el Hábeas data, las acciones populares y las acciones de grupo, y el proceso de cumplimiento.

El Hábeas data contenido en el artículo 15 de la Constitución Política colombiana, permite ejercer el derecho que todas las personas tienen de conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. Dice este precepto que *en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución*. Este derecho se ejercita a través de la acción de tutela que ya señalamos.

Una aportación, sin duda relevante del sistema jurídico colombiano, es la contenida en el artículo 88 de su Constitución Política, relativa a las acciones populares y a las acciones de grupo. Dice así el numeral citado: "*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*"

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."

Finalmente, el proceso de cumplimiento tiene como propósito darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades de que cumplan con las disposiciones contenidas en las leyes. Al respecto, el artículo 87 de la Constitución Política de Colombia, prescribe lo siguiente: "*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.*"

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido."

Como se ve, el funcionamiento de los órganos encargados de velar por el respeto y observancia de los preceptos contenidos en la Carta Fundamental, puede tener diversas expresiones. Al margen de la conveniencia o no de que concurren varias instancias en este loable propósito, podemos afirmar que ningún ensayo está de más, cuando se trata de cumplir y hacer cumplir la ley (más aún, si esta disposición normativa tiene la jerarquía de una Constitución). Sin duda, resultan altamente significativas las acciones antecitadas; sobre todo, porque cada día se incrementa el número de partidarios de la defensa de los derechos colectivos y difusos, los cuales no pueden dejarse de lado, mucho menos en esta época de irreflexiva depredación que alcanza niveles preocupantes, por los incontables ámbitos en los que ha incursionado. Veremos en otra parte de esta investigación, porqué el tema de la defensa y control de la constitucionalidad, ha superado los afanes primarios, de cariz simple y llanamente "jurídico", otrora enfocado hacia el ejercicio elemental de la adecuación o correspondencia de normas jurídicas de distinta jerarquía. Como lo hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, el *universum iuris* de cualquier país, cuyo corpus está definido por los alcances de su Carta Magna, tiene otra dimensión y alcances insospechados que desbordan, con mucho, el importante aspecto formal de los principios que lo nutren y le dan forma.

Sobre las modalidades del control constitucional en Colombia, nos parece conveniente citar lo que al respecto ha dicho un magistrado de la propia Corte Constitucional de aquél país: "*Se ha sostenido que el sistema colombiano de control de constitucionalidad es difuso. Sin embargo, el peso y la dinámica*"

*de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional, unidas a la mayor estructuración orgánica de la jurisdicción constitucional, llevan a replantear dicha calificación que presupone modelos puros virtualmente inexistentes en la práctica. De ahí que se postule, a la luz de las normas constitucionales y del papel real de la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional en todos los órdenes, que el sistema tiene carácter mixto -en cuanto incorpora elementos de ambos modelos concentrado y difuso-, con una tendencia a que el órgano específico de control atraiga hacia sí el predominio de la función de control.*¹³³

Ecuador

En Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución del cinco de junio de 1993, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, la justicia constitucional se ha visto enriquecida precisamente por el hecho de que la Carta Magna de ese país contempla diversos instrumentos jurídicos encaminados a preservar la supremacía constitucional, así como a garantizar el respeto a los derechos de los gobernados.

De manera similar a como ocurre en Colombia, también en el país de referencia, existen procesos constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales. Por su importancia, destaca el Hábeas corpus que puede ser ejercido por cualquier persona que considere estar ilegalmente privada de su libertad.

Dice así el artículo 93 de la Constitución Política de Ecuador: “... *Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación*”

¹³³ Cifuentes Muñoz, Eduardo. “La jurisdicción constitucional colombiana”, en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales, las experiencias recientes*. Comisión Andina de Juristas. Perú, 1995. p. 148

de la libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.”

Es muy importante hacer notar que la resolución que niegue el Hábeas corpus, se puede recurrir ante el Tribunal Constitucional.

Asimismo, existe de acuerdo con el artículo 94 de la Constitución Política de Ecuador, el proceso de Hábeas data que tiene el propósito de que cualquier persona pueda tener acceso a la información que sobre ella o sobre sus bienes consten en los registros públicos o privados; asimismo, tiene derecho a conocer el uso que se haga de estos.

El numeral en comento señala además que: “... *Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.*”

Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización...”

También de la resolución que deniegue el Hábeas data, puede conocer el Tribunal Constitucional.

Finalmente, otro importante instrumento de defensa constitucional, es el contenido en el artículo 95 de la Constitución Política de Ecuador, relativo al proceso de Amparo que está encaminado a la adopción de medidas urgentes para hacer cesar de inmediato las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de cualquier autoridad. Es de hacerse notar que este instrumento para la protección jurisdiccional de los derechos humanos, también puede intentarse en contra de particulares, cuando sus actos afecten gravemente el interés colectivo o un derecho difuso.

En Ecuador, además del Tribunal Constitucional, existen otros “Organismos de Control”, previstos en el Título X de su Carta Magna. En efecto, la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las Superintendencias, tienen a su cargo relevantes atribuciones en materia de control, si bien, éste es distinto del control del poder a que nos hemos venido refiriendo en el presente capítulo.

El Tribunal Constitucional de Ecuador se integra con nueve vocales que son designados por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes de la siguiente manera: dos vocales son elegidos de sendas ternas enviadas por el Presidente de la República; otros dos vocales de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, (compuestas por personas que no pertenezcan a la Corte); un vocal es designado de una terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales; un vocal es electo de la terna que envíen las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas; un vocal, es designado de la terna que al efecto envíen las Cámaras de la Producción; los dos vocales restantes, son designados por el Congreso Nacional con la salvedad de que no deberán ser legisladores.

En términos generales, puede explicarse esquemáticamente que el Tribunal Constitucional, tiene competencia para:

a).- Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de:

a.1.- Leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones y suspender total o parcialmente sus efectos.

a.2.- Los actos administrativos de toda autoridad.

b).- Dictaminar sobre las objeciones de constitucionalidad que haya formulado el Presidente en el proceso de formación de leyes.

c).- Conocer y resolver sobre las resoluciones que denieguen el Hábeas Corpus, el Hábeas Data y el Amparo.

d).- Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios, previo a su aprobación por el Congreso Nacional.

e).- Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

De acuerdo con el artículo 278 de la Constitución Política de Ecuador, *“La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación*

y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La Declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno."

Perú

El caso de Perú, guarda grandes similitudes con los modelos de Colombia y Ecuador. Es en el Título V de la Constitución del citado país, donde se recogen las garantías constitucionales. De acuerdo con el artículo 200, son las siguientes:

1.- La acción de Hábeas corpus.

Contra hechos u omisiones que vulneran o amenazan la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2.- La acción de Amparo.

Contra hechos u omisiones que vulneran o amenazan los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

3.- La acción de Hábeas data.

Contra el hecho u omisión de cualquier autoridad que vulnere o amenace los derechos de las personas a solicitar y recibir información o impedir que se suministre información que afecte su intimidad personal y familiar.

4.- La acción de inconstitucionalidad.

Contra las normas que tienen rango de ley que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5.- La acción popular.

Contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cuando se infrinja la Constitución.

6.- La acción de cumplimiento.

Contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades en términos de ley.

Estos procesos constitucionales que están enfocados hacia la defensa de la supremacía constitucional, cumplen además un propósito de grandes alcances; id. est., la defensa de los derechos de las personas.

Desde luego, la intervención del Tribunal Constitucional en materias y ámbitos tan variados está de suyo justificada por la majestad de su función. De acuerdo con lo previsto por el artículo 201 de la Constitución de Perú, *“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no hayan dejado el cargo con un año de anticipación.”*

Como hemos visto en los demás casos analizados con antelación, el Tribunal o Corte Constitucional, tiene una difícil función por realizar; además de las dificultades propias implícitas en el proceso de su integración y renovación de sus miembros, habrá que decir que el sentido y alcances de sus atribuciones plantea en ocasiones un escenario ciertamente complejo.

En el caso de Perú, el artículo 202 de su Constitución Política, señala que corresponde al Tribunal Constitucional conocer:

1.- En instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2.- Las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de la acción de cumplimiento.

3.- Conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

En Perú, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una norma, dejan sin efecto ésta. Cabe señalar que tales sentencias no tienen efecto retroactivo.

En la propia Constitución hay una disposición (art. 205) que establece que una vez agotada la jurisdicción interna, quien considere lesionados los derechos que la Constitución señala, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que Perú forma parte.

Esta extensión de la justicia constitucional, es una manifestación evidente de la preeminencia y jerarquía que incluso frente a las Cartas Constitucionales, tienen los derechos humanos. Desde luego, en este país, el principio de supremacía constitucional tiene una connotación distinta que más adelante intentaremos explicar.

A continuación, nos permitimos mostrar en un cuadro comparativo las características de cada Tribunal o Corte Constitucional, para entender mejor sus similitudes y diferencias recíprocas.

País	Integrantes	Designación	Duración	Atribuciones Relevantes
Alemania	16	8 Bundestag 8 Bundesrat	12 años	Máximo intérprete de la Constitución. Controversias sobre competencia. Recursos de amparo.
Francia	9	3 Presidente 3 Asamblea 3 Senado	9 años	Materia contencioso-electoral. Juicio de Responsabilidad.

País	Integrantes	Designación	Duración	Atribuciones Relevantes
España	12	2 Ejecutivo 2 Judicial 4 Congreso 4 Senado	9 años	Máximo intérprete de la Constitución. Control vertical y horizontal del poder.
Italia	15	5 Presidente 5 Parlamento 5 Judicial	12 años	Controversias sobre la "legitimidad constitucional" del Estado y las Regiones. Control Vertical del Poder. Juicio político contra el Presidente y los Ministros.
Bolivia	5	5 Congreso	6 años	Control previo de la constitucionalidad. Control de la constitucionalidad.
Chile	7	3 Ministros de la Corte 2 Consejo de Seguridad Nacional 1 Presidente 1 Senado	8 años	Control previo de la Defensa de la Supremacía Constitucional
Colombia	9	9 Senado	8 años	Defensa de la Supremacía Constitucional. Acciones de inconstitucionalidad. Revisión de resoluciones sobre la acción de tutela.
Ecuador	9	9 Congreso Nacional (De las ternas propuestas por diversos órganos y organizaciones)	4 años	Cuestiones de inconstitucionalidad. Conocer resoluciones sobre procesos constitucionales.

País	Integrantes	Designación	Duración	Atribuciones Relevantes
Perú	7	7 Congreso Nal.	5 años	Cuestiones de inconstitucionalidad. Conocer resoluciones sobre procesos constitucionales.

De esta forma, hemos citado brevemente los casos de algunos países que sin duda, son representativos de la forma en que actualmente tiene lugar la justicia constitucional en el mundo.

En este breve recorrido por algunos de los sistemas de control constitucional que operan principalmente en países de Europa e Iberoamérica, hemos podido constatar algunos puntos en común, compartidos por casi todos los países citados; pero de igual forma hemos advertido sensibles diferencias entre unos y otros, no sólo por cuanto hace a su concepción sobre la proyección y alcances del control constitucional, sino también, acerca de la forma en que éste debe llevarse a cabo.

Podemos decir que el gran punto de coincidencia entre los países empeñados en llevar a cabo el control de la constitucionalidad, es el lugar de primer orden que ocupa la Constitución en su concepción jurídica. La Carta Magna en estos países, es concebida no únicamente como resultado y síntesis de su historia, sino también como el instrumento jurídico capaz de permitir el ejercicio del poder público, el relevo institucional y la convivencia entre gobernantes y gobernados, mediante el respeto irrestricto de los derechos de estos últimos.

Por lo general, se considera a la Constitución como el punto final de referencia de toda la demás producción jurídica del Estado. Sin duda, la evolución constitucional de estos países, podría ser medida en razón del perfeccionamiento de sus instituciones y, por supuesto, en la misma proporción en que han sido pulidos sus mecanismos e instrumentos jurídicos para el control del poder público.

La designación que recibe en estos países el órgano encargado del control constitucional, como ya vimos, varía en cada caso; lo más destacable a nuestro juicio, son las atribuciones que la ley les reconoce y la posibilidad que tienen

de actuar y realizar sus tareas con independencia de los poderes del Estado. Creemos que aquí reside una parte muy importante de la problemática que estos órganos enfrentan, debido al complejo escenario que se dibuja en torno al ámbito de competencia y acción de *la trilogía funcional del poder*.

A pesar de que el Tribunal Constitucional, en ningún caso pretende ser un órgano de inhibición de las tareas de la *trilogía funcional del poder*, no podemos dejar de señalar que su presencia en el Estado de Derecho, significa un importante avance en dos frentes; por el lado de los gobernantes, en la lucha por cumplir y hacer cumplir la Constitución; por parte de los gobernados, al hacer que quienes ejercen la potestad estatal, cumplan y respeten el marco jurídico-constitucional que regula su actuación, así como los derechos de los habitantes.

De las atribuciones de los Tribunales y Cortes Constitucionales, podemos subrayar que en la mayoría de los países analizados, estos órganos fungen como los máximos intérpretes de la Constitución. No podemos pasar por alto el hecho de que la formidable tarea que le compete al Tribunal Constitucional sólo se ve compensada por la trascendencia propia de los asuntos que son sometidos a su consideración. En este orden de ideas, no basta con decir que el Tribunal Constitucional tiene la última palabra tratándose de la *Lex fundamentalis*; es preciso además que su catálogo de atribuciones esté definido y sea lo suficientemente claro, y que cuente además con un margen adecuado de actuación, a fin de que su actividad no esté absurdamente sometida a los quehaceres de instituciones distintas, con cometidos propios, diferentes a la materia que es privativa del Tribunal Constitucional.

Destaca al respecto, el caso de España donde el Tribunal Constitucional tiene a su cargo esta delicada tarea; y en este mismo orden de ideas, podemos citar los casos de Chile y Colombia, países en los que el citado órgano, está encargado, ex profeso, de la defensa de la supremacía constitucional. Así las cosas, es oportuno citar el caso en que se encuentran algunos países donde existen Tribunales cuya competencia se extiende a la jurisdicción ordinaria en materias comunes como la civil, penal, laboral, administrativa, etc., y que además cuentan con un Tribunal Constitucional, especializado en conocer y dirimir asuntos de otra envergadura y de otra naturaleza; creemos que en estos países, la existencia de los Tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional -con sus atribuciones taxativamente señaladas-, lejos de la posibilidad de que

haya alguna duplicidad en sus funciones, sirven a un propósito común, resumido en la vigencia de la *supremacía constitucional*.

Queda demostrado de esta forma, que la supremacía constitucional (uno de los principios constitucionales que citamos al inicio de nuestra investigación) es parte vital del quehacer del Tribunal Constitucional. Ahora bien, no olvidemos además que junto a la defensa de la supremacía de la Carta Magna, hay otros principios cuya salvaguarda igualmente está reservada para su conocimiento y resolución.

En este sentido, no cabe duda de que una de las atribuciones más significativas de los Tribunales Constitucionales, es la relativa al control del poder público. Esta es quizá, la tarea de mayor dificultad para los Tribunales en análisis, pues tanto el control vertical, como el control horizontal del poder estatal, tiene que vencer poderosas redes de influencia que invaden casi todas las esferas del poder público.

En los Estados compuestos organizados en una federación, esta lucha sorda por el poder es un tema de suyo conocido. No han faltado quienes se han pronunciado por la concentración de las principales tareas estatales a favor de las Regiones; sin embargo, tampoco el poder central carece de partidarios. En ambos casos, toca a los Tribunales Constitucionales dirimir los conflictos y mantener el delicado equilibrio existente entre los poderes verticales.

Tratándose de los órganos que conviven en un solo nivel de gobierno, el problema no disminuye; al contrario, sabiéndose iguales, no faltan los casos en que los titulares de los distintos órganos del Estado, incurren en excesos, con la ignara percepción de que una extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones en nada afecta la composición de la estructura estatal, ni el funcionamiento del *universum iuris*. Por supuesto, no puede haber nada más absurdo que una apreciación tan simplista sobre el tema que nos ocupa.

Luego de realizar este ejercicio de contrastación entre los diferentes sistemas de control constitucional que existen en los países citados, podemos decir que las tareas más importantes que tienen a su cargo los Tribunales y Cortes Constitucionales, pueden agruparse en los siguientes rubros:

1.- Interpretación de la Constitución.

- 2.- Defensa de la supremacía constitucional.
- 3.- Intervención en la praxis política, en materia contencioso-electoral.
- 4.- Precontrol constitucional durante el proceso legislativo.
- 5.- Control de la constitucionalidad en materia de:
 - Reforma constitucional.
 - Tratados internacionales.
- 6.- Control posterior de constitucionalidad, mediante *acciones de reparación* (vgr. juicio político).
- 7.- Defensa de los derechos humanos. Revisión de resoluciones de otros órganos sobre acciones para la protección de los derechos de los gobernados (derechos colectivos o difusos).

Estos son, a nuestro juicio, los grandes rubros que forman parte del accionar de los Tribunales Constitucionales. Una de las tareas de mayor relieve es la que está directamente relacionada con el control de la constitucionalidad de los actos de los titulares de los órganos estatales. Precisamente por esta razón, existen algunos mecanismos ideados para sancionar a los titulares de los órganos del Estado, cuando su actuación vulnera o desconoce la majestad y supremacía formal y material de la Constitución.

En este tenor, podemos aseverar que el control previo de la constitucionalidad que es el que opera mediante los procedimientos que se desahogan para garantizar que la producción jurídica del Estado se adecue a la Constitución, necesita también del control posterior de la constitucionalidad, una vez que las normas jurídicas tienen vida y son aplicables en el ámbito del Estado en cuestión.

Es verdad que no sirve de mucho reconocer a los órganos estatales la capacidad para vigilar que los principios constitucionales sean observados y cumplidos a cabalidad. Es necesario además que los procedimientos como el que recoge la Constitución francesa, referido al juicio de responsabilidad, sean adoptados

por todos los países en un evidente afán por hacer que los principios que vertebran y animan a sus Constituciones, sean mantenidos inalterados, a pesar del transcurso del tiempo y del natural relevo de los distintos gobernantes.

El juicio político o impeachment, necesita ocupar un lugar de especial tratamiento en el marco de actuación del Tribunal Constitucional. La supremacía de la Constitución, no puede ser asegurada solamente con mecanismos previos de control que impidan que la demás producción jurídica vulnere los principios contenidos en la Carta Magna. Después de que la Constitución ha sido promulgada y a pesar de que a su texto hayan sido incorporadas múltiples reformas, es preciso que la vigilancia sobre quienes ejercen el poder del Estado, se mantenga presente con el fin de que ningún afán temporal, de cortos alcances, de los que suelen invadir a los gobernantes, pueda hacer mella en el valioso contenido de la *Lex fundamentalis*.

Un aspecto de suma trascendencia en el contexto en análisis, es el referente a la protección y defensa de los derechos humanos. En el breve esbozo que hicimos con antelación, nos permitimos señalar que la defensa de la Constitución, está firmemente conectada con el egregio propósito de procurar la defensa de los derechos y garantías esenciales de las personas.

¿Qué es, a fin de cuentas la defensa de la Constitución?; ¿qué representan en última instancia los principios constitucionales?; ¿qué significa la supremacía constitucional, en sus dos vertientes conceptuales (formal y material)?; ¿de qué sirve pregonar la defensa de la Constitución, si no se defienden ni su contenido ni a los gobernados?

Estas acuciantes preguntas, forman parte del catálogo amplísimo de inquietudes que giran en torno al tema que estamos tratando. La Constitución, la *Lex legum*, la Norma fundante básica, la Norma de normas, la *Lex fundamentalis*, es el marco y continente de todas las posibilidades de actuación del Estado. Fuera de la Ley fundamental, solamente pueden operar los autócratas o los irresponsables. Por eso resulta ser tan necesaria una construcción normativa, mediante la cual sea posible llevar a cabo la convergencia del respeto a los derechos de los gobernados, con el ejercicio de la potestad estatal, materializada en la actividad de los titulares de los órganos del Estado.

En nuestros días, rebasado ya el año dos mil, vuelve a ser motivo de atención en el centro del debate, el tema del quid de la Constitución. Tanto de manera directa, como en forma refleja, los asuntos más apremiantes de las sociedades contemporáneas giran con fuerza centrípeta hacia su Constitución. Perú no acaba de depurar sus procedimientos electorales que den certidumbre y tranquilidad a los habitantes. Chile con su Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (curiosamente signada por el Presidente de la República Augusto Pinochet Ugarte) ha sido incapaz de enjuiciar a este actor político, autor "sedicente" de crímenes de lesa humanidad. Colombia con una Constitución que contiene instrumentos tan avanzados como el proceso de cumplimiento y el hábeas data, sigue empantanado en una guerra de guerrillas en la que los menores (uno de los grupos más vulnerables), han sido reclutados y enviados al frente de batalla de una guerra que no es suya, viendo cómo sus derechos humanos, son objeto del escarnio, ignorados y pisoteados.

Ante este panorama, las tradicionales funciones del Estado, anquilosadas e inoperantes, una y otra vez son objeto de ataques por la imposibilidad que han demostrado, para procurar atenuar las penurias económicas de los habitantes y mantener el orden y la paz, sin vulnerar los derechos de las minorías.

En este escenario, hállanse colocados los principales postulados contenidos en importantes instrumentos de corte internacional que han encontrado en la malentendida soberanía de los pueblos un freno y un obstáculo difícil de salvar en la lucha por hacer que todos los hombres gocen de un minimum de derechos hacia el interior de sus países y también, por supuesto, hacia el exterior frente a la comunidad internacional.

En este acre debate de todos los días, un motivo de reflexión y análisis, es el tema de la supranacionalidad de los derechos humanos; las fronteras geográficas que marcan los límites visibles entre unos países y otros, no representan obstáculo alguno en la aceptación de este postulado; sin embargo, una lucha sorda y cruenta es librada cada día en las calles y en los barrios de las grandes urbes, así como en la selva y en el campo, donde los menores, las mujeres y los ancianos principalmente, sufren las consecuencias de los conflictos bélicos, de la hambruna y los resultados de las políticas económicas que en estos últimos años, han resaltado la cicatriz entre los que nada tienen y los que de nada carecen.

Al referirnos a esta problemática que en mucho excede las posibilidades de solución que a cada Estado le corresponden a nivel interno, no podemos dejar de señalar que si bien es cierto que la globalización ha atraído inevitablemente a todos los países del mundo, no debemos perder de vista que en el ámbito doméstico, la orientación del quehacer del Estado no puede tener muchas direcciones como opciones posibles. El Estado de nuestros días, debe retomar su carácter eminentemente rector del desarrollo; en este sentido, la búsqueda de niveles de vida con standars mínimos aceptables para la población, no puede estar sujeta a mezquinas conveniencias políticas. El deber ser del Estado -descrito en una nueva disciplina que podríamos denominar la *Deontología del Estado*-, vive en el texto de la Constitución; los postulados de ésta, sus principios, las decisiones fundamentales en ella contenidas, todo esto, va más allá del quehacer cotidiano, burocrático, mecánico y descarnado de las instituciones.

Insistiremos una vez más en que la conducción del Estado debe hacerse bajo la guía de los principios aherrojados a través del tiempo y de la historia en las páginas de nuestra *Lex legum*. Esta es la auténtica dimensión de nuestra Carta Magna. Esta es la gran misión que le corresponde realizar al Tribunal encargado ex profeso de la defensa y salvaguarda de nuestra Constitución y, por ende, de los derechos humanos de los habitantes.

Intentar una absurda desconexión entre los dos momentos centrales de esta perspectiva, sería un peligroso intento por dismantelar el precioso contenido de nuestra *Lex fundamentalis*, así como un reprochable acto de innegable equivocación política, sito en la pretensión de sepultar las valiosas conquistas de nuestro pueblo, sus derechos, su libertad, la perspectiva de su futuro.

III. Derecho Positivo Mexicano

Supremacía, inviolabilidad, permanencia, fundamentalidad, son principios que por sí mismos, immanentes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sirven a los habitantes para avanzar al mismo ritmo en que lo hace la sociedad en su transformación vertiginosa.

Sin embargo, estas voces que forman parte del rico legado de nuestros antepasados, están acrisoladas en un texto cuya jerarquía y magnificencia deben ser defendidas y preservadas. Estas voces o principios no podrían estar en otro lugar; pertenecen a la *Lex legum*. Por tal razón, podemos señalar que al ser incluidos en el texto de nuestra Carta Magna, estos principios constituyen la parte medular, la estructura central de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¿Cómo opera en el Estado mexicano la justicia constitucional?; ¿qué mecanismos de control del poder existen en nuestro país?; ¿en qué forma nuestro derecho positivo prevé la defensa de la Constitución? Son estas algunas preguntas que intentaremos responder en el presente apartado. Como ya vimos desde el inicio de nuestra investigación, los principios ínsitos en el texto de la Constitución General de la República, son mucho más que declaraciones de contenido formal; de acuerdo con esta idea, la supremacía constitucional desborda la elemental afirmación de que la Constitución tiene primacía sobre toda la demás producción jurídica. La explicación más próxima de esta afirmación, se complementa diciendo que la fundamentalidad de la *Lex legum*, no se ubica solamente en la base de la pirámide kelseniana, sino que permea a todo el *universum iuris*, al que sirve como sólido fundamento, firme, intemporal, *perenne*.

Los otros principios constitucionales referentes a la inviolabilidad, a la reformabilidad y a la permanencia de la Constitución, tienen también una connotación que rompe el esquema diseñado por la Teoría de la Constitución, comúnmente aceptada, sobre todo a partir de las conocidas aportaciones del maestro de la escuela de Viena.

Hemos señalado con insistencia que así como el artículo 133 de nuestra Carta Magna, presenta evidentes limitaciones, también el numeral 135 de nuestra *Lex fundamentalis*, adolece de una delicada insuficiencia, toda vez que encarga a un "Poder Constituyente Permanente" de una composición tan frágil y mudable, la capacidad para reformar el texto constitucional.

Es importante entender que la Constitución de nuestro país, es mucho más que la expresión formal de una Ley suprema. El contenido de sus preceptos, consolidado a través de cruentas luchas sociales, es el legado más caro de las generaciones que nos han precedido. Reside en esos preceptos la historia de

México; se condensan ahí los afanes de muchas generaciones de mexicanos; vive en ellos el alma nacional de un pueblo que a través de su historia ha exigido el reconocimiento y el respeto de sus derechos, y que además ha sabido forjar instituciones para que estos le sean garantizados.

Por todo ello, la Constitución de México tiene que ser defendida, salvaguardada, respetada y hecha valer. Lejos de que estas reflexiones estén afectadas por un romanticismo anacrónico o por la visión engañosa de la utopía, debemos coincidir en el hecho de que la Constitución de nuestra patria, a fin de cuentas, se erige como la referencia obligada de cualquier acto del poder público y como la razón fundante de la actuación de los titulares de los órganos estatales. Además, la Carta Magna tiene el más alto significado para los gobernados, a quienes otorga derechos, impone obligaciones y les permite su plena realización humana, en el marco de la ley y el respeto a las instituciones.

El ejercicio del poder público, por tanto, solamente puede concebirse dentro de la Constitución; de igual forma, los actos de los gobernados, sólo tienen sentido dentro de la legalidad, por decir lo menos. En este orden de ideas, vamos a ver cuáles son los mecanismos que prevé nuestro máximo ordenamiento, para procurar su defensa frente a los actos del poder público y, porqué no, también frente al desempeño de los gobernados.

A) Instrumentos Preventivos

Vamos a iniciar con la idea de que el precontrol constitucional es el instrumento preventivo por antonomasia. Esta enfoque está conectado con lo que en Austria se conoce como el control previo de la constitucionalidad; mediante este sistema, cualquier intento por crear una nueva disposición jurídica y, fundamentalmente, cualquier propuesta de reforma constitucional, tiene que pasar por un acucioso proceso de revisión constitucional, a fin de determinar si las iniciativas de ley o las propuestas de reforma constitucional, se ajustan a lo previsto por la propia Constitución Política.

En diversos países, este sistema resulta ser un requisito de procedibilidad para que las Cámaras puedan deliberar sobre las iniciativas de ley o de reforma

constitucional. Nos permitimos hacer esta anotación, con el propósito de adelantar la afirmación irrefutable de que la ley solamente puede ser creada con base en el procedimiento legislativo existente con antelación para tal efecto; además de ello, es conveniente subrayar que todos los actos de creación de la ley, están contenidos en los límites insalvables del propio texto constitucional. Así las cosas, la constitucionalidad de la ley, tiene que ver tanto con el proceso de su creación, como con su contenido.

En el caso de las reformas constitucionales, cuando estas siguen el orden vigente en la Carta Magna, su "constitucionalidad" no hace más que ratificar el contenido de la Lex superior; esto significa que las reformas "constitucionales", confirman el substratum de la norma fundante básica; sin embargo, no siempre la praxis de la instancia estatal encargada de tan importante tarea, condice con las expresiones de lege ferenda; en tal caso, la actividad, a veces desorientada de los integrantes del "poder revisor" de la Constitución, ha llegado al extremo de introducir constitucionalmente reformas que fracturan o al menos hacen tambalear el equilibrio que la Constitución guarda en el seno de sus 136 numerales. Más allá de esto, debemos decir que la variación o modificación constitucional, debe ser intentada con suma cautela, porque el objeto puesto a la custodia del órgano revisor, tiene un significado de singular valor para el pueblo de México. La Constitución Política de México, es en suma, el signo vital de nuestro destino.

El precontrol constitucional entendido desde esta perspectiva, puede ser útil para asegurar que los órganos encargados de crear la ley se abstengan de incurrir en aprobación de leyes que sean contrarias a la Constitución y, asimismo, para mantener en el marco de la constitucionalidad la actuación del cuestionable "órgano" *defensor de origen* de la Carta Magna, a fin de que evite incurrir en aprobación de modificaciones que trastocuen el sentido prístino de ésta y que por lo mismo, posteriormente tengan que ser combatidas por los gobernados, mediante diversos instrumentos de carácter correctivo.

En nuestro país, no existe un sistema de precontrol constitucional; el proceso de creación de la ley y el mismo proceso de reforma constitucional, se realizan sin llevar a cabo un análisis técnico sobre la constitucionalidad de dichas iniciativas de ley o de reforma. En el caso de las propuestas de reforma constitucional, se plantea un problema de grandes dimensiones; ¿acaso resulta lógico llevar a cabo el precontrol constitucional sobre las reformas a la

Constitución?, ¿no significaría esto que puede haber reformas a la Constitución que sean inconstitucionales? Aún cuando la doctrina ha discutido este tema tan controvertido, es pertinente no perder de vista que toda la producción jurídica del Estado debe acatar, respetar y someterse a la Carta Magna.

Ahora bien, el control previo de constitucionalidad que fue una de las aportaciones más significativas de Hans Kelsen, forma parte del sistema jurídico de muchos países; en el continente americano, podemos citar a Bolivia, Chile, Colombia y en parte a Ecuador; sin embargo, esta rica tradición jurídica no ha echado raíces en nuestro suelo.

Resulta interesante anotar que el control previo de constitucionalidad cumple un propósito meramente profiláctico -si se nos permite el término-, pues las tareas que en este caso realizan las Cortes y Tribunales Constitucionales, no entrañan ni lejanamente una invasión de competencia en el ámbito legislativo. Id. est. que la función del Tribunal Constitucional, no puede entenderse como un acotamiento de las atribuciones del poder legislativo, ni aún en el caso de que dicho precontrol constitucional pueda estimarse como una actividad de "legislador negativo", según la afamada expresión de Kelsen.

Es importante hacer esta precisión, pues en buena medida, algunos estudiosos que se oponen a la instalación y funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, tienen la idea imprecisa de que dichos Tribunales pueden erigirse como un superpoder por encima de la *trilogía funcional primaria*, lo cual aseguran, rompería con el principio de división de poderes consagrado por la doctrina.

Para introducir mayor claridad, podemos citar a García de Enterría, quien ha expresado lo siguiente: "*El sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes se configura como una función constitucional que no sería propiamente judicial, sino en los explícitos términos de KELSEN, de "legislación negativa". En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular -esto queda reservado al Tribunal a quo que ha suscitado el incidente de constitucionalidad-, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (Vereinbarkeit) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución.*"¹³⁴

En este orden de ideas, podemos decir que el control previo de constitucionalidad se integra con los instrumentos jurídicos y de carácter técnico-consultivo que tienen como propósito vigilar que la producción jurídica se apegue siempre a las disposiciones constitucionales. Ciertamente no puede ser de otra forma, porque a fin de cuentas, la Constitución es la medida y la dimensión de las demás normas jurídicas. Así resaltó el maestro Zorrilla Martínez, esta relación entre la Constitución y las restantes disposiciones legales del *universum iuris*: *“Como la Constitución es la ley suprema, todas las demás normas del sistema jurídico mexicano deben reproducir, en la medida en que lo autorice su materia, los principios y valores superiores.”*¹³⁵

Este fenómeno tiene lugar, en el caso mexicano, durante el proceso legislativo y también en el procedimiento de reforma constitucional. A pesar de que estos, no son per se, casos típicos de control previo de la constitucionalidad, así sea en una mínima parte, en dichos procedimientos puede tener lugar esta interesante cuestión.

El primer caso, previsto en el artículo 73 de nuestra Carta Magna, contiene una serie de etapas que son bien conocidas, a efecto de permitir el nacimiento y entrada en vigor de una nueva disposición jurídica. ¿En qué momento del proceso legislativo, puede tener lugar el precontrol constitucional? La respuesta que podemos dar a esta interrogante, está directamente relacionada con la intervención y participación de los actores que inciden en la formulación de una nueva ley; definitivamente, no hay una etapa del proceso legislativo que pueda ser reputada como filtro definitivo para el precontrol de la constitucionalidad. Antes bien, todos los pasos que conducen a la formulación de una norma jurídica y a su incorporación al *universum iuris*, pueden citarse como importantes momentos en los que puede darse el análisis de la correspondencia entre el texto de la norma que se pretende promulgar y el de la Constitución, que por ninguna razón debe ser afectada por las normas

134 García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas. España, 1985. p. 57

135 Zorrilla Martínez, Pedro. Op. cit. Pág. 592

jurídicas de menor grado, menos aún, si todavía no han nacido a la vida jurídica.

El proceso de creación de la norma jurídica, por tal razón, debe apegarse escrupulosamente a las reglas prescritas para esta actividad. Si expresamente la Lex legum no tiene previstas las limitaciones a la actividad de uno de los tres órganos primarios del Estado, en un acto de congruencia y correspondencia con el contenido de la norma normarum, quienes intervienen en el proceso de creación de la ley, deberían asumir con responsabilidad su trascendental quehacer y procurar que las disposiciones normativas puestas a su consideración, bien sea para su análisis, para su discusión o para su aprobación, se ajustaran sin excepción al texto de nuestra Carta Magna.

Esta inquietud por sí misma justificada, ha sido expuesta por el maestro Ulises Schmill con las siguientes palabras: *“Es posible, en consecuencia, establecer dos relaciones entre las normas inferiores y superiores de un orden jurídico: la de concordancia y su negación. La norma inferior puede concordar con la norma superior porque fue creada siguiendo el procedimiento establecido por ella por el órgano competente y porque tiene un contenido que no contradice los que determina la norma superior. La concordancia con la norma superior puede, entonces, tener carácter formal o carácter material. Cuando esta relación de concordancia puede ser establecida entre dos normas o conjuntos de normas, se dice que la norma o normas inferiores son regulares. En caso contrario se dice que son irregulares.”*¹³⁶

Estas reflexiones que lindan con la deontología jurídica, rebotan sin embargo, con la realidad de la actividad de nuestras Cámaras de Diputados y de Senadores. A pesar de que existe una Comisión de Dictamen Legislativo, según lo prevé el artículo 42 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, y no obstante que la Ley en comento y el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, señalan de manera pormenorizada cada paso del proceso

136 Schmill, Ulises. “Fundamentos teóricos de la Defensa de la Constitución en un Estado Federal”, en *La Defensa de la Constitución*. Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (Compiladores). Ediciones Coyoacán. México, 1997. p. 28.

legislativo y la responsabilidad que en su momento le toca asumir a cada cual de quienes intervienen en el iter legis, es bien sabido que un control previo de la constitucionalidad de las leyes no existe en nuestro país; una revisión atenta de la legislación respectiva, nos permite afirmar que no lo prevé nuestro derecho positivo; y como consecuencia de lo anterior, al no existir la obligatoriedad de formular proyectos de ley acordes al texto constitucional, la febril actividad legislativa carece de la conducción y congruencia necesarias en todo régimen constitucional, como el que deseamos que exista en México.

Si acaso, podemos decir que durante el proceso de formación de las leyes, de manera intermitente puede tener lugar el ejercicio de contrastación entre la Lex superior y las leyes cuya formulación se propone para ser discutida, analizada y, en su caso, aprobada por el poder legislativo. Esta expresión de trascendental valor para la sociedad a quien van dirigidas las leyes, puede operar en el momento en que tiene lugar el envío del proyecto de ley, de la Cámara de origen a la Cámara revisora.

Incluso, la facultad que el ejecutivo tiene para vetar los proyectos legislativos, debería considerarse como una atribución de filigrana, mediante la cual, el Presidente puede formular una lógica oposición al proyecto de ley propuesto, cuando contravenga disposiciones jurídicas de orden superior; en este caso concreto, tratándose de normas jurídicas de corte constitucional. Aquí podría caber el afán -legítimo por cierto- que es común a los Presidentes de imponer su sello particular a los procesos legislativos en lo general, y a las reformas constitucionales en lo particular.

Hasta aquí nos hemos referido al caso de los proyectos legislativos, mediante los cuales se pretende crear una nueva disposición jurídica. Es indiscutible que en esta hipótesis, el control previo de la constitucionalidad puede operar más fácilmente que en el caso de las propuestas de reforma constitucional; si bien es cierto que ambos procedimientos tienen sus peculiaridades, también lo es que por su trascendencia e impacto en la vida nacional, las reformas a nuestra Carta Magna, merecen un espacio único para la reflexión y el debate.

El precontrol legislativo es una asignatura pendiente en el derecho positivo mexicano; por mucho que se diga que el gobernado y las organizaciones legitimadas para ejercitar las acciones procedentes, tienen a su alcance los mecanismos y los procedimientos para impugnar, inconformarse y dejar sin

efecto alguna disposición de cualquiera de los órganos estatales, no debemos soslayar que una añeja discusión sobre el particular, ha dejado al descubierto la incongruencia que se advierte entre la función legislativa sin orientación ni contención jurídico-constitucional y los innumerables juicios de amparo, amparos contra leyes y hasta controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que tienen lugar a diario en nuestro país. Esta fue, es y sigue siendo la imposible tarea de la Corte; más adelante veremos porqué.

En este contexto, es válido preguntarnos, ¿de qué les sirve a los gobernados contar con procedimientos altamente técnicos que no están a su alcance?, ¿qué caso tiene obtener una sentencia favorable del Poder Judicial Federal de muy limitados efectos?, ¿acaso se justifica para la colectividad que un particular determinado obtenga una sentencia de efectos limitados?, ¿no es absurdo que la ley de efectos generales, sea suspendida únicamente para el quejoso cuando ha sido demostrada la inconstitucionalidad de la ley combatida? Estas y otras cuestiones tienen que ver con lo que el maestro Fix Zamudio ha denominado el derecho procesal constitucional, el cual debe ser abordado con interés para proponer los mecanismos más adecuados para llevar a cabo la defensa de la Constitución, al mismo tiempo que son defendidos los derechos individuales y colectivos de los habitantes.

Hasta aquí nos hemos referido al desempeño del órgano legislativo, antes de la promulgación de la nueva disposición jurídica, en el que, como ya vimos, no existe el precontrol constitucional-legislativo. ¿Qué sucede en el caso de las reformas constitucionales?

Creemos que las cerca de cuatrocientas reformas que ha sufrido el texto original de nuestra Carta Magna de 1917, justifican sobradamente la inclusión de un sistema de control previo de la constitucionalidad en el derecho positivo mexicano. Es tan absurdo como real que el propio texto constitucional contenga contradicciones o incongruencias, merced a la irrefrenable actividad reformatoria de los titulares de los órganos primarios; me refiero primordialmente al Presidente de la República quien en este sentido, incluso ha faltado a su solemne protesta constitucional de "*guardar y hacer guardar la Constitución*".

Para poner sólo un ejemplo, basta con remitirse a la lectura atenta de lo dispuesto por el artículo 97 de nuestra actual Constitución, para advertir que

la redacción de su párrafo tercero, contradice a todas luces lo plasmado en el diverso artículo 99. El control de legalidad en materia electoral ha sido reservado al exclusivo conocimiento y resolución del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Esta significativa contradicción, incrustada en el texto de nuestra Carta Magna, es sólo una muestra de lo que puede llegar a ocurrir cuando el precontrol legislativo está ausente en el derecho positivo de los Estados que a pesar de ello, tienen en su Constitución, el paradigma y expresión vital de sus más entrañables anhelos.

Por lo anterior, algunos instrumentos de los que forman parte del elenco creado ex profeso para el control de la constitucionalidad, resultan inoperantes e imprácticos para la vida de nuestro pueblo. No dejaremos de insistir, a propósito, en que la idiosincracia y la esencia de cada pueblo, son las que determinan el rumbo, el sentido y los alcances de sus instituciones.

Pretender desvincular la realidad de un país de sus instituciones, únicamente conduce a incurrir en yerros de grandes dimensiones; sobre todo cuando estas lamentables equivocaciones son cometidas por los titulares de los órganos del Estado; particularmente de los órganos primarios, los de la "*trilogía funcional del poder*" que mencionamos al inicio del presente trabajo.

¿Qué puede intentarse jurídicamente para que la producción jurídica del Estado mexicano (incluida la tendencia a reformar la Carta Magna), pueda ser limitada o al menos controlada, para evitar la promulgación de leyes inconstitucionales y lo que es el colmo, hasta la aprobación de reformas constitucionales "inconstitucionales"?

Hasta el momento sólo los buenos propósitos han prosperado. Es imprescindible dar vida a un sistema de precontrol constitucional-legislativo adecuado, que sin demasiada rigidez al grado de que impida introducir reformas a la Constitución, sirva para regular la producción jurídica del Estado mexicano, a efecto de que ésta tenga lugar en el estricto marco de la constitucionalidad a priori, y no en acciones de carácter reparador que no pocas veces quedan limitadas en sus efectos y en sus expectativas.

Nos permitimos introducir aquí el término *acciones de prevención* para referirnos a la apremiante urgencia que tenemos de contar con un catálogo de acciones expeditas, accesibles y oportunas, que sirvan para la defensa previa

de la constitucionalidad. Si hasta el momento no existen los instrumentos para intentar que el orden constitucional no se rompa con la emisión de leyes inconstitucionales, debemos idear, cuáles pueden ser las acciones que sea dable interponer a fin de que la Norma normarum continúe enhiesta, firme, inexpugnable, no nadamás frente a quienes históricamente han intentado socavarla, desconocerla o aniquilarla, sino también y tal vez primordialmente, frente a sus nuevos enemigos; frente a aquellos que en la prédica han hablado de un Estado social y democrático de derecho, pero que en la práctica han demostrado su vocación contraria a los intereses de México, disfrazando sus intenciones aviesas en una sedicente actuación patriótica, cuya realidad es alimentada por ambiciones desmedidas y temerarias que apuestan por la pérdida del país.

Pareciera que estas páginas oscuras de nuestra historia, estuvieran ya superadas, pero lamentablemente no es así. Hace muchos años, el jurista e historiador Emilio Rabasa, describió la forma en que se manifestaban esos intereses mezquinos que hoy al igual que ayer, son los de siempre. Así lo escribió Rabasa: *"Cuando Juárez volvió a la capital de la República, vencido sin condiciones el Partido Conservador, derribado el Imperio y aniquilada para siempre la idea monarquista, la Constitución era un ídolo, porque era un emblema; traía la pureza de lo inviolado, la santidad que le daban todos los martirios, la virtud de los sacrificios que la habían consagrado, y sobre todo, la majestad y la fiereza de la victoria."*¹³⁷

Contra estos falsarios tenemos que manifestarnos todos los mexicanos, particularmente quienes hemos abrazado la profesión de abogados con la convicción y la vocación de auténticos defensores de lo más valioso que tenemos: la patria generosa que en estos momentos, parece pronta a sufrir la embestida de nuevos apátridas para quienes lo que menos interesa es la Constitución. Sabedores del momento histórico que nos ha tocado vivir, tenemos la obligación impostergable de construir los valladares frente a esta oleada de corifeos que intentan suplantar a nuestra Carta Magna o cuando menos, reformarla de acuerdo a sus acomodaticios intereses.

137 Rabasa. Op. cit. p. 29

Por todo esto, es tan importante la defensa de la Constitución. En palabras del maestro Burgoa: "*La Constitución, para merecer con autenticidad este nombre, debe tener alma y ésta se expresa en un conjunto de principios políticos, sociales y económicos que no son el producto de la imaginación de sus autores, sino que se encuentran arraigados en el ser, el modo de ser y el querer ser de un pueblo.*"¹³⁸ !Cómo no ha de ser defendida la Constitución; No se trata solamente de mantener incólume un texto jurídico de primer nivel, sino antes bien, de dar firmeza a los fundamentos históricos que han forjado la patria que tenemos y amamos.

Lo hemos manifestado en innumerables ocasiones a lo largo del presente trabajo: defender nuestra Ley suprema, implica defender los principios más caros de nuestra historia. Sólo para los apátridas y para quienes no tienen memoria histórica, estas palabras pueden sonar huecas, sin sentido, anacrónicas. Sin embargo, para todos los demás, para quienes al margen del formalismo jurídico la Ley de leyes es concebida como el recipiente de todos nuestros afanes, como la catapulta de nuestro desarrollo y como la expresión diáfana de nuestras posibilidades de crecimiento, la defensa de la Constitución representa la más clara defensa de nuestro ayer y la propuesta más viable para el mañana.

Ni duda cabe que el precontrol constitucional tiene que formar parte del derecho mexicano. Es necesario que nuestros legisladores dediquen parte de su tiempo al análisis sobre la pertinencia de que en nuestro país opere la defensa de la Constitución frente a las demás normas jurídicas, antes de que éstas sean promulgadas.

Asimismo, es urgente también contar con los mecanismos jurídicos idóneos tendentes a evitar la aprobación, por parte del llamado Constituyente Permanente de reformas constitucionales carentes de sentido y justificación. La animadversión que expresamos hacia la intensa actividad reformatoria, deriva precisamente de los absurdos a que se ha llegado con la aprobación de modificaciones "constitucionales" que rompen la estructura general del texto

¹³⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio. "Reformabilidad de la Constitución", en *Hacia una nueva constitucionalidad*. U.N.A.M. México, 1999. p. 25

constitucional. Al afirmar esto, por supuesto que no nos declaramos partidarios de la irreformabilidad de la Carta Magna; por principio, tratándose de una norma jurídica, resultaría absurdo pretender imponer su vigencia *ab aeternum*, sustrayéndola de la posibilidad de ser reformada, porque no puede haber una norma jurídica con estas características. Por otra parte, los afanes nacionales insitos en la Constitución, no pueden imponerse desoyendo las nuevas demandas del pueblo de México. Las generaciones de hoy, tienen derecho a diseñar las adecuaciones a su Ley suprema; los tiempos han cambiado y aún cuando sea inadmisibile la reforma de las decisiones políticas fundamentales, por lo menos, si es procedente cambiar la forma en que habrá de llevarse a cabo esta búsqueda colectiva en el siglo XXI.

La Carta Magna debe ser defendida también de sus malos gobernantes. El abuso de poder que ya tratamos en otra parte de la presente investigación, debe ser entendido como una deleznable excepción en el Estado de Derecho que rige a todos los mexicanos; nunca como la regla de la actuación de los gobernantes. De acuerdo con las figuras geométricas de Kelsen y Stein que conjugamos líneas atrás, en todo el corpus de la pirámide se ubican los órganos del Estado, así como las normas jurídicas del *universum iuris* mexicano; aún cuando no se de necesariamente la correspondencia de unos y otros en el nivel en que se ubican, resulta incontestable que cualquiera de los órganos a que nos referimos puede cometer actos que vulneren el texto constitucional; estos actos ilegales y extraconstitucionales empero, se ven rebasados con la actuación indebida de los órganos primarios del Estado que se ubican en la parte más alta de la pirámide de poder, porque éstos son los únicos que pueden superar el vértice de la pirámide e incurrir en los denominados actos metaconstitucionales.

En el siguiente capítulo vamos a explicar esto; por lo pronto, en esta parte nos parece oportuno señalar que para los primeros supuestos aquí expresados, es urgente que la estructura estatal cuente con un órgano especializado encargado de llevar a cabo el precontrol constitucional en dos sentidos:

1. - constitucional; y
2. - legislativo

Para el segundo problema, bosquejado en términos muy generales, es urgente imponer limitaciones jurídicas absolutas a la actuación de los titulares de los órganos primarios del Estado.

Pero no nos referimos a lo que ya está legislado, porque ni los procedimientos administrativos, ni el juicio político en los términos en que están prescritos, resultan ser de gran utilidad para el adecuado control de los actos de los titulares de los órganos del Estado que hemos denominado "*Control orgánico-constitucional*". La parte correctiva de la defensa de la Constitución, merece un tratamiento especial que nos permita contener y mantener el desempeño de quienes ejercen el poder público, en los límites impuestos por la propia norma jurídica.

En este orden de ideas, tal vez podamos afirmar que ni siquiera las sanciones impuestas por parte de los órganos competentes como la destitución o la inhabilitación, tengan los efectos esperados en el tema que estamos tratando; no hay que pasar por alto que en estos casos extremos de desacato y violación a la Carta Magna, no se trata de una responsabilidad administrativa. La responsabilidad histórica de los titulares de los órganos primarios del Estado, tiene otra connotación, otra dimensión y, por supuesto, merece un tratamiento distinto al que se sigue en contra de servidores públicos de nivel diverso.

De acuerdo con lo que hasta aquí hemos expuesto, es necesario que un órgano ad hoc, especializado, altamente técnico, se encargue de vigilar el acatamiento y respeto a nuestra Lex fundamentalis; ninguna norma jurídica debe existir fuera del marco constitucional. Aceptar que existen leyes inconstitucionales, significa aceptar que lo irracional puede convertirse en regla, precisamente en el mundo jurídico, donde la lógica y los valores más altos deben constituir la guía y la columna vertebral del universum iuris del Estado.

Por último, no podemos dejar de mencionar que el denominado Poder Constituyente Permanente, limitado por su propia naturaleza, no es la instancia más recomendable para llevar a cabo la defensa de la Constitución. Su doble carácter como conjunto de órganos creados y como instancia competente para reformar la Constitución que lo ha creado, plantea de entrada un problema de difícil solución. El "Constituyente Permanente" como lo veremos en el capítulo siguiente, tiene tres grandes limitaciones para realizar adecuadamente la defensa de la Constitución. Primero, una limitación de carácter técnico,

porque lamentablemente nuestras Cámaras no llevan a cabo la defensa de la Constitución como uno de sus principales quehaceres; además, la intervención de la “mayoría de las legislaturas de los Estados”, no tiene otro efecto que el de “avalarse” la reforma aprobada por la “mayoría de los diputados presentes”; la segunda limitación es de orden jurídico y se plantea con la siguiente interrogante: ¿puede un conjunto de órganos creados como el Constituyente Permanente, realizar la defensa de la Constitución frente a la actividad de los tres órganos primarios?; por último, tal vez la más difícil de salvar, sea la limitación histórica de este “órgano” creado ad hoc para defender el texto constitucional. ¿Hasta dónde puede impedir el llamado Constituyente Permanente a las nuevas generaciones, la reforma de la Constitución?; ¿si no existen cláusulas pétreas expresas en la Carta Magna, qué parte de su texto puede ser reformada y qué artículos o párrafos deben mantenerse inalterados?

B) Instrumentos Correctivos

Hemos dicho ya que la historia de la justicia constitucional es relativamente reciente; no podemos afirmar que haya tenido lugar hasta antes del constitucionalismo, habida cuenta de que su materia la conforma precisamente la defensa de la Constitución.

Brevemente diremos que los afanes libertarios del pueblo inglés que se expresaron con mayor nitidez a partir de la Carta Magna de 1215, señalan el parteaguas de este interesante proceso de paulatina constitucionalización de los derechos de los habitantes. Sin este movimiento a favor de los derechos ciudadanos consagrados en documentos fundamentales, muy difícil sería referirnos a la defensa de la Constitución como algo necesario en el Estado de Derecho.

Al señalar lo anterior, no debemos omitir que la defensa de la Carta Magna, implica también la defensa de los derechos de los habitantes. Así las cosas, Constitución y derechos humanos, conforman un binomio indisoluble; uno y otro concepto se implican necesariamente; cualquier Constitución perdería una parte esencial si le faltara el capítulo sobre los derechos humanos; es más, una Constitución no puede ser tal, si no prevé ni garantiza la existencia de este desideratum sobre los derechos del hombre. Por otra parte, los derechos

humanos actualmente reconocidos en importantes instrumentos jurídicos de corte internacional, no pueden existir (de manera lógica y congruente) hacia el interior de los Estados, si no están incluidos en su Carta fundamental.

Insistimos -como ya lo anotamos con antelación-, en que la historia del constitucionalismo es la historia de la defensa de los derechos del hombre; por eso, resulta doblemente importante abordar esta temática, no sólo por las enseñanzas que podemos extraer sobre el desarrollo y evolución de las instituciones constitucionales, sino además porque representa una oportunidad insuperable para conocer la evolución de la defensa de los derechos humanos, a fin de idear e instrumentar los mecanismos pertinentes para llevar a cabo su defensa y salvaguarda. Luego entonces, la defensa de la Constitución es, al mismo tiempo, la defensa de los derechos de las personas.

Esta coincidencia ha sido expresada por algunos juristas. Sobre el particular, el doctor Fernández Ruiz, ha manifestado lo siguiente: *"Hoy en día, en cada país, la división de funciones del poder público, y su atribución a órganos diferentes, así como su Constitución y el correspondiente orden jurídico, representan la base fundamental de su sistema de protección de los derechos humanos, cuya mayor o menor vigencia efectiva depende del grado de perfección y eficacia de su referido fundamento."*¹³⁹

Todo ello, aunado a la justificación jusfilosófica de este quehacer estatal, hacen necesario el establecimiento de un genuino sistema de control constitucional, a fin de evitar violaciones a nuestra Constitución y de esta forma, salvaguardar los derechos humanos de los gobernados.

Desde esta perspectiva, el control orgánico tiene que ver con el regreso a la constitucionalidad cuando los titulares de los órganos primarios del Estado han vulnerado su marco de actuación o han incumplido con sus obligaciones, a grado tal de que se haya provocado la ruptura del orden constitucional, mediante la comisión de actos metaconstitucionales.

139 Fernández Ruiz, Jorge. "Derechos Humanos y Ombudsman en México", en *Problemas actuales del Derecho Constitucional*. Op. cit. p. 120

¿Qué mecanismos existen en nuestro país para garantizar el retorno a la constitucionalidad, cuando el marco jurídico supremo ha sido vulnerado? Ya vimos que las acciones relacionadas con el precontrol constitucional, no existen en México; es por eso que los gobernados deben intentar a través de diversos instrumentos procesales de naturaleza constitucional, que en el apartado que antecede denominamos *acciones de reparación*, la restauración del orden establecido en la *Lex fundamentalis*.

En nuestro país contamos con algunos mecanismos ideados para mantener la vigencia de la Constitución. Para desarrollar este quehacer, existen en el derecho positivo mexicano, algunas instituciones con características claramente definidas. Antes de abordar el análisis de estos instrumentos, es conveniente decir que México a ensayado un sistema de control difuso que desafortunadamente no opera en la práctica. Los términos en que fue concebido el original artículo 128 en la Constitución de 1857 que después pasó a ser el 133 de nuestra Constitución actual, es casi una copia del numeral 6 de la Constitución norteamericana; sin embargo, en ambos países el control de la constitucionalidad funciona de diferente manera.

El problema central no se ubica en el trasunto de esta disposición de la Constitución del vecino país, sino en el hecho de que el contenido del artículo 133, particularmente el del segundo párrafo, no es acatado por la gran mayoría de los jueces de nuestro país, a pesar de estar inscrito como una obligación constitucional; desde aquí, nuestro sistema de control constitucional presenta evidentes inconsistencias. ¿Cómo es posible que los jueces desatiendan este mandato del más alto nivel jurídico y prefieran aplicar leyes de menor jerarquía? Lo cierto es que en un número considerable, los juzgadores carecen de la preparación necesaria en materia procesal constitucional para poder cumplir con esta obligación.

Como consecuencia de esta inaplicación del segundo párrafo del artículo 133, el control difuso de la constitucionalidad prácticamente no opera en México. En los casos en que el juez ordinario prefiere no aplicar la Carta Magna por encima de cualquier otra disposición que se le oponga, es necesario que el afectado -además de agotar los recursos ordinarios- acuda en demanda de amparo y protección de la justicia federal, ante los tribunales competentes;

situación que indudablemente hace más retardataria la administración de justicia y representa además una merma al patrimonio del agraviado. La justificación que se esgrime en este caso, es que el sistema de facultades expresas que rige en nuestro sistema jurídico, impone a todas las autoridades la obligación de hacer únicamente lo que la ley les autoriza; en consecuencia, el control de la constitucionalidad proyectado de acuerdo al modelo norteamericano, es inoperante en México.

De esta inconsistencia, se desprenden una serie de problemas que hoy en día preocupan fundadamente a los juristas de nuestro país. Uno de estos tiene que ver con los efectos de la sentencia de amparo, cuando se obtiene una resolución favorable que declara inconstitucional determinada norma jurídica. En este caso, ¿por qué una norma declarada inconstitucional no deja de tener efectos erga omnes?, ¿por qué se sigue considerando sacrosanta la fórmula Otero?, ¿implica tal sentencia una invasión en el ámbito competencial del órgano legislativo?, ¿una sentencia de amparo que anula los actos de autoridades estatales, conlleva una violación a la soberanía de los Estados?

Estas y muchas otras interrogantes, han sido motivo de controversia entre los juristas, especialmente entre los constitucionalistas; sin embargo, para el propósito de la presente investigación y concretamente en relación con la última pregunta formulada, consideramos que es suficiente con señalar que el Pacto federal, constituye el argumento más firme para sostener la prevalencia de la justicia federal por encima de la justicia local. Las demás cuestiones, serán motivo de este intento por dilucidar el quid de la justicia constitucional en nuestro país.

Siguiendo estas ideas, no podemos dejar de citar al maestro Fix Zamudio, quien en un documento reciente, señaló: "*Desde este punto de vista, el derecho procesal mexicano comprende las ocho siguientes garantías constitucionales: a) El juicio político (artículo 111); b) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97, párrafos segundo y tercero); c) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I); d) El juicio de amparo (artículo 103 y 107); e) La acción abstracta de inconstitucional (artículo 105, fracción II); f) El juicio de protección de los derechos político*

*electorales (artículo 99, fracción V); g) El juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); h) Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del ombudsman (artículo 102, apartado "B") Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal.*¹⁴⁰

Vamos a realizar un análisis sobre algunas de estas instituciones, para intentar determinar hasta dónde, el derecho procesal constitucional actual de nuestro país, resulta lo suficientemente útil y viable, para garantizar la defensa de la Carta Magna de 1917.

Sin seguir necesariamente el orden señalado por el doctor Fix, vamos a iniciar este análisis con el juicio de amparo: la institución mexicana de defensa de los derechos de los gobernados por antonomasia.

El Juicio de Amparo

Sin temor a incurrir en una exageración, el juicio de amparo representa la más conspicua expresión de los afanes libertarios de nuestra patria. Tomando en cuenta sus antecedentes históricos que algunos tratadistas ubican desde los writs ingleses, particularmente en el writ of hábeas corpus, así como en el principio norteamericano del due process of law y en los fueros aragoneses, hasta su implantación en la Constitución Yucateca de 1841 y en la Federal de 1857, el juicio de garantías, ha ocupado un lugar sobresaliente entre las instituciones jurídicas de México.

Las notas históricas sobre el nacimiento y formación de nuestro juicio de amparo, dan fe de una deuda enorme que tenemos con don Crescencio Rejón y con don Mariano Otero. Uno y otro, intervinieron de manera brillante en la formación de nuestro juicio de garantías. Sin embargo, la evolución de esta institución, la ha apartado del modelo original; basta con remitirnos al Acta

140 Fix Zamudio, Héctor. "Evolución del control constitucional en México", en *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*. _ Cámara de Diputados. LVII Legislatura. U.N.A.M. México, 2000. p. 105

de Reformas de 1847 y a la propia Constitución Política de 1857, para dar cuenta de esta afirmación.

A pesar de las múltiples transformaciones que ha sufrido nuestro juicio de garantías, en el voto particular de don Mariano Otero del 5 de abril de 1847, está plasmado el espíritu republicano que desde entonces ha guiado al juicio de amparo. En este sentido, el ilustre jurista jalisciense expresó: *“De consiguiente entiendo que la Constitución actual debe establecer las garantías individuales, y sobre bases de tal manera estables, que ninguno de los hombres que habiten en cualquiera parte del territorio de la República, sin distinción de nacionales y extranjeros, tengan que extrañar sobre este punto las mejores leyes de la tierra. Dominado por este pensamiento propongo que la Constitución fije los derechos individuales y asegure su inviolabilidad, dejando a una ley posterior, pero general y de un carácter muy elevado, el detallarlos.”*¹⁴¹

A propósito, el artículo 19 propuesto por Otero, pasó intacto a ser el 25 del Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847. Dice así el numeral citado en segundo término: *“Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare.”*¹⁴²

Como sabemos, el juicio de amparo contra actos de autoridad, tiene como propósito primigenio la defensa de los gobernados; sin embargo, esta institución procesal no se quedó anclada en el individualismo; por eso es que también el juicio de garantías procede contra invasiones de competencias entre los órganos del Estado. Más aún, la evolución del amparo nos plantea un horizonte de amplias posibilidades de actuación, al hacer factible que mediante

¹⁴¹ Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales...* Op. cit. p. 452

¹⁴² *Ibidem*. p. 475

el amparo contra leyes, las disposiciones jurídicas que sean contrarias al texto constitucional puedan dejar de ser aplicadas.

El maestro Burgoa, constitucionalista de nuestro país, ha concluido en los siguientes términos el verdadero telos del juicio de amparo: *"Los conceptos y principios enunciados, en su conjunto interrelacional e interactivo, no sólo entrañan la fundamentación jurídica, política y sociológica del juicio de amparo, sino la justificación innegable de este medio de control constitucional, en cuya teleología se conjugan por modo inescindible según dijimos, estos dos objetivos: la protección individualizada del gobernado y la tutela de la Ley Suprema del país a través de esta protección. Sin el amparo, el orden constitucional y todos los principios que proclama y sobre los que se asienta, quedarían expuestos a su violación y quebrantamiento impunes, es decir, confinados en la región de las meras declaraciones románticas como simples expresiones de idílicos designios sin vigencia ni operatividad pragmática."*¹⁴³

Como se puede advertir, el amparo mexicano tiene varias connotaciones y puede interponerse en supuestos diversos. Aunque en términos generales, el amparo procede contra actos de autoridad que violen las garantías individuales, puede intentarse también en vía de control vertical del poder público, a fin de mantener el equilibrio entre los distintos órganos federales, estatales y municipales que integran el Estado mexicano.

En esta tesitura, el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

"Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;*
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y*
- III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal."*

¹⁴³ Burgoa Orihucla, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Porrúa, México, 1991. p. 144

Siguiendo esta idea, algunos tratadistas han señalado que el juicio de amparo tiene tres grandes connotaciones; como amparo-garantía, como amparo-casación y como amparo-soberanía. En el primer caso, se trata de llevar a cabo la defensa de las garantías individuales frente a cualquier acto de autoridad, a fin de obtener la protección de la justicia federal; en el segundo supuesto, el gobernado pretende conseguir mediante el juicio de garantías, la anulación de los efectos del acto reclamado; en la tercera hipótesis, el juicio de amparo coadyuva a mantener el equilibrio entre los poderes federales, las entidades federativas y el Distrito Federal, a través de la intervención del Poder Judicial Federal; en este caso, el amparo adquiere otra dimensión, ya que sirve para llevar a cabo el control del poder entre los distintos niveles de gobierno del Estado mexicano.

Sobre el particular, existen señalamientos de otros autores en el sentido de que más bien debe hablarse de cuatro tipos de juicio de amparo. Al respecto, un tratadista mexicano, ha dicho lo siguiente:

“Si seguimos la terminología del doctor Castro y Castro, distinguiremos los siguientes procedimientos de amparo:

- a).- Amparo contra leyes;*
- b).- amparo-garantías;*
- c).- amparo-casación; y*
- d).- amparo-soberanía.*

*Los tres primeros procedimientos se encuentran regulados en la primera fracción antes transcrita y el último, el amparo-soberanía, en las fracciones II y III del numeral citado.*¹⁴⁴

En nuestra opinión, esta clasificación sobre el juicio de garantías, expresa solamente las modalidades o variaciones que puede adoptar según sea el caso; bien se trate de una demanda de amparo promovida ante la Justicia de la Unión contra una ley que se estime inconstitucional, que se promueva en contra de autoridades que violen garantías de los gobernados o que se intente obtener la

144 Aguilar Alvarez y de Alba, Horacio. *El Amparo contra Leyes*. Edit. Trillas. México, 1996. p. 119

anulación de cualquier acto de autoridad que se dé fuera de la legalidad, o que en el último de los casos, el promovente sea un órgano del Estado que acuda a demandar el amparo contra actos de otros órganos que invadan o restrinjan su ámbito competencial. En última instancia, debemos decir que el juicio de amparo ha demostrado su generosidad cuando los amparistas son los gobernados, así como su eficacia en el mantenimiento del orden jurídico-político, frente a los actores políticos que tienen a su cargo un espacio de la potestad estatal.

Las expresiones aquí vertidas, pretenden dejar asentado que la majestad de esta importante institución, ha permeado todos los ámbitos de la vida nacional. El juicio de amparo no sólo procede contra actos de autoridad como está esquemáticamente explicado en la concepción del amparo-garantía y del amparo-casación; la justicia federal, puede además conocer de las demandas que se presentan contra leyes que afecten los derechos de los gobernados; es más, como ya vimos, el juicio de garantías puede ser invocado por órganos del propio Estado para atacar el desempeño irregular de otros órganos de distinto nivel dentro de la estructura del Estado federal. Aquí, me permito señalar que las constantes referencias a los órganos del Estado, deben ser entendidas como alusiones a los órganos de cualquiera de los niveles de gobierno, ya sea federal o estatal; no olvidemos que estamos tratando una institución que tiene lugar en un Estado compuesto, en el que incluso existe un tercer ámbito competencial que corresponde a los municipios.

El maestro Tena Ramírez ha considerado que: *“En resumen, aparte de su contenido originario de servir como técnica protectora de los derechos del hombre, el amparo ha recibido entre nosotros, con el transcurso del tiempo, las siguientes funciones adicionales o accesorias:*

1a. Defensor del sistema federal, impidiendo las invasiones de la esfera federal en la local y viceversa, cuando la invasión se resuelve en perjuicio de un individuo.

2a. Defensor de la parte orgánica de la Constitución, cuando la infracción de la misma se traduce en infracción de una garantía individual.

3a. Defensor de la correcta aplicación de la ley en los juicios civiles, penales, administrativos, y laborales, a través de la garantía individual consignada en el artículo 14.

4a. Defensor de las garantías individuales que en materia penal consagra directa y expresamente la Constitución.

5a. Defensor del particular frente a la administración pública, en proceso sustitutivo del contencioso-administrativo.

La variedad y a veces la antinomia de esas funciones, recobran en la finalidad del amparo el principio de su unidad. El amparo nació para proteger al ser humano en sus derechos fundamentales, entre ellos su dignidad como persona y su autodeterminación como ser libre, frente al comportamiento arbitrario de la autoridad, investida de la facultad de mando y de la fuerza pública."¹⁴⁵

Así las cosas, el amparo, institución, derecho, juicio o recurso, que son algunas denominaciones que han pretendido desentrañar su naturaleza, sirve a tres fines esenciales:

- 1.- Como juicio para el control de la legalidad;
- 2.- Como juicio para el control de la constitucionalidad;
- 3.- Como instrumento para mantener el equilibrio de los poderes públicos.

Esta clasificación, nos permite aseverar que el juicio de amparo es de gran utilidad para realizar una serie de tareas de primer orden en nuestro país. Para los propósitos de la presente investigación, nos parece oportuno establecer cuáles son los alcances y la dimensión efectiva del juicio de garantías en estos tres ámbitos de su aplicación.

¹⁴⁵ Tena Ramírez, Felipe. "La función del amparo mexicano en la protección internacional de los derechos humanos", en *Antología de clásicos de los Derechos Humanos*, Tomo II. C.N.D.H. México, 1993. p. 487

En el primer caso, las hipótesis normativas previstas por los artículos 103 y 107, así como por la Ley de Amparo, muestran en términos generales los supuestos en que procede la interposición del juicio de amparo. Claramente se advierte que el juicio de garantías tiene, en principio, la finalidad de mantener el ejercicio del poder público en el marco de la legalidad; al respecto, el rico contenido de los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna, prescribe de manera expresa un principio añejo consolidado en el sistema jurídico mexicano. Id est. "*Las autoridades solo pueden hacer lo que la ley expresamente les faculta*"; a contrario sensu, "*ninguna autoridad puede hacer lo que la ley no le faculta*". Esta prescripción que es una regla de oro en la relación gobernantes-gobernados, da muestra cabal del quid del juicio de garantías; la procedencia de éste, su justificación y ratio esendi, se encuentran en la exigencia elemental de que cada órgano del Estado se adecue de manera inexcusable a lo señalado por las normas jurídicas que regulan su actuación.

En este sentido, la defensa del principio de legalidad, viene a ser la justificación esencial de todo juicio de amparo, enderezado en contra de cualquier autoridad que no ciña su actuación a las disposiciones legales que norman su desempeño. En principio, el orden normativo inscrito en los diversos niveles de la pirámide kelseniana, señala cual es la relación jerárquica existente entre distintas normas jurídicas; ahora bien, además de acatar esta gradación jurídica, los titulares de los órganos estatales, tienen la indefectible obligación de respetar y cumplir con las leyes que han *creado* a esos órganos, así como con aquellas que *regulan* su ámbito competencial.

Desde luego, es irrefutable que la gran mayoría de los juicios de amparo que se ventilan ante los Tribunales Colegiados y Juzgados de Distrito, derivan de inconformidades planteadas por los gobernados que tienen que ver con aspectos de legalidad. A pesar de ello, es importante advertir que las cuestiones de legalidad se plantean incluso desde la interposición de los recursos ordinarios previstos en las leyes aplicables a los casos particulares de que se trate; en más, los procedimientos previstos en los códigos y leyes ordinarias, prevén el imperio de la legalidad, durante el desarrollo de la secuela procesal; de aquí deriva la obligación a cargo de los tribunales de observar el debido proceso legal y la concomitante garantía del gobernado a ser oído por la autoridad competente; como se ve, el principio de legalidad antes aludido, está presente en todos los casos que cotidianamente se exponen ante los órganos

estatales, a fin de que el gobernado encuentre respuesta a sus demandas de las más variadas materias.

Cuestión aparte es la relativa al control de la constitucionalidad; en este caso, el juicio de amparo adquiere una dimensión de auténtico instrumento para la defensa de la Constitución. Se afirma lo anterior, porque al no existir un verdadero sistema de control constitucional en nuestro país, la activación del juicio de garantías, sirve a los altos propósitos de mantener incólumes los preceptos de la Carta Magna frente a los actos de autoridad que vulneran su contenido.

Al margen y más allá de la forma en que se plantean estas cuestiones, nos parece interesante referir que no obstante que el juicio de amparo se ha erigido en la institución paradigmática en este campo, sus limitaciones han hecho necesaria la creación de otras que inciden definitivamente en este quehacer de primera importancia.

A nadie escapan los argumentos esgrimidos no sólo por algunos autores, sino también por quienes viven la práctica del juicio de garantías, en el sentido de que aunque inicialmente fue pensado para la defensa pronta y expedita de los gobernados, al ir evolucionando se ha vuelto altamente técnico e incluso ha sido calificado como un procedimiento elitista al que tienen acceso muy pocos gobernados. Sin duda, estas afirmaciones entrañan un grave retroceso para la institución en comento y obviamente, para la justicia mexicana.

Con todo lo anterior podemos preguntarnos, ¿en qué medida el juicio de amparo constituye un instrumento eficaz para el control de la constitucionalidad y por ende, para la defensa de la Constitución?

Al respecto, nos permitimos señalar que dos reformas constitucionales han sido particularmente relevantes. Nos referimos a las reformas de 1987 y 1988, así como a la de 1994 que modificaron sustancialmente las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los alcances de nuestro juicio de garantías.

La de los años 1987 y 1988, como sabemos, pretendió descargar el trabajo que tenía la Suprema Corte de Justicia de la Nación al reservar a su conocimiento exclusivo los asuntos que versaran sobre cuestiones de constitucionalidad,

dejando a los Tribunales Colegiados la tarea de conocer en última instancia las cuestiones de legalidad. En este sentido, un estudioso de la materia, ha dicho que: *“La reforma constitucional y legal de 1987/88 da un paso más en esta dirección, al conferir a la Corte el conocimiento exclusivo de los asuntos de constitucionalidad, mientras que los Tribunales Colegiados, se convirtieron prácticamente en la última instancia en asuntos de legalidad. Sin embargo, se le otorga a la Corte la facultad discrecional de atracción de los amparos de especial trascendencia y también la importantísima tarea de unificar la jurisprudencia.”*¹⁴⁶

La de 1994, según se ha dicho, convirtió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un auténtico Tribunal Constitucional, ya que además de la reestructuración orgánica que sufrió la Corte, le atribuyó el conocimiento exclusivo de las asuntos relativos a las controversias constitucionales y a las acciones de inconstitucionalidad. Al respecto, hay una importante idea sobre el sentido que actualmente tiene nuestro juicio constitucional. Fix Fierro ha vertido el siguiente comentario: *“Por último, la reforma de 1992/95 amplía, consolida y refuerza la naturaleza de la Corte como tribunal constitucional, pero lo hace dando pasos importantes en dirección hacia el modelo austriaco o europeo, configurándose un sistema mixto no exento de ambigüedades y problemas. Los principales pasos en esa dirección son: la reducción del número de ministros a once... la creación del Consejo de la Judicatura Federal... el conocimiento exclusivo y concentrado por la Corte, de las controversias constitucionales y, sobre todo, de las acciones de inconstitucionalidad de tipo abstracto; la posibilidad de anulación, con efectos generales, de las normas declaradas inconstitucionales.”*¹⁴⁷

Tratándose del control de la constitucionalidad, nos parece pertinente expresar que el juicio de amparo ha resultado ser una medida adecuada, si bien es cierto, no ha tenido la eficacia deseada, pues los recursos de revisión intentados al efecto, no llegan al extremo de incidir decisivamente en el acatamiento puntual del texto de la norma fundamental. Por eso, se hizo necesaria la creación de

146 Fix Fierro, Héctor. “Defensa de la constitucionalidad”, en *La reforma constitucional en México y Argentina*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México. 1996. p. 44

147 *Ibidem*. p. 45

otros mecanismos, como la acción de inconstitucionalidad que puede incluso desembocar en una resolución que deje sin efectos a la norma jurídica estimada inconstitucional.

Es preciso señalar que derivado de los efectos relativos de la sentencia de amparo, el control de la constitucionalidad se encuentra actualmente en una fase de reacomodo, pues incluso, como ya lo expresamos, se han ideado otras instituciones a fin de contar con los elementos idóneos, útiles y efectivos para hacer del acatamiento a la Constitución, el principio rector de la actuación de todas las autoridades del país.

Luego entonces, argumentos como los relativos a la existencia de facultades discrecionales, no pueden esgrimirse con éxito por los titulares de los órganos del Estado; ni siquiera en el caso de las facultades extraordinarias que pueden ser otorgadas al Ejecutivo federal en los supuestos previstos por el artículo 29 constitucional, porque aún bajo esta circunstancia, las prescripciones de nuestra Lex legum, son claras y precisas, y deben atenderse de manera puntual, sin excesos ni deficiencias.

Algo sin duda importante, es que el juicio de amparo ha conservado dos de sus características más representativas: que deba promoverse a instancia de parte y la referente a la relatividad de la sentencia.

Esta última, también conocida como fórmula Otero, ha sido objeto de algunos cuestionamientos en fechas recientes. Tan es así que incluso se ha llegado al grado de sostener que los casos en que una sentencia de amparo resuelva la inconstitucionalidad de una ley, ésta debe surtir efectos erga omnes. Sobre el particular, el maestro Fix Zamudio ha dicho: *“Nos atrevemos a proponer que cuando el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país establezca en jurisprudencia obligatoria, con los requisitos y condiciones que señala el artículo 192 de la Ley Reglamentaria del juicio de Amparo, que determinado precepto es inconstitucional, el quinto fallo se publique en el Diario Oficial de la Federación y a partir de ese momento dicha disposición legal quede sin efecto para el futuro, sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales surgió la cuestión respectiva.”*¹⁴⁸

Por último, tratándose del denominado amparo-soberanía, el juicio en análisis ha demostrado ser una vía eficaz para el mantenimiento del equilibrio entre

los poderes del Estado. En este caso, según lo señalan las fracciones II y II del artículo 103 constitucional, puede acudir en demanda de amparo cuando el ámbito competencial de algún órgano estatal ha sido vulnerado. Sin duda, es ésta una de las facetas de mayor interés del juicio de amparo. Como se ve, la institución heredada de Rejón y Otero, ha evolucionado hasta el grado de que la justicia federal puede amparar incluso a entidades de interés público a las que la ley y la propia Carta Magna les han reconocido un espacio determinado de competencia y atribuciones para actuar y querer en nombre del Estado.

En esta tesitura, el amparo debe ser merecedor de la mayor de las atenciones. Actualmente, mucho se ha hablado de la necesidad que tenemos de que esta institución sea revisada, para garantizar mejor sus efectos. Incluso el denominado amparo-social, demanda una acuciosa revisión para demostrar su utilidad en la defensa de los derechos de los grupos sociales de nuestro país. Creemos que el amparo debe evolucionar y ajustarse al tiempo que vivimos; las ideas de algunos juristas, quienes siguen sosteniendo que la fórmula Otero debe permanecer inalterada o de quienes incluso sostienen la tesis ya superada de que declarar la nulidad de una ley representa una invasión al ámbito de competencia del órgano legislativo, resultan cada día menos defendibles.

Sobre lo que estamos comentando, un autor ha señalado lo siguiente: *“Lo que en verdad persigue el Poder Judicial Federal, es impedir que una autoridad se salga del cuadro de sus atribuciones constitucionales. Conservar incólume la supremacía de la Constitución a condición de que sea mediante un agravio individual que motive el planteamiento de la demanda y una sentencia que resuelva la controversia sin hacer declaraciones generales, sino únicamente aplicada al caso particular sometido a su consideración, amparando o negando la protección constitucional siempre y cuando no se presente algún motivo de sobreseimiento a que se refieren los artículos 73 y 74 de la Ley de Amparo, es decir, sin que en los puntos resolutivos de la sentencia, se condene a la autoridad responsable.”*¹⁴⁹

148 Fix Zamudio, Héctor. “La declaración de inconstitucionalidad”, en *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. U.N.A.M. México, 1993. p. 193

149 Rosales Aguilar, Rómulo. *Formulario del juicio de amparo*. Edit. Porrúa. México, 2000. p. 5

Desde luego que no podemos compartir en toda su extensión, el contenido del párrafo arriba citado; si bien es cierto que el juicio de amparo, permite el control del poder público entre las diversas instancias de gobierno, nos parece muy delicado considerar como conditio sine qua non la exigencia de que deba existir un agravio individual que sirva para poner en movimiento al órgano jurisdiccional federal. Aunque en los términos en que actualmente están redactados los artículos que prescriben la procedencia del juicio de garantías, esto resulte indiscutible, no podemos aceptar que este requisito de procedibilidad, siga enquistado en la Ley de Amparo y menos aún, que se utilice como argumento para la defensa de la supremacía constitucional.

En cuanto al amparo-soberanía, consideramos que en todo caso, debe ser avizorado como un instrumento útil en la defensa de la Constitución, pero con efectos limitados. Ante la imposibilidad de que nuestro juicio de garantías sirva de manera completa a la defensa de la Constitución, ha sido necesario crear otros instrumentos de carácter jurídico-constitucional que vengan a colmar los resquicios que el amparo no ha podido llenar. De acuerdo con esto, podemos afirmar que quienes han seguido sosteniendo que el juicio constitucional es suficiente para cumplir con este importante cometido, no han comprendido que la defensa de la Constitución que entraña al mismo tiempo, la defensa de las garantías y el mantenimiento del equilibrio entre los distintos ámbitos del poder público, es mucho más que eso; significa también la posibilidad de controlar en el ámbito de la constitucionalidad la prolífica actividad legislativa y por supuesto, las incontables reformas a nuestra Carta Magna, además de controlar y vigilar a quienes ejercen el poder público.

No podemos dejar de señalar que este escenario exige mesura y altas dosis de responsabilidad por parte de nuestros legisladores. Una reforma a los preceptos constitucionales que versan sobre este tópico, deberá tomar en cuenta la impronta del legado histórico de quienes hace más de ciento cincuenta años, idearon una institución magnífica, sólida y generosa; pero también exigirá visión y talento para advertir en el presente las demandas de una sociedad futura que no podrá vivir con instituciones preocupadas más por la forma que por el fondo o que pretendan descubrir en irreflexivas reformas constitucionales la esencia de un pueblo, cuya savia vital alimenta y mantiene viva a nuestra Constitución desde sus orígenes.

El Procedimiento de Investigación de la Suprema Corte de Justicia

Vimos ya que el juicio de amparo, tiene una fuerte presencia en el *universum iuris* como garante de la normalidad constitucional, a través del control de legalidad y, asimismo, mediante el control de la constitucionalidad de los actos de las autoridades de cualquier nivel o área de la administración pública federal, estatal y municipal.

En los comentarios vertidos sobre el control del poder a través el juicio de amparo, dejamos al descubierto las finas hendiduras que adolece este instrumento procesal-constitucional. Por esta razón, al estimarse necesario, fue introducido el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el propósito de que el más alto Tribunal pueda ordenar la investigación de algún hecho que constituya una grave violación de alguna garantía individual o para averiguar la conducta de algún juez o magistrado federal, así como las posibles violaciones al voto público en los casos en que a su juicio pueda ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión.

No podemos dejar de mencionar los claros desatinos a que se contraen los párrafos segundo y tercero del artículo 97 de nuestra Constitución que contienen el citado procedimiento. Sin abundar en un análisis profundo del numeral en cita en la parte que nos interesa, es evidente la ligereza con que el legislador introdujo estas extrañas atribuciones de la Corte.

Nos permitimos hacer estos señalamientos, porque además de su ineficacia práctica, el procedimiento investigatorio de la Corte, plantea tres escenarios para su posible instrumentación, mismos que presentan visibles inconvenientes de diversa naturaleza.

En este sentido, el procedimiento en análisis, puede plantearse en los siguientes casos:

1.- Para averiguar algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual;

2.- Para solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal; y

3.- Para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pueda ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión.

Resulta evidente que el supuesto arriba anotado con el número uno, está afectado por cierta vaguedad e imprecisión. En primer término, no señala qué hechos, ni atribuibles a quién, le es posible averiguar a la Corte; al no existir acotamiento alguno, podemos estimar como muy riesgosa esta facultad que podría dar lugar a una invasión de competencias, generando más problemas que por cierto deben ser resueltos de acuerdo con lo prescrito por el artículo 103 de nuestra Constitución. Por otra parte, habría que preguntarnos qué debe entenderse como una violación grave de alguna garantía individual. Este espectro tan amplio de posibilidades, nos puede permitir incluso la afirmación de que casos de violaciones graves como los que a diario acontecen en los entornos rurales del país, donde las garantías de los indígenas son desconocidos y pisoteados, deberían ser una tarea de capital importancia para la Corte. En este supuesto, debemos decir que la tarea de nuestro máximo Tribunal, está orientada hacia funciones de otra naturaleza; por lo tanto, esta facultad sale sobrando, porque además rompe el esquema de sus atribuciones cardinales.

Parecido comentario podemos hacer del segundo supuesto normativo antes señalado. Es más, el procedimiento de investigación a que se refiere esta hipótesis, nos parece incluso desafortunado; no hacía falta calificar con otro nombre un “procedimiento de investigación previa” que además de estar previsto por la legislación administrativa para los casos de responsabilidades de esta naturaleza, no puede tener lugar para el simple hecho de averiguar la conducta de algún juez o magistrado federal; para el caso de que la conducta de alguno de estos, pueda ser constitutiva de delito, existen también los procedimientos mediante los cuales es posible someter al conocimiento del órgano procurador de justicia estas irregularidades.

En el caso señalado por el tercer supuesto, nos encontramos ante una aberración legislativa de dimensiones mayúsculas, en la que es patente la total

ausencia de técnica legislativa y, por supuesto, del precontrol constitucional tantas veces invocado. ¿En qué se basa la afirmación de que la Corte -que integra uno de los tres poderes del Estado-, con una función constitucional definida, pueda '*practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público*'?; ¿dónde quedan entonces la autoridad y las atribuciones del Tribunal Federal Electoral? La contradicción entre el tercer párrafo del artículo 97 y el contenido del 99, ambos de la Carta Magna de nuestro país, ya fue resaltada en los párrafos que preceden. Empero, es pertinente decir que las cuestiones de tipo electoral, de acuerdo con el principio de legalidad debe ser conocidas y resueltas por el Tribunal Federal Electoral. Así lo señala el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "*El Tribunal Federal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.*"

Como se ve, el procedimiento de investigación de la Corte, debe ser revalorado, analizado y, en todo caso, puesto en concordancia con las demás instituciones del derecho procesal constitucional. El doctor Fix Zamudio, ha escrito al respecto lo siguiente: "*Debemos destacar que dicho párrafo tercero del citado artículo constitucional debe considerarse una modificación desafortunada, ya que el ejercicio de dicha facultad sería inviable políticamente, pues aún cuando se traduce en un simple dictamen, se privaría de legitimidad a los titulares de alguno de los poderes de la Unión (presidente de la República o los diputados y senadores del Congreso Federal), y además debe considerarse inaplicable en la actualidad ya que la declaración de los legisladores y del jefe del Ejecutivo que resultaron electos debe hacerla el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con las reformas de 1993 y 1996 al régimen electoral federal.*"¹⁵⁰ De acuerdo con lo que aquí hemos citado, esta disposición jurídica debe ser derogada.

150 Fix Zamudio, Héctor. "Evolución del control constitucional en México", Op. cit. p. 101

Las Controversias Constitucionales

Otra relevante institución del derecho procesal constitucional, es la prevista por el artículo 105, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; las llamadas controversias constitucionales están incluidas en el texto constitucional con el propósito de dirimir los problemas que con excepción de los que se refieran a la materia electoral, se presenten entre los órganos del Estado de los tres niveles de gobierno.

Sin duda, las controversias constitucionales son una valiosa herramienta para el mantenimiento del orden constitucional, así como para asegurar el respeto al ámbito competencial de los órganos de distinto ámbito o jerarquía. Brevemente podemos decir que esta institución no ha sido aprovechada en toda su potencialidad, pues no son pocos los casos en que pueden presentarse las hipótesis previstas por los once incisos que conforman la fracción I del artículo en cita; sin embargo, apenas recientemente, las controversias constitucionales se han ido intentando cada vez más por los sujetos legitimados, como puede advertirse en el escenario de estas difíciles relaciones entre instancias del poder público.

Al respecto, en una obra profusamente documentada, el doctor González Oropeza ha desentrañado la naturaleza de esta institución. Luego de hacer un repaso histórico sobre el desarrollo de las controversias entre la Constitución y la Política, el autor citado ha escrito lo siguiente: *“Lo anterior demuestra que a partir de la Constitución, su exégesis debiera presentar confusión, sólo por lo que respecta al concepto de conflicto político, puesto que el constituyente y los antecedentes mencionados en este trabajo dejan claramente establecido el concepto de controversia constitucional, como aquel derivado de un problema competencial y de una disputa en la interpretación de las atribuciones de los poderes de un estado o de éste con la federación.”*¹⁵¹

151 González Oropeza, Manuel. *Las controversias entre la Constitución y la Política*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1993. p. 38 Cfr. en la misma obra, el famoso “caso Oaxaca” de 1932 que ilustra de manera fehaciente la naturaleza de las controversias constitucionales.

Como se ve, en el centro de este debate, no puede ubicarse un problema derivado de aspectos electorales; las controversias constitucionales tienen que ver con cuestiones de competencia, como bien lo señala el doctor González Oropeza; tienen lugar entre centros de poder, no entre quienes aspiran a detentarlo; por eso también, puede plantearse como una cuestión de interpretación y determinación de las atribuciones de los órganos del Estado, de sus entidades federativas y entre las atribuciones de cualquier estado miembro con la federación.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que así como las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, prevén la procedencia del juicio de amparo para el control del poder del Estado, también las controversias constitucionales, por distinta vía, pueden ser útiles para conducir en el marco constitucional-legal de sus atribuciones, el desempeño de los órganos estatales en sus relaciones verticales y horizontales durante el ejercicio del poder público.

A pesar de lo aquí señalado, las controversias constitucionales no son invocadas de manera constante para restaurar el ámbito competencial violado. Es interesante acotar que este procedimiento, es viable únicamente cuando es intentado por órganos del Estado que detentan un espacio del poder público. Algo adicional en esta tesitura, es que los sujetos legitimados para interponer las controversias constitucionales son órganos del Estado, nunca personas individualmente consideradas.

Así las cosas, el instrumento procesal constitucional en comento, sí puede representar una opción real para la defensa de la Constitución por la vía del control del poder público. Es preciso, sin embargo, insistir y resaltar el esperanzador contenido del penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 de nuestra Constitución Política que señala: *“Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.”*

La Acción Abstracta de Inconstitucionalidad

Contenida en la fracción II del artículo 105 constitucional, esta institución es la que con mayor claridad apunta hacia la defensa de la Constitución, mediante el mantenimiento de la congruencia entre la *Lex legum* y las *normas de carácter general*, según las denomina el numeral en comento.

El artículo invocado dice que la Suprema Corte podrá conocer: *"De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución."*

La acción de inconstitucionalidad, fue introducida en nuestra Constitución a partir de las reformas del 31 de diciembre de 1994. Una explicación sobre sus antecedentes ha sido aportada por el maestro Fix Zamudio, en estos términos: *"En efecto, esta institución surgió en el derecho constitucional europeo con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (cortes, tribunales constitucionales e inclusive el Consejo Constitucional francés), las disposiciones aprobadas por la mayoría parlamentaria especialmente en Austria, República Federal de Alemania, España, Francia y Portugal."*¹⁵²

Vistos los precedentes de la acción de inconstitucionalidad, resulta relevante decir que en Europa, este mecanismo puede ser intentado como una acción para el precontrol constitucional; además, también puede ser interpuesta a posteriori, es decir, cuando la norma general combatida ya ha sido promulgada.

En México, de acuerdo con lo previsto por nuestra Carta Magna, las acciones de inconstitucionalidad solamente pueden ser interpuestas una vez que la norma ya ha sido promulgada. Esto significa que la acción en análisis, tiene lugar en un sistema de control de la constitucionalidad donde no es posible hacer observaciones y menos aún oponerse a los términos en que la norma general ha sido presentada para su discusión y aprobación por parte del órgano legislativo. Con esto volvemos a insistir en que el precontrol constitucional no existe en México.

¹⁵² Fix Zamudio, Héctor. "Evolución del Control Constitucional en México", Op. cit. p. 106

Es preciso que la norma jurídica aprobada, sea promulgada, para que dentro del término de treinta días naturales siguientes a la fecha de su publicación, las entidades legitimadas puedan ejercitar la acción correspondiente a fin de anular los efectos de la norma general, cuyo texto se estime contrario a la Lex fundamentalis.

En este mismo orden de ideas, merece destacarse el hecho de que solamente determinados órganos estatales (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Senado, Asamblea de Representantes del Distrito Federal, Legislaturas locales, Procurador General de la República) con un porcentaje del treinta y tres por ciento de sus miembros -con excepción obviamente del Procurador General de la República- y los partidos políticos, pueden accionar este importante medio de control constitucional. Es más, ni siquiera todos estos sujetos legitimados pueden ejercitar la acción de inconstitucionalidad, en todos los supuestos previstos por la Constitución y la Ley Reglamentaria de la materia. Para poner sólo un ejemplo, esta acción puede ser intentada por el treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, pero solamente en contra de las leyes expedidas por la propia Asamblea.

La acción de inconstitucionalidad desde este punto de vista, puede explicitarse de la manera siguiente, a partir de una aportación de un investigador en este campo: *“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:*

	33%CD	33%CS	33%Lgra	33% D.F	PGR	PP*
<i>Ley Federal</i>	<i>si</i>	<i>si</i>	<i>no</i>	<i>no</i>	<i>si</i>	<i>si</i>
<i>Ley Estatal</i>	<i>no</i>	<i>no</i>	<i>si</i>	<i>no</i>	<i>si</i>	<i>si</i>
<i>Tratados int.</i>	<i>no</i>	<i>si</i>	<i>no</i>	<i>no</i>	<i>si</i>	<i>no</i>
<i>Ley del D.F.</i>	<i>no</i>	<i>no</i>	<i>si</i>	<i>si</i>	<i>si</i>	<i>si</i>

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

* 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.¹⁵³

La acción abstracta de inconstitucionalidad, según la ha llamado el doctor Fix Zamudio, sin duda, merece ser reconocida como un serio intento por mantener el orden constitucional, evitando que leyes inconstitucionales y hasta atentatorias al contenido de la Norma normarum, se erijan en letra que obligue a su cumplimiento.

De este tenor es el punto de vista que a continuación citamos: "Siendo indudable que México avanza hacia una pluralidad creciente, otorgar a la representación política la posibilidad de recurrir a la Suprema Corte de Justicia para que determine la constitucionalidad de una norma aprobada por las mayorías de los congresos, significa, en esencia, hacer de la Constitución el único punto de referencia para la convivencia de todos los grupos o actores

¹⁵³ Brage Camazano, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. U.N.A.M. México, 1998. p. 136

*políticos. Por ello, y no siendo posible confundir a la representación mayoritaria con la constitucionalidad, las fuerzas minoritarias contarán con una vía para lograr que las normas establecidas por las mayorías se contrasten con la Constitución con el fin de ser consideradas válidas.*¹⁵⁴

A pesar de esto, las acciones de inconstitucionalidad tienen solamente un efecto reparador; catalogadas en el mismo estante de las *acciones de reparación* que hemos venido mencionado, estos procedimientos deben ser redimensionados, a fin de valorar la pertinencia de incluirlos en una necesaria reforma constitucional, en el ámbito de las acciones de precontrol constitucional-legislativo. Con esto, sin duda, se evitaría la promulgación de innumerables disposiciones jurídicas de segundo nivel, es decir, leyes ordinarias que rayan en el absurdo, no sólo de apartarse de la constitucionalidad, sino lo que es más grave, de incluir en su texto disposiciones contrarias a la *Lex fundamentalis*; lo cual, en estricta técnica legislativa, conlleva una indefendible desviación del espíritu de la Constitución, más allá de los alegatos dogmáticos que puedan esgrimirse sobre el respeto irrestricto que debe observarse hacia las funciones y quehaceres de los órganos que integran la *trilogía funcional del poder*.

El Juicio Político

Hemos querido reservar para la parte final de este capítulo, algunos comentarios que son reflexiones al mismo tiempo, sobre un tema tradicionalmente considerado intocable en nuestro país. Nos referimos a la casi imposible tarea de fincar responsabilidades a los titulares de los órganos del Estado.

En este campo, tal parece que entre mayor sea la jerarquía del gobernante o funcionario, asimismo crece su margen de impunidad. Los dos tipos de responsabilidad que de acuerdo con nuestra legislación es procedente imponer a los gobernantes, no alcanzan los más elevados niveles dentro de la pirámide

¹⁵⁴ Fix Zamudio, Héctor y Cossio Díaz, José Ramón. *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*. F.C.E México. 1999. p. 588

de poder que es el Estado. Bien sabemos que tanto la doctrina como el derecho positivo han consagrado la institución del fuero para envolver con un manto protector las actividades de funcionarios del más alto nivel, a fin de que puedan desempeñar sus tareas sin la intromisión de los particulares que sin duda, los distraerían con incontables demandas y juicios que deberían ser atendidas en detrimento de sus importantes funciones.

Varios autores se han ocupado de esta problemática que sin embargo, sigue pesando en el escenario nacional como una de las tareas pendientes en la necesaria reforma constitucional, habida cuenta de las deudas e impunidades que se han endosado a nuestro país por ineficientes servidores públicos (como ahora se les llama), en su gran mayoría corruptos e insensibles a las demandas colectivas.

Sin embargo, esta problemática no es reciente; hasta nuestros días llegan los ecos del pensamiento de un autor que señaló con pasión lo absurdo e insostenible de los privilegios embozados en el fuero. Así lo expresó: *“Empero, los privilegios subsisten y la sociedad clama por su abolición, porque el fuero constitucional no es impunidad y debe mantenerse únicamente para garantía de las instituciones nacionales. El alto funcionario que escandaliza, que ultraja a los demás, que valido de su investidura viola los reglamentos de la policía y trastorna el orden público; aquel que por su conducta se hace acreedor al desprecio de sus semejantes, en los casos en que infrinja la Ley Penal o los reglamentos gubernativos, debe quedar sujeto, incontinenti, a la acción de la autoridad como lo sería cualquier persona, y especialmente en los delitos flagrantes, porque en realidad, no se quebranta la función parlamentaria, porque a uno de los altos funcionarios que ha intervenido en un escándalo público, se le conduce ante la autoridad para que explique su conducta, sino antes bien, se agiganta ante los ojos del pueblo por el respeto que tiene a la ley y la consideración de sus conciudadanos.”*¹⁵⁵

Ahora bien, debemos decir que la definición de lo que debe entenderse por servidores públicos, está contenida en el artículo 108 de nuestra Constitución

155 González Bustamante J.J. *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*. Edit. Botas. México, 1946. p. 112

Política; sin embargo, esta lista enunciada en *numerus clausus*, no aporta claridad en relación con lo que nos interesa. Por eso, a falta de mayor precisión sobre la definición de servidor público para efectos de su responsabilidad, la doctrina se ha aproximado en voz de uno de los más destacados administrativistas, quien ha dicho: *"Por último, se ha señalado como una distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado la de que el primero supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concurra a la formación de la función pública."*¹⁵⁶

En consonancia con lo anterior, aún cuando el artículo 108 comprende en la definición de servidores públicos a *toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral*, resulta irrefutable que tácitamente obra una distinción entre los servidores públicos (funcionarios) de primer nivel y los servidores públicos (empleados) de menor jerarquía.

A pesar de que la Constitución incluye inicialmente a todos los servidores públicos en el apartado sobre las responsabilidades de éstos, consideramos conveniente decir que los servidores públicos o funcionarios de primer nivel, enunciados por la Constitución, están sujetos a un régimen de responsabilidad distinto al de los empleados o servidores públicos que tienen asignadas tareas de orden secundario. Aún cuando el artículo 108 en análisis, no tenga la redacción más afortunada, nos permitimos señalar que la responsabilidad a que alude el Título Cuarto de nuestra Ley fundamental, está enfocada hacia una responsabilidad *sui generis* que aunque de entrada puede identificarse con la responsabilidad administrativa y penal que es común imponer a servidores públicos de nivel medio o a quienes se desempeñan en los más modestos cargos públicos, en ningún caso puede subsumirse en esta clase de responsabilidad, porque su telos es otro; el substratum que sostiene a la responsabilidad de tipo político tiene una composición más fina, más delicada, pero por supuesto, de mayor trascendencia.

¹⁵⁶ Fraga, Op. cit. p. 130

Nuestra crítica está dirigida primordialmente hacia la notoria vaguedad e imprecisión que es fácil advertir en la redacción de los siete artículos que conforman el Título sobre las responsabilidades de los servidores públicos. Particularmente los numerales 108, 110 y 111, demandan con urgencia una revisión a fondo, para hacer posible, y viable desde el punto de vista jurídico, la instauración de los procedimientos correspondientes, así como la imposición de las sanciones que conforme a derecho procedan, a los funcionarios públicos investidos de fuero constitucional.

Esta afirmación no carece de sentido ni resulta ociosa. Para destacar una sola de las imprecisiones que hemos notado en el texto constitucional, basta con señalar que en la redacción del párrafo tercero del artículo 108, el juicio político se encuentra bifurcado, ya que por un lado se habla de responsabilidad *por violaciones a la Constitución y a las leyes federales* y, por el otro, destaca la referencia al *manejo indebido de fondos y recursos federales*, como si esta última hipótesis tuviera la misma naturaleza que la señalada en primer término.

Indiscutiblemente, el juicio político necesita ser reorientado, para convertirlo en auténtico adalid de la defensa de los derechos de los gobernados (no como particulares que para eso está el juicio de amparo, sino como entidad colectiva que encarga o “contrata” según la terminología recientemente utilizada, a quien ha de gobernar y administrar su patrimonio común). En consecuencia, el juicio político deberá convertirse en instrumento formidable para la defensa de la Constitución, como puede entenderse a partir de nuestra elaboración doctrinal sobre las construcciones geométricas de Kelsen y Stein que abordaremos en el siguiente capítulo.

Por lo pronto, nos parece oportuno centrar nuestro análisis sobre las hipótesis normativas contenidas en los artículos 110 y 111 constitucionales, en relación con la denominada declaratoria de procedencia y la intervención del jurado de sentencia. Con las salvedades anotadas con antelación, podemos decir que una y otra de las instancias en comento, participan en una tarea de suma importancia en el mantenimiento del orden orgánico-constitucional dentro de los límites impuestos por la propia Constitución.

Empero, uno de los grandes obstáculos para el funcionamiento óptimo del juicio político, es que corresponde precisamente a uno de los órganos de la *trilogía funcional del poder*, erigirse en la instancia jurídica facultada para

determinar tanto la procedencia del enjuiciamiento, como para resolver en definitiva e imponer las sanciones previstas en el Título Cuarto de la Constitución General de la República.

En nuestro criterio, no es lo más recomendable que uno de los tres poderes, es decir, un órgano creado de primer nivel, juzgue a los miembros de los otros poderes e incluso, intervenga conociendo los actos de servidores públicos de otro nivel como es el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 110 constitucional. Creemos que al intervenir el poder legislativo en asuntos de este cariz, se desnaturaliza su función esencial y primaria. Esta afirmación debe tomarse obviamente en su justa dimensión, porque tampoco compartimos la idea de que en la praxis, necesariamente deban empatarse los aspectos formales de la competencia, con la estructura material que define el quid de cualquiera de los órganos estatales.

En este orden de ideas, el órgano que dictamina sobre la procedibilidad del juicio político, se enfrenta a una problemática que supera el ámbito de lo estrictamente jurídico, para ubicarse en el terreno de los debates políticos y de la lucha por el poder; por eso es que resulta tan difícil adentrarse en esta materia, donde la responsabilidad política, se pretende imponer con criterios que corresponden a otras materias de naturaleza tan distinta y hasta ajena. A nuestro parecer, los juicios penales y los procedimientos administrativos que previo el desafuero se siguen en contra de los servidores públicos de primer nivel, deberían ser catalogados en un orden distinto en el que no se requiera la intervención del legislativo para determinar la procedencia de su instauración.

Desde nuestra perspectiva, la intervención de ambas Cámaras en el ámbito que estamos analizando, debe clausurarse con el limpio afán de hacer que el órgano legislativo no pierda su misión esencial de crear leyes. Al afirmar esto, no pretendemos encajonar en un rígido esquema, las tareas de los órganos primarios del Estado, sino antes bien, procurar que cada cual cumpla de la mejor manera sus atribuciones; por esta razón, el tema de las funciones híbridas ha merecido tantos comentarios a favor y en contra.

Así las cosas, la Cámara que declara la procedencia del juicio político y el gran jurado de sentencia, no son los órganos ad hoc para esta difícil tarea en la que se conjugan factores de tipo político, difíciles de superar. La justicia cualquiera

que esta sea, es decir, aplicada a cualquier materia (en este caso la justicia constitucional) no puede estar sujeta, sometida o condicionada a factores de tipo político; la justicia es un asunto de la mayor envergadura y una tarea sumamente delicada; requiere por tanto, la participación de especialistas en derecho procesal constitucional, no la intervención de legisladores de ambas Cámaras, normalmente elegidos de los grupos de poder que integran o tienen influencia en los partidos políticos que los postulan.

No es extraño que en el Congreso, líderes de membrete -de organizaciones inexistentes o resquebrajadas-, ignorantes y por lo mismo, impreparados, sean los encargados de resolver sobre algo tan trascendental como la procedencia de iniciar juicio “político” a algún funcionario de alto nivel. Para robustecer nuestro punto de vista, nos permitimos expresar algunas consideraciones sobre el particular:

Primera.- No estamos de acuerdo con el argumento de que debe protegerse la actividad de los gobernantes para envolverles con el manto protector del fuero, porque como ya vimos, esta garantía no es sinónimo de impunidad, además de que los procedimientos penales y administrativos, se pueden iniciar, tramitar y resolver sin necesidad de que haya un juicio previo de desafuero; no hay que perder de vista que estas materias, en las que en última instancia se determina sobre la responsabilidad penal y/o administrativa de algún funcionario, nada tienen que ver con el juicio que pretende imponer una *responsabilidad política*. Es necesario, en nuestro concepto, que esta reminiscencia del impeachment norteamericano, sea cuidadosamente revisada y en su caso, modificada para hacer del juicio político mexicano, una verdadera garantía para la defensa de la Constitución y para la sujeción de los funcionarios de primer nivel -y por ende de mayor responsabilidad-, al marco del *universum iuris*, fuera del cual, solamente son concebibles los abusos de poder y la impunidad.

Segunda.- El juicio político es una institución jurídico-política ineficaz, insostenible e indefendible. Nada más evidente que los juicios que actualmente se ventilan en las respectivas Cámaras del Congreso de la Unión, para dar cuenta del atraso que lamentablemente vivimos en esta materia. Al respecto, nos llama poderosamente la atención que los plazos a que se refiere el artículo 114 constitucional, prácticamente dejen la puerta abierta a los titulares de los órganos de primer nivel para poder evadir su responsabilidad.

Tercera.- La responsabilidad administrativa y/o penal de los gobernantes debe acotarse con claridad en la legislación positiva. Si el juicio político a lo más que llega es a imponer una sanción administrativa, no hace falta la intervención del poder legislativo federal para llegar a sancionar a los altos funcionarios, porque existen a nivel federal y en las entidas federativas, las instancias legalmente facultadas para resolver sobre la imposición de alguna sanción administrativa que puede ser desde una amonestación hasta la inhabilitación del servidor público responsable. Seguir dejando en manos del órgano legislativo esta tarea, conlleva tanto el incumplimiento de tan importante función, como la posibilidad, nada improbable de que paralelamente a la resolución del Senado, la Secretaría de la Contraloría pueda imponer una sanción de manera simultánea.

Cuarta.- Tratándose del Presidente de la República, su responsabilidad política mucho más que penal y administrativa, es histórica; pero los gobernados no nos podemos conformar con que el Presidente sea responsable ante el juicio de la historia y al mismo tiempo ante nadie, llegándose al extremo de dejar impunes actos que merecerían un castigo ejemplar.

Los actos metaconstitucionales de los titulares de los órganos primarios, entrañan sin duda, el más artero ataque a la Constitución; porque no se trata en este caso de leyes que contravienen su texto, sino de actos que vacían su contenido o vulneran sus principios. Este debe ser el quid del juicio político, que mejor debiera denominarse *juicio de responsabilidad constitucional*. Con estos comentarios arribamos al capítulo último de la presente investigación, en el que realizaremos un ejercicio de prospectiva para valorar los alcances y posibles repercusiones de la creación de un Tribunal Constitucional. Sus tareas, sin duda, aliviarían una pesada carga que hoy por hoy sigue soportando el Poder Judicial de la Federación, particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que no obstante la creación de instrumentos de derecho procesal constitucional muy avanzados, no acaba de colmar el sensible vacío de la defensa de la Constitución, que a pesar de las múltiples reformas constitucionales sigue siendo incompleta, ineficaz, anacrónica.

De manera concomitante, es preciso que las sanciones administrativas y penales que sea procedente imponer a los funcionarios, sean sustraídas del ámbito del juicio político; éste tiene otros propósitos; su enfoque es distinto; atiende un interés superior que va más allá de destituir o inhabilitar a cualquier

mal servidor público; tampoco el juicio político debe servir para perseguir delincuentes que se escudan en la investidura que les da la potestad del Estado. El juicio político debe ser un poderoso instrumento que lejos de servir a propósitos sectarios que busquen el revanchismo en contra de funcionarios pertenecientes a otros grupos, sirva para mantener firme la vigencia de la Constitución, aún a pesar de la oposición de quienes pretendan desconocerla o conculcarla; tal vez el Tribunal Constitucional pueda responder a esta demanda social que se afianza cada vez más en el alma nacional de nuestra patria, como una exigencia inaplazable de que quienes quieran y actúen en nombre del Estado, sean los primeros y los que con mayor convicción cumplan con su mandato y con sus obligaciones, aunado al respeto irrestricto que deben guardar al texto jurídico que nos permite mirar colectivamente hacia el porvenir.

Capítulo Cuarto

El Tribunal Constitucional

Es innegable que los pormenores de la problemática gestada por las acciones enfocadas hacia la defensa de la Constitución, necesitan ser replanteados para otear sus alcances y su dimensión real, efectiva en la vida colectiva de los mexicanos.

Es posible que algunas de las instituciones del derecho procesal constitucional enunciadas en el apartado precedente, no sólo no sirvan para el propósito que fueron creadas, sino además que su presencia en el texto constitucional, introduzca serios inconvenientes por la cortedad de sus alcances y por lo anacrónico de su instrumentación.

Sin duda, la necesidad que tienen los Estados democráticos en el mundo contemporáneo de contar con los mecanismos pertinentes, adecuados, viables para garantizar el mantenimiento y permanencia de la Constitución, sigue siendo una de las tareas pendientes del constitucionalismo de nuestro tiempo.

No obstante que -como ya lo anotamos en el capítulo precedente-, en diversas latitudes y bajo distintos enfoques, se han ensayado algunos mecanismos de control constitucional, a pesar de ello, podemos estimar que su desarrollo todavía se encuentra abierto a la recepción de las aportaciones de los estudiosos de la materia.

Vimos también cómo la orientación y la tendencia preponderante de los Tribunales y Cortes Constitucionales, se inclina cada vez más hacia su paulatino perfeccionamiento por la vía de la “hibridación”; esto significa que desde hace mucho, la dicotomía de los sistemas austriaco y norteamericano, ha resultado insuficiente para poder garantizar la atención adecuada de las Cartas Constitucionales de los diversos países del orbe.

A estas alturas resulta ya casi incuestionable la necesidad que los Estados tienen de contar con semejantes medios de control, bien sea para prevenir

posibles violaciones a la Carta Magna o ya sea para resarcir las violaciones constitucionales atribuibles a servidores públicos que encarnan la potestad estatal.

Así las cosas, de lo que hasta aquí hemos expuesto, se derivan importantes cuestiones acerca de la forma en que puede resultar más apropiada para el sistema jurídico mexicano la implantación de diversas instituciones o el perfeccionamiento de algunas que ya existen, a fin de que en el marco normativo que regula el desempeño de los múltiples órganos estatales, se pueda arribar a un sistema eficaz, eficiente, legalmente equilibrado que sirva para garantizar la vigencia de los principios torales que animan a nuestra Constitución Política.

Dijimos ya en el apartado precedente que el Tribunal Constitucional, nos parece la institución adecuada para tal propósito. Al margen de las cuestiones que se ventilan en el seno del más alto Tribunal de nuestra patria, hemos creído oportuno manifestarnos a favor de la creación de un Tribunal ex profeso para que desarrolle las tareas que están directamente relacionadas con la defensa y preservación de la Lex legum mexicana.

Los argumentos a favor o en contra que en diversos foros se han expresado en relación con esta propuesta, deben ser retomadas con seriedad, con el fin de establecer cuán pertinente resulta en nuestro suelo contar con una institución de esta envergadura. Sin duda, un nutrido sector de la doctrina y de los profesionales que a diario se desempeñan en la judicatura, en el foro o en la academia, dirá que en el diseño del Tribunal Constitucional propuesto se advierten resabios del tristemente célebre Supremo Poder Conservador¹⁵⁷ que

157 Vid. Tena. *Leyes...* Pág. 210. La redacción de los artículos que integran la Segunda Ley Constitucional de las Bases Constitucionales de 1836, encierra sin duda, una velada sujeción y control de las atribuciones de *la trilogía funcional del poder*. Nótese además, cómo en el numeral 17 de la Ley en comento, los integrantes del Supremo Poder Conservador fueron investidos de providenciales atribuciones, ya que según reza el artículo de mérito: "*Este supremo poder no es responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública y sus individuos en ningún caso podrán ser juzgados ni reconvencidos por sus opiniones.*" Un poder de semejantes dimensiones, resultaba ya para la República que recién se había sacudido el ominoso dominio español, simplemente absurdo e inadmisibile; recordemos que sólo Bodino pudo concretar en la persona del Rey de Francia, un poder omnimodo, absoluto e incontrolado; pero esos eran otros tiempos.

en el siglo XIX, hizo tambalear a las estructuras jurídico-políticas de la República en formación.

Sin embargo, aún a pesar de la oposición de connotados juristas, hay razones suficientes para señalar que tales temores no sólo carecen de fundamento, sino que además, no podemos dejar de señalar que los trasuntos extralógicos tomados del vecino país del norte que marcaron gran parte del siglo XIX, deben hoy ser superados por un ejercicio racional en el que la adopción de instituciones de otros países, exprese la oportunidad de vivir mejor, el espacio para fortalecer la unidad de todos los connacionales, así como para mantener viva la herencia histórica de nuestros próceres.

Sobre esto ya realizamos algunas consideraciones que marcan el férreo enlace, inextricable que hay entre la historia y nuestro presente. Fuera de toda duda, nos parece que el decurso de México en estos años de marcadas transiciones, tiene que ver hacia todas las direcciones; la actitud abierta, receptiva de los mexicanos, debe permitirnos el mejoramiento de las instituciones que nos rigen, el fortalecimiento de nuestro régimen de derecho, así como la consolidación de nuestro proyecto común de nación para los años inmediatos, pero también para los próximos decenios.

Sin romper con el esquema clásico de la tripartición del poder estatal, nos parece que este modelo, recogido en la designación de la trilogía funcional del poder, debe fortalecerse con la presencia de nuevas instituciones que tendrán a su cargo tareas que actualmente no son atendidas con suficiencia por los órganos que hoy conforman la estructura estatal.

Ni en el ámbito federal, ni en el espacio de las entidades federativas, mucho menos en el reducido espacio donde languidecen nuestros municipios, existen la vía jurídica, ni el Tribunal, ni las acciones o instrumentos procesales que hagan posible la defensa y el mantenimiento del statu quo de la Lex fundamentalis de nuestro país.

Es preciso, como ya lo dijimos en otra parte de la presente investigación que la Constitución efectivamente sea suprema. Esta cualidad empero, no deberá ser entendida en la llana perspectiva del formalismo jurídico, para el que la Constitución es, antes que nada, una norma o en el mejor de los casos, un conjunto de normas jurídicas; en este orden de ideas, es imprescindible que la

Constitución pueda ser leída de manera penetrante, más allá de lo que está vaciado en las líneas, párrafos y artículos que la integran.

Una perspectiva más avanzada sobre este tema, ha sido expresada recientemente en la doctrina, bajo la denominación de la *cláusula de los derechos no enumerados* que en su expresión primigenia significa que la Constitución contiene más derechos de las personas que los reconocidos en numerus clausus en su texto. Así lo ha señalado un autor, asesor del Tribunal Constitucional de Perú: *“Precisamente de esta consideración moral del hombre ha de derivarse la propia justificación de aquel conjunto mínimo de derechos o atributos subjetivos con los que ha de contar el hombre, que pueden o no estar detallados en la Constitución, pero que es absolutamente necesario reconocer para que éste pueda desarrollar, responsablemente, su proyecto vital.*

De esta forma, el hombre individualmente considerado, y el respeto de su dignidad, se convierten en la clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que se constituye en el núcleo axiológico legitimizador de cualquier construcción artificial.”¹⁵⁸

Este giro conceptual, nos permitirá una visión de conjunto completa, amplia y suficiente para comprender el verdadero quid de la Ley de leyes. La Constitución no es nada más una ley, una norma jurídica en el sentido expresado por el formalismo jurídico o en el sentido en que se ha tratado por la lógica deóntica. Si por una parte resulta innegable que las normas jurídicas están sujetas a determinadas reglas que establecen su existencia, su validez, su jerarquía y hasta la posibilidad de su derogación, etc., por otro lado, hay que leer con cuidado el contenido de algunos numerales que encierran *cláusulas pétreas tácitas* o no expresas, sobre ciertos tópicos o materias de la Carta Magna de 1917.

158 Carpio Marcos, Edgar. “Cláusula de los derechos no enumerados”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 3, julio-diciembre 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 2000. p. 25

Así las cosas, en una obra reciente el doctor José Ramón Cossío, llevó a cabo un interesante ensayo de contrastación entre las diferentes acepciones que se han formado sobre la Constitución Mexicana. Al respecto, resulta ilustrativo un párrafo que dice: “*El doble origen de la Constitución (histórico-natural y político-social) dio lugar a un texto único que se legitimaba por su doble origen. Debido a su peculiaridades genéticas y materiales, cualquier reforma o adición constitucional goza del influjo originario, de manera tal que todo cambio es la develación de la idea originaria.*”¹⁵⁹ Tan es cierto esto que sin importar la concepción o escuela en la que el estudioso se ubique, es incontestable que ni el decisionismo schmittiano ni el formalismo kelseniano, son suficientes para explicar y entender el substratum de la Constitución. En este caso, ni siquiera el auxilio del historicismo debe tenerse como la llave maestra en el intento por entender a la Constitución y desentrañar sus más recónditos principios y valores.

En resumen, la Constitución es norma jurídica, declaración de anhelos, programa para el porvenir; es expresión sintética de las demandas sociales de un pueblo que tuvo que arrebatar con el fusil lo que en una época de turbulencias le negaron los detentadores del poder, y hasta la ley que siempre tuvo por sacrosanta.

La Constitución en fin, no puede ser dejada a los vaivenes ni a los desatinos de un “órgano” denominado *Constituyente Permanente* de efímera presencia; tampoco puede ser arrojada a la inepticia y los abusos más execrables de los “funcionarios públicos”. Podemos decir que su presencia intemporal y marmórea, hace de la Constitución el más terrible juez de la historia: juez de los hombres (gobernantes, gobernados), de las instituciones (los “tres poderes”, los tres niveles) y de las demás leyes (toda la producción jurídica).

Semejante a la Themis serena, incommovible, la Constitución transformada por un prodigio de Zeus en pétrea deidad, juzgará con severidad a los que vivieron bajo su égida; a los que la defendieron, a quienes la pisotearon, a los que defraudaron el voto público y dejaron de cumplirla y hacerla cumplir: La

¹⁵⁹ Cossío, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Edit. Fontamara. México, 1998. pp. 48 y 49

Constitución es la síntesis de la historia de un pueblo, es más, la Constitución es la historia misma de ese pueblo.

¿Un documento tan egregio, no merece acaso, ser cuidado y defendido? Definitivamente, en el mantenimiento de su esencia y sentido, debemos estar comprometidos los mexicanos del nuevo siglo. Mexicanos de otro tiempo, vivieron su circunstancia, sus vicisitudes y sus luchas. Vallarta, José María Iglesias, Otero, Rejón y Rabasa, son sólo algunos de los nombres cuyo pensamiento vive en nuestra Constitución; pareciera que una bella fusión hubiera sustraído las fibras más sensibles de estos insignes mexicanos, hasta trasplantarlas al texto vivo, precioso de nuestra *Lex fundamentalis*.

En este punto, se nos podría reconvenir por qué razón no se piensa en otra institución, incluso de las ya existentes para que sea la que se haga cargo de la defensa de la Constitución; la respuesta por sí misma es evidente. La *trilogía funcional del poder*, a nuestro juicio, tiene otras tareas que atender; las actividades propias de cada uno de los *órganos primarios* necesitan un espacio propio para su desarrollo; además, bastante trabajo tiene el ejecutivo con cumplir y controlar las funciones de tantas instancias que conforman su abultada estructura, como para todavía encargarle a una de sus áreas la tarea delicada y altamente técnica de resguardar y defender a la Constitución.

En su caso, el poder legislativo está igualmente limitado (tanto técnica como jurídicamente), ya que las instancias que conforman ese poder, tienen una naturaleza bien definida; sus alcances también legalmente prescritos, están por lo mismo, acotados. Las múltiples Comisiones y Comités que conforman al Legislativo federal, dan muestra de la imposibilidad que tendría este poder para atender una encomienda como la que estamos comentando. No olvidemos además que las atribuciones que constitucional y legalmente tiene reconocidas para intervenir en el interesante proceso de defensa de la Constitución, están incompletas, trucas; nótese que ni siquiera tratándose del juicio político su desempeño ha sido eficaz, expedito, benéfico para el país. Es posible que nuestro órgano legislativo se haya quedado anclado en la época de Montesquieu, cuando a cada poder le tocaba realizar actividades materiales y formales propias de su perfil.

Tratándose del Poder Judicial, la problemática no disminuye, al contrario, se acrecienta aunque toma otro sentido; iniciaremos preguntándonos si es posible

que el máximo órgano jurisdiccional funja -como se ha pretendido últimamente- como un real y efectivo Tribunal Constitucional. La respuesta que hemos encontrado es que no resulta de lo más apropiado hacer que el Poder Judicial, uno de los tres que integran la trilogía tantas veces invocada, tenga a su cargo la encomienda tan alta de defender y mantener viva a la Constitución.

Aunque históricamente, siguiendo en esto el modelo norteamericano, la Corte ha sido concebida como el máximo intérprete de la Constitución, nosotros tenemos algunas reservas sobre el particular; fundamentalmente, nos invade la preocupación porque las actividades que de manera cotidiana realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ahora en su nueva faceta a partir de las reformas de 1987, no tienen el mismo alcance ni la dimensión de las verdaderas tareas de defensa y control de la constitucionalidad.

Vimos en el capítulo tercero cómo el funcionamiento de la Corte, encargada ahora de dilucidar las inconformidades en vía de amparo cuando subsisten cuestiones de constitucionalidad, no ha reportado los mejores resultados en la más ambiciosa misión de velar por el mantenimiento, la permanencia y la defensa de los principios constitucionales, mediante los instrumentos de prevención y reparación constitucional.

Las tareas de la Corte, relevantes sin duda, no alcanzan a pesar de ello, la proyección que tienen las auténticas labores de protección y defensa de la Carta Magna. Esta situación, nos permite afirmar la conveniencia de que un órgano distinto a los “tres poderes”, sea el encargado de realizar todas las acciones tendentes a mantener vigens a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A las razones expuestas, quisiéramos agregar una más; el ejercicio de contrastación que ha caracterizado el desarrollo de la presente investigación, no debe entenderse en un sentido distinto al que hemos pretendido destacar a lo largo de este trabajo. Más allá de pretender equiparar al Tribunal Constitucional con los tres poderes y lejos de ensayar un remedo del Supremo Poder Conservador, nos anima la idea de que en nuestro Estado de Derecho pueda existir de manera paralela a las otras instituciones que sirven para la defensa de la Constitución y para la vuelta a la normalidad constitucional cuando aquella ha sido trastocada, un órgano especializado, técnico, despojado de preferencias políticas que sea capaz de llevar a cabo las dos grandes tareas

que son urgentes para nuestro país: la prevención y la reparación constitucional.

Las primeras, como ya lo asentamos líneas atrás, no existen en nuestro universum iuris; las segundas, actualmente se encuentran diseminadas y realmente no presentan un frente común, férreo, insuperable, para el mantenimiento del principio de permanencia constitucional.

Tomando en cuenta este espectro en el que se desarrollan las actividades de un auténtico Tribunal Constitucional, consideramos conveniente realizar un ejercicio de prospectiva a fin de indagar qué posibilidades hay de que en México, República de rica cultura jurídica, las instituciones ensayadas en otros países, incluso de distintas familias jurídicas, puedan echar raíces en el afán de hacer que la Constitución -a pesar de tantos años de vida- conserve su envoltura, su contenido, su alma.

I. Integración del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional cuya creación impulsamos a través de esta investigación y que esperamos algún día se implante en México, deberá ser un órgano independiente de cualquiera de los órganos primarios del Estado. Al afirmar esto, también debemos puntualizar que dicho órgano no asumirá bajo ninguna circunstancia las atribuciones que expresamente están reconocidas constitucional y legalmente a cualquiera de *los tres poderes*.

Hecha esta aclaración, podemos adelantar que el Tribunal Constitucional deberá contar con algunas características que es necesario explicitar con mayor amplitud.

Independencia

En primer lugar, su independencia respecto de los demás órganos del Estado, resulta ser una condición sin la cual, la existencia del Tribunal Constitucional,

es simplemente impensable. Véase cómo en otros países donde esta institución ya existe, tal característica ocupa un espacio de atención primordial. La independencia en este caso, deberá entenderse como la más absoluta reserva de los poderes del Estado frente al desempeño de los integrantes del Tribunal Constitucional. En este orden de ideas, una de las primeras tareas que deberá atenderse durante la implantación de esta Institución, será la de ejercer a plenitud todas y cada una de sus atribuciones sin consultar a nadie ni a órgano alguno sobre la intensidad y sentido de sus determinaciones. Es posible que en nuestro país, tradicionalmente identificado por su acentuado presidencialismo, el titular del ejecutivo no resista el deseo de dar indicaciones o pretender al menos influir en las decisiones del Tribunal; sin embargo, la gran responsabilidad histórica de sus integrantes, sobre todo de los primeros, será resistir los embates y las tentaciones políticas que sin duda se presentarán durante su desempeño.

Capacidad

En segunda instancia, el Tribunal Constitucional deberá afianzar su alta calidad técnico-jurídica, para conocer y resolver los asuntos sometidos a su consideración.

Aquí, es oportuno referir que los órganos encargados de nombrar a los integrantes del Tribunal, deberán asumir con prudencia la difícil tarea de proponer profesionales del derecho a fin de que se integre el Tribunal Constitucional. En este sentido, es importante distinguir a los Magistrados de los demás profesionales que formarán parte del aparato técnico de apoyo a las tareas de este órgano. Hemos convenido en que los “jueces” integrantes del Tribunal Constitucional reciban esta denominación, en razón de la naturaleza eminentemente jurisdiccional de sus atribuciones y atendiendo a la jerarquía de su investidura; en esta tesitura, hemos evitado designarles como Ministros para no crear confusiones con respecto a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En relación con los Magistrados del Tribunal Constitucional, de consuno podemos señalar que su designación será la parte vital de su posterior desempeño. De manera similar a como opera en países como España o Italia,

los Magistrados integrantes del Tribunal Constitucional deberán ser elegidos de entre las propuestas provenientes de la trilogía funcional del poder, cuyos titulares propondrán candidatos cuyas características más destacadas deberán ser honestidad, experiencia mínima de quince años, de preferencia que se hayan desempeñado en la academia y en las áreas de consultoría jurídica de los órganos estatales. Tal vez, la capacidad que se busca en los Magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, sea una exigencia de muy alto nivel; no perdamos de vista, sin embargo, que se trata de buscar a los juristas más capaces para encargarles una tarea de la mayor importancia para todos los mexicanos.

Inamovilidad

Una de las garantías imprescindibles para el adecuado desempeño de sus quehaceres, consistirá en que la propia *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Mexicano*, establezca la inamovilidad de los Magistrados del citado órgano.

En este orden de ideas, es oportuno señalar que la inamovilidad a que nos referimos, nada tiene que ver con el fuero de que gozan algunos servidores públicos en nuestro país. Aunque los Magistrados deberán contar con las garantías mínimas para el desempeño de sus funciones, nos parece que esta protección está muy lejos de equipararse al fuero que vuelve impunes a tantos servidores públicos de primer nivel.

En todo caso, la Ley Orgánica de mérito deberá establecer los casos en que procederá la separación temporal de su cargo, a fin de que cualquier Magistrado involucrado en cuestiones de tipo legal, demandas que se entablen en su contra, denuncias penales o requerimientos de similar naturaleza, puedan hacer frente a sus responsabilidades sin afectar la investidura de su cargo público; sobre el particular, la Ley señalará en qué casos, el Magistrado deberá separarse de sus funciones y en qué otros supuestos no será necesario hacerlo, pudiendo desahogar sus asuntos personales si dejar de fungir en el Tribunal Constitucional con su investidura de Magistrado.

Creemos que los casos relacionados con su presunta participación en delitos graves del orden común, embates a las instituciones democráticas, traición a la patria y otros de la misma trascendencia, exigirán la inmediata separación del Magistrado para que pueda atender las demandas y acusaciones que obren en su contra.

Sin duda, los pormenores que seguramente formarán parte de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Mexicano, merecerán muchas horas de análisis y meditación, porque tampoco es prudente exponer con tanta facilidad a los Magistrados a los ataques -a veces infundados o temerarios- de cualquier persona; esto será materia de consideraciones más profundas, debidamente maduradas y ponderadas.

Lo que sí podemos señalar desde este momento es que la inamovilidad de los Magistrados estará garantizada durante el tiempo que dure su encargo y asimismo, estará asegurado su desempeño mediante la anulación de posibles infundios que pretendan entorpecer sus labores.

Será esta envoltura protectora de su investidura, una especie de *fuero atenuado*.

Incompatibilidad

La especialización de las tareas propias del Tribunal Constitucional, hace necesario que quien labore en él, se abstenga de enrolarse en otro empleo en cualquier otro órgano del Estado.

A los Magistrados del Tribunal Constitucional, únicamente deberá permitírseles que realicen actividades docentes y sólo cuando éstas no entorpezcan su desempeño en el Tribunal. De acuerdo con esto, las incompatibilidades naturales, que además deberán estar señaladas con toda puntualidad en la Ley, impedirán a los Magistrados el ejercicio libre de la profesión, la militancia política y los cargos de dirigencia en cualquier partido político o asociación nacional o internacional de cualquier orientación; así como la dirigencia en asociaciones religiosas o iglesias.

Con el fin de evitar de la mejor manera posible que las creencias y filiaciones de los Magistrados puedan influir en la toma de decisiones dentro del Tribunal Constitucional, nos parece pertinente que las incompatibilidades antes señaladas se cumplan en todos sus términos, llegando incluso a imponer como sanción a quien incumpla con sus obligaciones, la separación definitiva de su cargo.

Irrecusabilidad

Con las demás características señaladas anteriormente, es imprescindible que a los Magistrados integrantes del Tribunal en comento, se les garantice la irrecusabilidad cuando estén conociendo de algún asunto puesto a su consideración.

En este sentido, nos parece conveniente que el Magistrado que conozca o sepa de algún impedimento para conocer y resolver cualquier asunto en el que intervenga, de inmediato deberá excusarse de conocer o formar parte del grupo de Magistrados que esté abocado a resolver una cuestión en la que puedan entremezclarse intereses particulares. En caso de no excusarse estando impedido y siendo esta circunstancia de su conocimiento, el Magistrado responsable será separado definitivamente de su cargo.

Definitividad

Esta última característica se refiere a la calidad de las resoluciones que provengan del Tribunal Constitucional. La definitividad de sus resoluciones está señalada como una condición de primer orden, a fin de fortalecer su independencia de los demás órganos estatales, primordialmente de los que integran la *trilogía funcional del poder*.

De sobra es sabido que donde no hay definitividad la autoridad carece de firmeza. El carácter inapelable de las resoluciones del Tribunal Constitucional irá de la mano con la exigencia elemental de que los asuntos puestos a su consideración, encuentren una instancia de atención y resolución final.

Por eso también, será sumamente importante que los asuntos elevados a su conocimiento formen parte de un catálogo en el que no tengan cabida cuestiones de interés secundario o que puedan ser atendidas y resueltas por los Tribunales de Jurisdicción Ordinaria.

Siguiendo esta idea, podemos decir que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional ni siquiera será posible el planteamiento del juicio de amparo o de las acciones de inconstitucionalidad, como más adelante procuraremos señalarlo.

Ahora bien, en cuanto a su número de integrantes, nos parece adecuado que el Tribunal Constitucional Mexicano, funcione con nueve Magistrados Constitucionales designados de la siguiente manera:

3 Magistrados Designados por el Titular del Ejecutivo

En esta terna designada por el Presidente de la República, deberán incluirse juristas con las características que describimos líneas atrás; en caso de que los profesionistas designados no cumplan con el perfil requerido, por una sola vez, con la anuencia de al menos el 35% de los integrantes de la Cámara de Diputados o de Senadores, cualquiera de éstas podrá requerir al Presidente de la República que reconsidere su propuesta. En tal caso, el Presidente podrá nombrar a otro jurista para que ocupe el lugar de aquél que haya sido cuestionado por alguna de las Cámaras; una vez designado el otro jurista o confirmado el anterior, su nombramiento adquirirá carácter definitivo e inamovible.

3 Magistrados Designados por el Poder Legislativo Federal

La participación del órgano legislativo federal, en la designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional está suficientemente justificada por la participación que sus integrantes tendrán en asuntos cuya competencia está reservada hasta este momento a los legisladores.

Como veremos más adelante, la intervención del Tribunal proyectado en las acciones de precontrol constitucional-legislativo, así como en las acciones de control constitucional-orgánico, significará indudablemente una limitación a las actividades que actualmente están encargadas al poder legislativo. En cuanto a la primera parte, la intervención, así sea de carácter consultivo del Tribunal Constitucional en los procedimientos de creación de la ley o de reforma constitucional, verán seriamente limitada la prolífica producción jurídica del órgano legislativo del Estado; en cuanto a lo segundo, la intervención de dicho Tribunal en los juicios políticos tendentes a esclarecer y en su caso, imponer alguna sanción a los titulares de los órganos que hayan incurrido en la comisión de algún acto extra o metaconstitucional, también significará la cancelación de cualquier posibilidad de intervenir declarando la procedencia del juicio político y por supuesto, de imponer cualquier sanción como Jurado de Sentencia.

De acuerdo a la composición plural de nuestras Cámaras, estimamos pertinente que la designación de los 3 Magistrados por parte del órgano legislativo, tome en cuenta la posibilidad de designarlos de la siguiente forma:

2 Magistrados Designados por la Cámara de Diputados

Uno de estos, será propuesto y designado por la primera mayoría en el Congreso. Esto es, tomando en cuenta que las elecciones son cada vez más reñidas en nuestro país y debido a que difícilmente algún partido político tendrá la mayoría absoluta en el Congreso, nos parece equitativo que uno de los dos Magistrados provenientes de este órgano, sea nombrado por el partido político que tenga el mayor número de legisladores.

El otro Magistrado será designado por el partido político que ocupe el segundo lugar en cuanto a número de diputados en el Congreso.

1 Magistrado Designado por la Cámara de Senadores

La representatividad política del Senado, nos lleva a plantear la posibilidad de que sea este órgano el encargado de designar a uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Al igual que en los demás casos, nos parece adecuado que las personas propuestas se distingan por su trayectoria como juristas; incluso, aunado a lo anterior, es deseable que dentro de la propia Cámara de Senadores la persona que sea propuesta, sea elegida después de una revisión acuciosa de las cualidades de cada uno de los candidatos.

3 Magistrados Designados por el Poder Judicial Federal

Por cuanto hace a los Magistrados propuestos por el Poder Judicial Federal, estos deberán ser profesionales totalmente desvinculados del órgano que los proponga; esto es, que los juristas de mérito no formen parte, ni sean Ministros, Magistrados o Jueces adscritos a ese poder.

También aquí, el Poder Judicial deberá escoger a juristas con altas capacidades como académicos; pueden ser igualmente, servidores públicos que se hayan desempeñado en áreas consultivas de los órganos estatales. Solamente las personas con experiencia mínima de quince años en el ejercicio profesional, podrán ser propuestas como Magistrados del Tribunal Constitucional.

La composición del Tribunal en análisis, con profesionistas altamente calificados, podrá asegurar que las resoluciones de este órgano, además de estar apegadas necesariamente al orden jurídico, cuenten con la seguridad de ser congruentes con la Carta Magna de nuestro país.

Otro aspecto sin duda relevante, es el que tiene que ver con el término que durará el encargo de los Magistrados del multicitado Tribunal. Aún con el riesgo de hacer alguna propuesta que posteriormente resulte insostenible, nos parece que los Magistrados integrantes del órgano propuesto, deberán durar en su cargo no más de cinco años; decimos lo anterior, porque en el caso de un término mayor, cabe el riesgo de que el período durante el cual fungirán

los Magistrados pudiera coincidir con el tiempo que dure el encargo del Presidente de la República, o con el término del desempeño de los Senadores o Diputados, lo que podría influir negativamente en sus funciones. Lo más conveniente es que los integrantes del citado Tribunal sean designados para un sólo período de cinco años, sin la posibilidad de ser reelectos.

Como se ve, la elevada misión del Tribunal Constitucional, definitiva, técnica, especializada, imparcial y apartidista, exigirá un esfuerzo constante de parte de sus Magistrados integrantes, pero también demandará prudencia y respeto de los demás órganos y, principalmente de los “tres poderes”. Como toda institución neonata, el Tribunal Constitucional se perfeccionará a medida que se fortalezca su presencia en nuestro entorno jurídico-político. Al principio, es posible que se le vea con recelo, que se dude incluso de su legitimidad para sustituir en tan importante quehacer a un “Poder Constituyente Permanente” pasivo y desfasado o para realizar las acciones que de manera tan limitada llevan a cabo la Cámara que declara la procedencia del juicio político y la que se erige en Jurado de Sentencia para llegar al extremo de imponer “cruentas” sanciones que pueden ser hasta la destitución e inhabilitación de los servidores públicos desaforados.

Al igual que en otros países, donde el Tribunal Constitucional se identifica con la práctica cotidiana de la democracia y el ejercicio moderado del poder público, en nuestro país su instrumentación será, a no dudarlo, un acierto que no tardará en dar cuenta de sus bondades y de su conveniencia en el marco jurídico-político de México.

Con todo ello, el Tribunal Constitucional demandará la participación activa, firme, convencida de los poderes del Estado. Empeñados como estamos todos, en defender y procurar mantener hasta donde sea posible la soberanía nacional vaciada en nuestra Constitución, en velar por la permanencia de nuestras instituciones y por la vigencia de nuestra Ley fundamental, el Tribunal Constitucional deberá representar para los mexicanos que crecimos en el siglo XX y para los que nacerán en el umbral del siglo XXI, una institución viable, con posibilidades reales de fructificar en la vida institucional de México como garante del valioso contenido que vive y perdurará, sin duda, en nuestra *Lex fundamentalis*.

II. Atribuciones y Competencia

Todas estas características debidamente dosificadas y entendidas en su cabal acepción, con sus alcances posibles y sus limitaciones reales, proveerán al Tribunal Constitucional de la suficiente capacidad para atender sus atribuciones con pulcritud e imparcialidad.

Tratándose de un auténtico Tribunal, es lógico suponer que los procedimientos que se ventilarán ante él, deberán ajustarse a las prescripciones procesales de estricto derecho previstas en sus ordenamientos respectivos.

Hay que tomar en consideración que según nuestro modelo, el Tribunal Constitucional realizará también funciones de tipo consultivo tratándose del precontrol constitucional-legislativo; en este caso, el procedimiento de estricto derecho resultaría inaplicable, por lo que es conveniente señalar los linderos de estas dos relevantes funciones.

De esta forma, el Tribunal Constitucional será proyectado en la vida de todos los días, como un intento valioso por mantener *vigens* a nuestra Carta Magna; creemos que las tareas que le serán reconocidas en la legislación de la materia, serán cumplidas con creces por este órgano especializado en un telos de enormes dimensiones: la defensa de la Constitución.

A) El Precontrol Constitucional Legislativo

Desde que Hans Kelsen introdujo la distinción entre las tareas de *legislatio* y las de *legis executio* a cargo del Estado, un debate desarrollado a lo largo de sucesivos episodios ha ocupado a los juristas empeñados en establecer la definición y delimitación de estos campos de acción estatal. Según Kelsen: *“En la función legislativa, el Estado establece reglas generales, abstractas; en la jurisdicción y en la administración, despliega una actividad individualizada, resuelve directamente tareas concretas; tales son las respectivas nociones más generales. De este modo, el concepto de legislación se identifica con los de “producción”, “creación” o “posición” de Derecho. Por tanto, la actividad individualizada del Estado, supuesto que se la*

*considere como acto jurídico, no puede ser más que "aplicación" o "protección" del Derecho, con lo cual se sitúa en principio en un plano opuesto al de la función creadora.*¹⁶⁰

Estas aportaciones del maestro de la Escuela de Viena, son de gran utilidad para entender la importancia de las actividades de la trilogía funcional del poder; en este caso, particularmente de las funciones del órgano legislativo. Siguiendo esta idea, resulta conveniente subrayar la trascendencia que para la vida de un pueblo y de un Estado tiene la actividad legislativa. Calsamiglia ha destacado con estas palabras la impronta de la legis latio: *"La ciencia de la legislación no se ocupa de la interpretación y aplicación de las leyes -tarea de la ciencia jurídica o dogmática jurídica- sino del proceso de producción de las leyes y de las normas. En este proceso están implicadas no sólo las disciplinas jurídicas sino también otras disciplinas no jurídicas. Una buena teoría y técnica de la legislación debe poner en contacto disciplinas como la lógica, la informática, la sociología, la jurisprudencia, la economía y la ética.*

*Desde el paradigma decimonónico no se puede hacer un diseño de cuáles son las condiciones que deben cumplir las leyes para ser buenas leyes. Hay que salirse fuera de las redes conceptuales jurídicas -actuales- para elaborar este diseño.*¹⁶¹

En esta materia, en el proceso de creación de la ley y en las propuestas de reforma constitucional, como ya lo anunciamos líneas atrás, el Tribunal Constitucional deberá hacerse cargo de dos tipos de funciones, igualmente importantes:

a).- Opiniones consultivas.

Estas podrán ser formuladas al Tribunal Constitucional por los órganos encargados de la creación de la ley. Esto es, quedará reservada de manera facultativa al Congreso General y a las Legislaturas de las entidades federativas, la posibilidad de solicitar al Tribunal Constitucional que emita su

160 Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Op. cit. p. 301

161 Calsamiglia, Albert. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. Edit. Fontamara. México. 1997. p. 33

opinión técnica sobre la pertinencia y acerca de la “constitucionalidad”, ya sea de una nueva ley propuesta para su estudio y posterior promulgación o de una iniciativa de reforma constitucional, para procurar dar congruencia y sentido a la producción jurídica que se vaya incorporando al *universum iuris* estatal.

b).- Resoluciones con fuerza obligatoria.

La intervención del Tribunal Constitucional en este segundo supuesto, estará encaminada hacia la resolución de los casos que sean puestos a su conocimiento, particularmente cuando se presuma la existencia de irregularidades en los procedimientos de creación de la ley atribuibles a los órganos legislativos federal y de las entidades federativas; en este caso, la resolución que se emita surtirá un efecto de carácter inhibitorio, a fin de que el órgano hacia quien se dirija la resolución se abstenga de continuar con el proceso de creación de la ley.

Las resoluciones que al efecto se emitan por el Tribunal Constitucional, se pueden equiparar a las que técnicamente se conocen como sentencias estimatorias exhortativas. *“Su característica consiste en que el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición es contraria a la Constitución, en vez de declarar su nulidad le confiere un plazo determinado al legislador para que reforme la disposición impugnada, con el fin de eliminar su parte incompatible con la Constitución. Si la reforma legislativa no se produce dentro del plazo señalado en la sentencia, entonces la norma impugnada se anula automáticamente a partir de ese momento... Se trata de una técnica tendente a evitar que se califique al juez constitucional de legislador negativo y de darle la oportunidad al órgano político competente para que enmiende, dentro de un plazo prudencial, un entuerto legislativo que roza con la carta política.”*¹⁶²

162 Hernández Valle, Rubén. “Poderes del juez constitucional”, en *Justicia Constitucional Comparada*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1993. p. 42

No hay que perder de vista, empero, que la intervención del Tribunal Constitucional en este supuesto, deberá abarcar dos hipótesis igualmente importantes:

Primera. - Tratándose de los casos en que se presuma alguna incompatibilidad de la norma contenida en la iniciativa de ley con la Constitución o cuando la propuesta de reforma constitucional pretenda introducir modificaciones que alteren la unidad del corpus constitucional. Recordemos al efecto que incluso puede darse el caso de que alguna reforma constitucional sea contraria a la Constitución; aún con lo absurdo que esto resulta, sabemos que es posible.¹⁶³

Segunda. - Cuando el proceso legislativo o la iniciativa de reforma constitucional, se intenten mediante un procedimiento distinto o contrario al previsto por la propia Carta Magna, deberá intervenir el Tribunal Constitucional para contener dentro de la normatividad vigente la actuación de los órganos del Estado.

En este punto, nos parece interesante distinguir las normas jurídicas a partir de las cuales es posible crear otras normas legales, de aquellas que sirven para controlar el desempeño de los órganos estatales, pero que no tienen la capacidad de producir otras distintas; llamaremos a las primeras normas de *creación* y a las segundas normas de *control*.

Las primeras son las que prescriben el iter legis que debe seguirse para que el órgano legislativo pueda ver consumada su obra. Estas normas que forman parte del corpus constitucional y de los ordenamientos secundarios que *regulan* el proceso de creación de la ley –incluido el de reforma constitucional–, señalan de manera concisa la forma en que es posible dar vida a nuevas disposiciones jurídicas.

Las normas de *control*, por su parte, son aquellas que sin estar incluidas necesariamente en la Lex fundamentalis, prescriben algunos mecanismos a fin de mantener en el marco jurídico-constitucional la actividad de los órganos

163 Cfr. el apunte de González Schmal, Raúl. “¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?”, en *El significado actual de la Constitución*. Op. cit. p. 319 y ss.

estatales. Aquí están incluidas la gran mayoría de disposiciones jurídicas que norman la actuación de los órganos creados.

En este sentido, consideramos que tanto las normas de creación como las de control, deben formar parte del catálogo de disposiciones jurídicas, comprometidas en el propósito de hacer que toda la producción jurídica federal, estatal, municipal, bien sea a nivel de leyes reglamentarias, ordinarias, reglamentos administrativos, etc., tenga lugar en los límites y parámetros impuestos por la propia norma fundante básica.

No obstante que esto pueda parecer suficientemente claro, queda pendiente de dilucidar una interesante cuestión vinculada con los dos tipos de normas que estamos analizando. Al respecto, es oportuno decir que hay una sensible diferencia cuando se comparan las normas de *creación*, con las normas de control. Las que sirven para crear otras normas son dinámicas y dan a los órganos que las ejercen un margen mayor de actuación; las que solamente controlan el desempeño de los órganos, son más bien estáticas; son normas ya hechas con una especificidad que regularmente se mantiene inalterada, a menos que el legislador con base en las normas de creación, decida su modificación o su derogación.

Ahora bien, las normas de creación que permiten la actuación del órgano legislativo a fin de que cumpla su función esencial, hacen posible además, que el "Constituyente Permanente" lleve a cabo las reformas constitucionales.

La importancia de las normas de creación resalta inmediatamente; nótese que conlleva la atribución reservada constitucionalmente al poder legislativo federal para reformar algún precepto de la Carta Magna; en este sentido, el llamado Constituyente Permanente, en el que participan la mayoría de las legislaturas de los Estados, tiene a su cargo una trascendental labor que no puede compararse, por ejemplo, con la capacidad que tienen los titulares de los órganos estatales para emitir Circulares para el mejor desempeño de sus funciones; facultad esta última que está prevista en las normas de control.

En los párrafos que anteceden, hemos partido del supuesto de que ambos tipos de normas se encuentran ya vigentes en el *universum iuris* de nuestro país; sin embargo, nos falta considerar la posibilidad de que algunas de estas normas puedan ser expedidas para abrir la expectativa hacia el diseño de otras normas

jurídicas que incluso permitan con mayor facilidad llevar a cabo reformas constitucionales o modificaciones ordinarias de la legislación secundaria; entiéndase, la demás producción jurídica que no forma parte de la Carta Magna.

En esta tesitura, debemos preguntarnos si tales atribuciones corresponden a órganos distintos. A esta interrogante, de entrada podemos responder afirmativamente, ya que las funciones legislativas puras; id. est. las que formalmente corresponden al poder legislativo, están encaminadas hacia la creación de leyes. En este sentido, las atribuciones originalmente reconocidas por Montesquieu a este órgano, no han cambiado sustancialmente desde entonces y siguen correspondiendo al poder legislativo. Empero, es conveniente asentar que también el órgano legislativo puede crear normas de control, por eso, de acuerdo con este criterio, no resulta fácil determinar el lindero que separa a unas normas de otras.

Podemos decir como corolario que las normas de creación pertenecen con exclusividad al ámbito competencial del órgano facultado para expedir normas jurídicas o reformar la Constitución; las normas de creación pueden asimismo, permitir la promulgación de las normas de control sin que se desnaturalice su función; antes bien, tal circunstancia nos permite afirmar su importancia de primer orden en el *universum iuris*. Como contraparte, las normas de control (la mayoría ya establecidas) tienen distinta composición, ya que no obstante que pueden ser promulgadas por el propio poder legislativo, existe la limitante de que su emisión no debe alterar el ámbito competencial de las atribuciones reservadas para los otros órganos estatales y no sólo para los órganos de la *trilogía funcional del poder*. Es decir, no pueden agregar ni quitar atribuciones; solamente pueden prescribir mecanismos para la vigilancia y el mantenimiento del orden en la praxis del aparato estatal.

Esta aseveración merece una explicación adicional. La aplicación de las normas de *control*, no debe servir como pretexto o justificación para tergiversar el desempeño del órgano legislativo; esto significa que cuando el órgano legislativo está abocado a la creación de normas de control, su accionar no debe alterar el contenido vital de la *Lex fundamentalis*; y es que si este poder pretendiera reemplazar, sustituir las normas de rango constitucional que regulan la producción jurídica (entiéndase la reforma constitucional), incursionaría en un ámbito que le está vedado.

Lógicamente las normas de *creación* forman parte sustancial de la Carta Magna; residen ahí la mayoría de las disposiciones jurídicas que están enfocadas hacia la regulación de los procesos de reforma constitucional; por eso, conviene hacer una precisión; las normas jurídicas de creación o de regulación son aquellas que norman el proceso de reforma constitucional, así como el procedimiento legislativo; nótese sin embargo que no se trata de empatar disposiciones jurídicas que versan sobre cuestiones de distinta jerarquía, porque la creación de la ley es algo esencialmente diferente del procedimiento de reforma constitucional. Por esta razón, resulta oportuno decir que a pesar de que la doctrina pueda identificar el proceso legislativo ordinario con el proceso de reforma constitucional, hay diferencias sustanciales entre ambos, definitivamente infranqueables.

Afirmar lo contrario, sería tanto como pretender que las normas jurídicas de *creación* que sirven para encauzar el proceso legislativo, sirvieran para algo tan egregio como crear una Constitución; en definitiva el parangón está fuera de toda proporción.

En este entendido, podemos concluir que las normas de regulación entre las que se incluyen las que sirven para controlar el proceso de creación de la ley y las que se identifican sustancialmente con el proceso de reforma constitucional, no pueden seguir siendo en su totalidad parte del catálogo de atribuciones del órgano legislativo, ni siquiera en el supuesto de que erigido en "Constituyente Permanente" haga partícipes de sus inconsistencias a la "mayoría de las legislaturas de los Estados".

Las normas de *creación*; vigentes en el derecho positivo mexicano, deben ser objeto de un análisis completo que incluya a las normas que prescriben el procedimiento de reforma constitucional; es posible que indebidamente, este último se halle en el ámbito de actuación del órgano legislativo del Estado, de un órgano especializado en una función primaria, y que, por lo mismo, deba corresponder a un órgano distinto, especializado también en este quehacer de innegable proyección hacia el futuro.

Como están las cosas, ni siquiera es dable alegar que el proceso de "reforma dificultada", previsto en el artículo 135 de nuestra *Lex legum*, contenga los elementos suficientes para garantizar que el principio de rigidez constitucional, pueda darse de manera concomitante con los de reformabilidad

y permanencia que son parte vital del corpus jurídico mexicano. ¡Qué difícil es atender estos principios!

Según nuestro punto de vista, las normas de creación deben inclusive, dividirse en dos grandes ámbitos: por un lado, aquellas que permiten la creación de normas ordinarias (estas son las normas de creación en sentido estricto); por otra parte, las que permiten y regulan el proceso de reforma constitucional (estas son las normas de *regulación constitucional*), mismas que deben ser ejercidas por el Tribunal Constitucional.

Una vez hechas estas aclaraciones, podemos retomar nuestro análisis diciendo que las acciones de precontrol constitucional-legislativo, operarán grosso modo, fundamentalmente en dos grandes sectores:

a).- *En materia de opiniones consultivas.* En cuyo caso, como ya lo indicamos, quedarán comprendidas todas las consultas que de manera obligatoria deberán ser formuladas por los órganos encargados de la creación de la ley, trátase del poder legislativo federal e incluso de las legislaturas de las entidades federativas.

b).- *Resoluciones con fuerza obligatoria.* Estas resoluciones se emitirán una vez que el Tribunal Constitucional conozca, incluso de oficio, de irregularidades en los procedimientos de creación de la ley atribuibles a los órganos legislativos; en este caso, la resolución que se emita tendrá el propósito de inhibir al órgano de mérito para que no continúe con el procedimiento legislativo.

Para que el Tribunal pueda abocarse al conocimiento y resolución de estos casos, bastará con que un número no menor de diputados equivalente al 33% del total de sus integrantes, denuncie ante el Tribunal la propuesta legislativa que se estime contraria a la Constitución y a los principios que esta sanciona.

Para asentar con mayor claridad esta cuestión de tanta relevancia, nos permitimos puntualizar que el precontrol legislativo deberá abarcar dos grandes rubros:

- 1.- El precontrol legislativo en los *procesos de creación de la Ley.*
- 2.- El precontrol legislativo en los *procesos de reforma constitucional.*

Estos dos supuestos ya han sido analizados con anterioridad; sin embargo, nos parece pertinente agregar algunas consideraciones sobre la legitimación y la procedibilidad de los que desde este momento denominaremos *recursos de inconstitucionalidad*.

En cuanto a lo primero, dijimos ya que será necesario que un número de Diputados equivalente al 33% del total de los integrantes de la Cámara o en el caso del Senado de un porcentaje idéntico de sus miembros, interponga el recurso de mérito directamente ante el Tribunal Constitucional, a fin de que éste conozca, analice y determine si la inconformidad resulta procedente y de ser así, imponga al órgano legislativo mediante resolución definitiva y fundada la obligación de revisar en un plazo cierto, las incompatibilidades de la ley propuesta con la Carta Magna.

Tratándose de derechos colectivos o difusos, como el derecho a la salud, a la vivienda, al trabajo, a un medio ambiente sano, etcétera, la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad podrá reconocerse a las asociaciones y a los grupos legalmente constituidos, a quienes pueda afectarles la iniciativa de ley en caso de aprobarse y promulgarse. Al reconocer la legitimación a las personas morales no pretendemos negar el acceso a la justicia a las personas físicas; esta exigencia procesal atiende más bien al criterio de que por tratarse de acciones de clase, sea un grupo representativo el que interponga el citado recurso.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Mexicano, deberá contemplar la posibilidad de que en el caso de que ninguna asociación o grupo legalmente constituido, intente el recurso de inconstitucionalidad, en tal supuesto, cualquier persona que acredite su interés jurídico, pueda formular el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal cuya creación proponemos.

En tal caso, semejante a la institución de la suplencia de la queja que hay en amparo, el promovente deberá ser asesorado y orientado por el personal técnico-jurídico adscrito al Tribunal Constitucional. La Ley que al efecto se expedirá, comprenderá las formalidades que deberán satisfacerse para dar entrada y admitir el recurso de inconstitucionalidad; no entramos en los pormenores del caso, para no desviar nuestra atención de la parte vertebral del tema que nos ocupa; sin embargo, habrá que señalar de manera muy concreta que la legitimación procesal ante el Tribunal Constitucional, deberá

reconocerse a todos los ciudadanos y particularmente, tratándose de las acciones de clase, a quienes formen parte del grupo o la colectividad que pueda ser afectada con la ley o la reforma constitucional propuestas.

El problema general de las acciones de grupo o de clase, está centrado en la limitación que muchas veces presentan respecto de algunas personas que no son protegidas a pesar de pertenecer a determinado grupo o que simplemente no son reconocidas como sujetos legitimados procesalmente para acudir a solicitar la intervención de los Tribunales o Cortes Constitucionales; es evidente que si el tema de la legitimación falla, cabe la posibilidad de que los derechos colectivos o difusos queden protegidos a medias o simplemente que su exigibilidad quede anclada en el plano teórico.

En los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, existe esa preocupación a pesar de que las class actions en el vecino país han tenido un desarrollo notable. En un simposio sobre esta temática, una jurista de la Universidad de Nueva York, se expresó en estos términos: "*The stakes in the Social Security benefit cases have been high. The difference between being included in one of these cases or being excluded often has been the difference between receiving a modest income from a program designed for the disabled or being relegated to complete indigency.*"¹⁶⁴ Nos parece que la relevancia de las acciones de clase está fuera de discusión.

Empero, el grave problema que estas reportan, se halla precisamente en la dificultad natural que se presenta ante la ley para definir quiénes sí y quiénes no forman parte de ese grupo y además qué personas se pueden tener como legitimadas y quiénes no, para interponer el recurso de mérito.¹⁶⁵

El derecho constitucional mexicano deberá poner mayor atención al desarrollo que las acciones para la defensa de los derechos colectivos o difusos, ha tenido

164 Morawetz, Nancy. "Underinclusive class actions", en *The Institute of Judicial Administration Research Conference on Class Actions*. New York University Law Review. U.S.A. 1996. p. 406

165 Cfr. Matthews, Martha. "Ten thousand tiny clients: The ethical duty of representation in children's class-action cases", en *Fordham Law Review*, Vol. LXIV, No. 4. march 1996; en este mismo sentido, Silver, Charles. "A restitutionary theory of attorney's fees in class actions", en *Cornell Law Review*, Vol. 76, No. 3, march 1991. N.Y. U.S.A.

en otros países. Lejos de alegar cualquier limitación procesal de expresión arcaica, debemos diseñar nuevos modelos y esquemas para la defensa de estos derechos. Es inaceptable que la más elemental defensa de la Constitución, no pueda expresarse siquiera en la defensa de los derechos colectivos legítimos de algunos grupos, sobre todo de los grupos vulnerables; ahí están los menores de la calle, los menores trabajadores, los ancianos que carecen de seguridad social, las oleadas de indigentes que inundan la vía pública. Y todavía más allá de estos, están los derechos de todos a vivir en un medio ambiente sano, con aire respirable y agua que no deba adquirirse embotellada para poder servir al consumo humano; definitivamente, el derecho colectivo al desarrollo y todos los que en este se hallan implicados, son una generación "nueva" de derechos humanos, por cierto, antiqüísimos.

Al respecto, en vía de ejemplo podemos citar el caso de Brasil, en donde aparte del mandado de seguridad individual o clásico, existe un mandado de seguridad colectivo que permite la protección de intereses difusos o colectivos. *"O mandado de segurança, na modalidade coletiva, nada mais é do que uma espécie do gênero "mandado de segurança", devendo obedecer a todos os requisitos deste e amoldar-se às peculiaridades já examinadas.*

De outro lado, a abertura da segurança á dimensao coletiva se harmoniza com as novas tendências do direito brasileiro que, a partir da lei 7347/1985, iniciou seu caminho rumo á tutela jurisdiccional dos interesses difusos e coletivos, culminando agora com o recentíssimo Código de Defesa do Consumidor. E dado o amplíssimo uso que se faz no Brasil do mandado de segurança, é relevante a nova dimensao do writ, capaz de evitar a proliferaçao de impetraçoes com idéntico fundamento, bem como as decisoes contraditórias, possibilitando a resoluçao, uma vez por todas, da questao de direito aplicável a amplos segmentos interessados, com resultado extensivo a todos os membros da categoria."¹⁶⁶

166 Pellegrini Grinover, Ada. "Os instrumentos brasileiros de defesa", en *Garantías Jurisdiccionales para la Defensa de los Derechos Humanos en Iberoamérica.* __ Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1992. p. 361

Nuestro país deberá evolucionar hasta estadios más elevados de respeto a los derechos de los habitantes y, en concordancia con esta idea, también deberá propiciar el ensanchamiento de los *corpus iuris* que lamentablemente han sido producto de una manufactura legislativa de muy limitada visión. A lo largo de esta investigación, hemos podido constatar que la defensa de la Constitución, tiene un ámbito mucho más amplio de aplicación del que la proyección normativista nos ha enseñado.

Por otra parte, tratándose del precontrol legislativo en los *procesos de reforma constitucional*, la legitimación *ad causam* para interponer el recurso de inconstitucionalidad, corresponderá a cualquiera de las Cámaras federales, en el porcentaje ya señalado, al Presidente de la República, al Poder Judicial Federal a través del Consejo de la Judicatura y a las Legislaturas de los Estados, con el porcentaje equivalente al número de diputados necesarios de acuerdo con su legislación interna, para que la Cámara pueda sesionar.

En este orden de ideas, lejos estamos de considerar al referéndum como una opción viable tratándose de propuestas de reforma constitucional. Como sabemos, el referéndum es utilizado en algunos países como instrumento de consulta para determinar si es procedente o no y en qué sentido, tomar alguna decisión que afecte al conjunto social. Sin embargo, la posibilidad de que se de un manejo indebido por parte de los medios de comunicación y por el propio gobierno, ha hecho muy cuestionable la vía referendaria, sobre todo en asuntos de suma trascendencia como las reformas constitucionales o la adhesión a alguna organización supranacional; además, la manifestación ciudadana por un simple “sí” o “no”, pone en serios aprietos al sistema democrático de cualquier país.

En España, por ejemplo, esta vía de consulta está puesta en evidencia y algunos estudiosos se han pronunciado por la conveniencia de su profunda revisión. *“En definitiva el referéndum no es en España un instrumento decisivo ni para impulsar la participación cívica autónoma ni para desbloquear el sistema. Tales obstáculos y limitaciones, tras la práctica de una década de uso democrático del referéndum, aconsejan una profunda revisión de su*

restrictiva regulación con objeto de hacer más real y creíble la soberanía popular y el derecho de participación política teóricamente reconocidos. ...¹⁶⁷

Similar situación se vive en Italia, donde el referéndum -concretamente el llamado "referéndum abrogativo"- tampoco ha resultado ser la vía idónea para llevar a cabo las transformaciones constitucionales y legales necesarias en el moderno Estado de Derecho. *"El juicio sobre el impasse institucional no puede prescindir del análisis de los medios para superarla y de su compatibilidad con los fines perseguidos. Quienes defienden la estrategia de la utilización del referéndum abrogativo como estímulo de ruptura para la innovación deberían, a mi juicio, valorar la adecuación técnica entre el instrumento escogido y los efectos que su uso podrían provocar en el ordenamiento. Tal reflexión no afecta al instituto del referéndum abrogativo en sí mismo, sino a su abuso y manipulación, de consecuencias imprevisibles.* ...¹⁶⁸

No creemos que el referéndum abrogativo sea el instrumento más conveniente para realizar cambios en el universum iuris; por eso, insistimos en la pertinencia de que sea el Tribunal Constitucional -mediante el procedimiento de precontrol legislativo-, el órgano encargado de dar congruencia y constitucionalidad a las leyes de nueva creación y a las reformas de la Lex fundamentalis.

De acuerdo con el sistema de precontrol constitucional que proponemos, el referéndum no es una de las mejores expectativas; en todo caso, nos parece que la intervención consultiva del Tribunal Constitucional podrá ser más objetiva y por supuesto, más técnica y profesional, para determinar si las propuestas de reforma constitucional, sometidas a su opinión consultiva se dan dentro de los parámetros señalados por la propia Carta Magna.

167 Aguilera de Prat, Cesáreo R. "El uso del referéndum en la España democrática", en *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid-España. Nueva Epoca, No. 75, enero-marzo 1992. p. 162

168 Lanchester, Fulco. "La innovación institucional forzada: El referéndum abrogativo entre el estímulo y la ruptura", en *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid-España. Nueva Epoca, No. 78, octubre-diciembre 1992. p. 30

Siguiendo esta idea, podemos señalar la conveniencia de agregar un tercer apartado que versará sobre el proceso de inclusión de los tratados internacionales en el *universum iuris* mexicano, a la luz de lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

3.- El precontrol legislativo en los *procesos de suscripción y ratificación de tratados internacionales*.

Este rubro, deberá ser incluido a fin de realizar el precontrol legislativo en dos grandes campos:

A).- Para ejercer el precontrol legislativo previo a la suscripción de tratados internacionales por parte del Presidente de la República.

B).- Para ejercer el precontrol legislativo previo a la ratificación de tratados internacionales por parte del Senado, a fin de incorporarlos al orden jurídico de México.

Como corolario, nos parece conveniente subrayar que las acciones de clase podrán intentarse en cualquiera de estos tres supuestos. Ya describimos cómo se accionarán estas pretensiones jurídicas colectivas en la hipótesis de que algún proyecto de ley sea sometido al análisis y consideración de los órganos legislativos; en los dos supuestos citados con posterioridad, tanto en las propuestas de reforma constitucional como en la firma y ratificación de tratados internacionales, será igualmente procedente la interposición de las acciones de clase, una vez que los actores cumplan con los requisitos de legitimación a que ya nos referimos.

Tratándose de las iniciativas de reforma constitucional, consideramos pertinente manifestarnos a favor de la adopción de un *proceso dificultado*; creemos que aún cuando no es posible mantener inalterado el contenido de la Constitución en cuanto que se trata de una norma jurídica, sí es posible pugnar por la defensa de los principios meridianos que contienen la parte vital de la Carta Magna.

La reforma dificultada a la que nos hemos referido, nada tiene que ver con la que se previó en algunas constituciones del siglo XIX, las cuales señalaron que una Legislatura propusiera la reforma y que fuera la del siguiente período

la que resolviera sobre su procedencia. Nuestra propuesta debe entenderse en el sentido de que la iniciativa de reforma constitucional invariablemente será sometida al Tribunal Constitucional, para que este determine su correspondencia con el texto constitucional; éste será un proceso dificultado porque no se dejará ya en manos del llamado Constituyente Permanente un asunto de tal grado de complejidad técnico-jurídica, sino que corresponderá al citado Tribunal pronunciarse sobre la “constitucionalidad” de la reforma.

Ahora bien, es conveniente que en algún apartado de la Carta Magna se establezca cuáles son las decisiones políticas fundamentales; en esta idea subyace la inquietud sobre las cláusulas pétreas que aún cuando no existen de manera expresa en nuestra Constitución, sí nos permiten identificar en algunos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determinados principios que son esenciales para nuestra patria.

En este mismo sentido, la doctrina de las *cláusulas no enumeradas* deberá ser analizada con detenimiento para determinar hasta dónde es posible que pueda formar parte de nuestro máximo ordenamiento legal; tal vez, un artículo pueda señalar que los derechos y garantías de los gobernados no se contraen a los que están incluidos en los artículos que de manera expresa los recogen. Este sería un avance significativo de nuestro constitucionalismo.

Siguiendo estas ideas, nos parece conveniente además que al llevarse a cabo el proyecto de creación del Tribunal Constitucional, se valore la pertinencia de que el derecho de veto pueda ser ejercido por éste, una vez que el proceso legislativo esté en marcha. En este sentido, deberá ponerse sumo cuidado en el diseño de las facultades del citado Tribunal, ya que como lo hemos señalado, tendrá a su cargo la atención de las consultas técnicas que los órganos legislativos le dirijan a fin de que determine la constitucionalidad o la inadecuación a la Carta Magna de la reforma propuesta.

B) El Control Constitucional Orgánico

Esta parte de nuestra investigación, es quizá la de mayor dificultad para la formulación de propuestas, tomando en cuenta los difíciles escenarios que caracterizan a las relaciones de poder, más aún cuando en esta interrelación

convergen, concurren o se enfrentan dos o más órganos estatales, ya sea de un poder o de dos o más de la trilogía multicitada.

Así las cosas, retomando las consideraciones señaladas en el primer capítulo de la presente investigación, la existencia de distintos niveles de gobierno en un Estado compuesto como es el caso de México, plantea la necesidad de que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Mexicano de manera pormenorizada se definan los casos que se puedan estimar como extralimitaciones constitucionales que rompan con el frágil equilibrio entre los poderes.

Cuando nos referimos a las invasiones de competencia, apuntamos que no sólo pueden darse entre poderes de un mismo nivel, sino también entre los que pertenecen a distintos niveles o ámbitos competenciales; asimismo, señalamos que incluso dentro de un mismo poder, puede darse el caso de que se susciten conflictos entre algunos de sus órganos.

Siguiendo nuestro esquema híbrido tomado de las ideas de Kelsen y Stein, podemos aseverar que la contención de las actividades de cualquier órgano dentro de los parámetros señalados legalmente para su desempeño, inicialmente debe ser parte vital de su propia actividad; así, por ejemplo, dentro de algunos órganos existen los llamados “órganos de control interno” que vigilan las actividades de los servidores públicos del mismo órgano, a fin de que éstas se lleven a cabo dentro de la normalidad y en apego a la normatividad prevista para tal efecto.

Sin embargo, no es extraño que a pesar de la presencia del órgano de control interno (competente por lo general en materia administrativa), algunos de los servidores públicos conduzcan sus actividades fuera de la legalidad e incluso hasta en contra del marco jurídico que prevé su competencia.

En estos casos, es necesario diferenciar dos tipos de servidores públicos mediante una clasificación útil únicamente para los efectos de la presente investigación. Por un lado, están los titulares de los órganos primarios del Estado; trátase de servidores públicos federales o estatales, es obvio que los citados detentadores del poder público corresponden a un grupo reducido con responsabilidades de mayor trascendencia en la vida estatal. En otro rubro, podemos ubicar a los servidores públicos de los órganos secundarios; estos

servidores públicos se ubican en la parte media y en la base de la pirámide de poder ideada por Stein. En este contexto, la expresión esquemática de su ubicación dentro del aparato estatal, debe conducirnos a la idea de que sin importar su jerarquía, todos los servidores públicos tienen las mismas obligaciones legales; la distinción que en este caso hemos introducido, debe tomarse únicamente para los efectos que estamos tratando, ya que desde el titular del Ejecutivo federal hasta el más modesto policía municipal, tienen la obligación de ceñirse a su marco jurídico de actuación y de cumplir de manera indefectible con sus obligaciones.

En este orden de ideas, junto a la clasificación de los servidores públicos atendiendo a la *naturaleza del órgano* que representan, hay otra que nos parece igualmente importante y es la que deriva de la *jerarquía de la norma* jurídica que crea al órgano de mérito; esto significa que la Constitución, en cuanto norma jurídica, ha creado ciertos órganos que tienen preminencia sobre los órganos nacidos de una ley reglamentaria, ordinaria o secundaria. En este sentido, los órganos de mayor jerarquía, están igualmente contenidos en las normas jurídicas de primer orden; por eso no es aventurado afirmar que los órganos primarios tienen su origen en la Constitución y que, en consecuencia, los órganos secundarios, han nacido de normas jurídicas derivadas.

¿Cuál es la utilidad de esta clasificación? Desde luego, uno de los problemas más sensibles tratándose del control constitucional orgánico, consiste en la dificultad para determinar qué servidores públicos pueden ser sujetos del juicio político y cuál debe ser el criterio rector para poder incluirlos en este supuesto. No obstante que en principio toda persona que detente o funja con la representación del Estado debe considerarse sometida al régimen de responsabilidad oficial, nos parece conveniente resaltar lo siguiente: todos los servidores públicos son sujetos de responsabilidad oficial de carácter administrativo y todos pueden ser sometidos al proceso penal cuando su conducta configure algún delito; esta regla, sufre una excepción en los siguientes dos casos:

Primero.- Por un lado, de acuerdo con la legislación vigente —como ya vimos—, para que los servidores públicos de alto nivel puedan ser sometidos al proceso penal correspondiente, se requiere cumplir con el requisito de procedibilidad de la declaratoria de procedencia; id. est. de la declaración de desafuero que permita la instauración del juicio penal correspondiente.

Segundo. - En otro plano, los servidores públicos de primer nivel tienen, aparte de las responsabilidades de tipo administrativo y/o penales, la que es posible imponer a través del juicio político que hemos denominado *juicio de responsabilidad constitucional*.

Estas dos características que distinguen a los servidores públicos que actualmente están incluidos en los artículos 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben ser revisadas, valoradas y en su caso, reestructuradas, a fin de que la responsabilidad derivada de la institución conocida como “juicio político”, no se quede a medio camino en el propósito de hacer que los más altos servidores públicos sean los primeros en acatar la ley y por supuesto, en cumplir y hacer cumplir lo preceptuado por la Carta Magna.

El tema que hemos citado, merece un amplio estudio dedicado ex profeso a indagar sobre este vasto campo del derecho. Toda vez que nuestra investigación tiene otro enfoque, nos serviremos de estas breves consideraciones para el sólo propósito de señalar hasta dónde es posible conceptuar como una auténtica defensa de la Constitución el seguimiento de los juicios políticos en contra de servidores públicos y la imposición de determinadas “sanciones” que no deben subsumirse en otras ya existentes y menos aún, ser idénticas a las responsabilidades administrativas que pueden imponerse hasta a los servidores públicos de menor jerarquía.

Al indagar estas posibilidades, nos hemos permitido traer a colación una clasificación que nos puede servir para avanzar en el tema que nos ocupa. En el corpus de la pirámide integrada por todos los hombres que quieren y actúan en nombre del Estado, hay algunos servidores públicos que bien sea por la *jerarquía de la norma* que reconoce su existencia o por la *naturaleza del órgano* al que pertenecen o representan, se ubican en la parte más alta de la figura geométrica que esquemáticamente sirve para indicar la cercanía y estrecha vinculación que hay entre el *órgano* y la *norma*.

En este contexto, los servidores públicos de mayor jerarquía ocupan la parte más alta de la pirámide de poder ideada por Eckehart Stein; como parangón (con sus naturales diferencias), las normas jurídicas de mayor jerarquía (la Constitución incluida), se ubican en la parte cercana al vértice de la pirámide jurídica construida por Hans Kelsen.

Estas dos construcciones, una vez superpuestas para el efecto de identificar las violaciones a la Carta Magna, dan cuenta de una serie de actos extraconstitucionales y metaconstitucionales que la normalidad y la normatividad, difícilmente identifican en nuestro Estado de Derecho.

Los actos extraconstitucionales pueden presentarse en cualquier nivel de la pirámide de poder; a pesar de ello, a medida que se desciende en la figura geométrica en análisis, el espectro de servidores públicos se vuelve más amplio y por lo mismo, puede ser mayor el número de actos extraconstitucionales que se cometan, lo que hace más difícil su detección; citemos en vía de ejemplo, el caso de un servidor público que se desempeñe como profesor en alguna escuela primaria de cualquier entidad federativa, quien para garantizar la aportación de cuotas por parte de los padres de familia, niegue el derecho a la educación que tienen los menores; evidentemente la conducta descrita, violatoria a derechos humanos y al artículo tercero de la Carta Magna, implica un acto fuera del contexto constitucional; su inconstitucionalidad, su ubicación extraconstitucional, merece que el servidor público implicado, sea sometido a los procedimientos previstos legalmente para restituir a los menores educandos en su derecho conculcado.

Pero, ¿qué sucede en relación con el desconocimiento de la Carta Magna en este caso?, ¿es necesario que se instrumente la *acción de reparación constitucional*?, ¿cómo se lleva a cabo esta? En el *universum iuris* vigente en nuestro país, no existen a este nivel acciones de reparación constitucional; en términos generales, con la cancelación del acto violatorio a derechos humanos, se entiende implícita la vuelta a la normalidad. Sin embargo, creemos que la legislación aplicable está muy limitada, ya que la interrupción o terminación del acto atentatorio del orden constitucional, no es suficiente para la vuelta a la constitucionalidad; en casos similares, donde se ven implicados a diario servidores públicos de parecido nivel dentro de la estructura estatal -vgr. policías que realizan detenciones fuera de los supuestos previstos por la Constitución, Agentes del Ministerio Público que retienen indebidamente a los indiciados, inspectores que realizan visitas domiciliarias sin cumplir con los requisitos aplicables al caso concreto, médicos que niegan el acceso al derecho a la salud, etcétera-, las acciones de reparación constitucional no tienen lugar; en un caso extremo, los procedimientos administrativos y/o penales, se limitan a determinar si ha lugar o no a imponer al servidor público señalado como responsable, alguna sanción administrativa o penal.

En este rubro es preciso tener mucho cuidado para evitar alguna interpretación desviada del leitmotiv que yace en la naturaleza de los actos en análisis. ¿Qué sucedería si los actos atribuidos al profesor en la hipótesis que planteamos, los llegara a cometer el Secretario de Educación? En este supuesto, los actos extraconstitucionales adquirirían otra dimensión; hablaríamos entonces de actos metaconstitucionales por provenir de un servidor público de primer nivel. Obviamente, las consecuencias y el tratamiento de un caso de este perfil, son absolutamente distintas a las que se podrían configurar tratándose de un profesor de la sierra de Guerrero. Esto lo veremos más adelante.

Volviendo al caso de los actos extraconstitucionales, los actos que se salen de la constitucionalidad y que en este nivel vulneran asimismo la legalidad, es decir, el orden legal establecido en el *universum iuris*; a pesar de su gravedad no alcanzan a ser tan preocupantes como los que se cometen en los niveles superiores de la pirámide, porque la propia ubicación de los servidores públicos de menor jerarquía, hace muy difícil que al trastocarse el contenido de la Constitución, dichos actos irregulares dejen de ser sancionados.

La explicación de esta afirmación, se encuentra en la ubicación de los servidores públicos de nivel secundario; por lo general, dentro de la gradación competencial que al efecto presenta la estructura estatal, existen órganos superiores que sirven para controlar, supervisar, corregir y sancionar a los de menor jerarquía. Esto significa que en el caso hipotético de nuestro ejemplo, el profesor sería sujeto a un procedimiento administrativo para frenar sus actos y sancionar su conducta conforme a la legislación aplicable. Esto quiere decir que tratándose de servidores públicos que ocupan la parte media y la base de la pirámide de poder, es casi imposible que se sustraigan de la acción de los órganos superiores encargados de vigilar su desempeño. Por eso es que los actos extraconstitucionales, aún a pesar de su gravedad, no implican un riesgo mayor para la Norma *normarum* de México.

Por otra parte, los actos metaconstitucionales son las transgresiones cometidas por servidores públicos de primer nivel en contra de la Carta Magna. Desde luego, dichos actos, solamente pueden ser atribuidos a quienes dentro de la estructura estatal se ubican en la cúspide de la pirámide. Los actos metaconstitucionales, merecen esta denominación porque tienen lugar fuera del *universum iuris*, esto es, fuera de la pirámide jurídica, pero fuera del vértice,

no fuera por los costados ya que en este caso se trataría de actos extraconstitucionales, como ya lo explicamos líneas atrás.

Volviendo al ejemplo del Secretario de Educación, su conducta que implicara violación a derechos humanos de los educandos o transgrediera los principios contenidos en el orden constitucional, no obstante que fuera sancionada en el hipotético caso a través de juicio político, sí demandaría la instauración de una acción de reparación constitucional. En este punto la cuestión se complica aún más.

Primero, porque la sanción que en todo caso se llegara a imponer al titular de un órgano de primer nivel, no tendría el efecto reparador necesario para la vuelta a la normalidad constitucional; si en nuestro ejemplo, el profesor tendría la capacidad para imponer a su arbitrio el pago de cuotas o la entrega en especie de bienes para la escuela, tratándose del Secretario de Educación, sus determinaciones, alcanzarían un universo mayor, absolutamente fuera de cualquier comparación; debemos tomar en cuenta que en todo caso, las determinaciones del titular del órgano primario, tendrían una forma jurídica, ya sea a través de Reglamentos, Circulares o disposiciones de observancia general que aún siendo internas y con efectos únicamente para la dependencia a su cargo, sí podrían vulnerar el orden jurídico-constitucional de nuestro país, llegando incluso a trastocar principios contenidos en nuestra Carta Magna.

En segundo lugar, es oportuno recordar que fuera del vértice de la pirámide jurídica que contiene en su totalidad el universo jurídico del Estado, ya no es posible conocer, supervisar ni sancionar las conductas de claro contenido metaconstitucional.

Esta afirmación debe ser tomada con cautela; no hemos dicho que la conducta del Secretario, en nuestro ejemplo, no pueda ser sancionada; con todo y que el juicio político en los términos en que está vigente no representa la vía más adecuada y expedita para determinar la responsabilidad de los servidores públicos de primer nivel, vale decir que ninguno de estos, ni siquiera el Presidente de la República, se pueden sustraer formalmente de la acción de los órganos facultados para conocer y resolver respecto de las irregularidades que les sean atribuidas.

A pesar de ello, una vez cometido el acto metaconstitucional, sus efectos se prolongan más allá del vértice de la pirámide jurídica. ¿Acaso no un Reglamento que contrarie los principios contenidos en la Carta Magna, queda subsistente con todo y su inconstitucionalidad, a pesar de que el servidor público de primer nivel sea sancionado?; ¿no es un caso extremo cuando tienen lugar las reformas constitucionales “inconstitucionales”? Indudablemente, fuera del *universum iuris*, ya no existen las instancias jerárquicas competentes para volver a la normalidad constitucional; por eso es que la vía de amparo -a pesar de sus efectos limitados-, sigue siendo el mecanismo de mayor efectividad para impedir la aplicación de disposiciones contrarias a la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, podemos emitir dos grandes conclusiones preliminares:

Primera.- Las responsabilidades de los servidores públicos de primer nivel deben ser conocidas y sancionadas de manera expedita por un órgano especializado. La sanción que en todo caso se imponga, no debe empalmarse con las de naturaleza administrativa y/o penal.

Segunda.- Los actos metaconstitucionales, derivados de la conducta irregular de los servidores públicos del más alto nivel, deberán ser puestos en conocimiento del Tribunal Constitucional, a fin de que éste determine la pertinencia y la procedencia de su anulación. Además deberá intervenir en la importante función de reparación constitucional.

En el siguiente cuadro, nos hemos permitido señalar cuatro hipótesis en las que pueden tener lugar los actos extra y metaconstitucionales. Nótese que en estos dos grandes supuestos la jerarquía o nivel del servidor público implicado y el tipo de violación constitucional, son los que determinarán el procedimiento a seguir para restaurar el orden constitucional conculcado o desatendido.

HIPÓTESIS PRIMERA.-v(dh) + spun = actos extraconstitucionales

HIPÓTESIS SEGUNDA.-v(dh) + sppn = actos metaconstitucionales

HIPÓTESIS TERCERA.-v(pc) + spun = actos extraconstitucionales

Pueden configurar algún delito (sedición, motín, rebelión)

HIPÓTESIS CUARTA.-v(pc) + sppn = actos metaconstitucionales

v(dh) = violación a derechos humanos.

Se incluyen aquí las garantías individuales, porque lejos de la idea de propiciar algún debate sobre el particular, hemos creído conveniente utilizar el término derechos humanos (por ser una voz más amplia), con la intención de englobar también a los derechos reconocidos en el derecho positivo mexicano a los habitantes que no tienen la calidad de ciudadanos.

sppn = servidor público de último nivel.

Fuera de toda intención peyorativa, hemos designado así a los servidores públicos que ocupan el cuerpo y la base de la pirámide de poder.

v(pc) = violación a los principios constitucionales.

Quedan comprendidas bajo esta designación las decisiones políticas fundamentales, así como los principios que vertebran la estructura del estado mexicano.

sppn = servidor público de primer nivel

Son estos los titulares de los órganos primarios, particularmente los de la “trilogía funcional del poder”.

Instrumentos

Ahora bien, para llevar a cabo el control constitucional orgánico, es preciso contar con un catálogo que contenga las *acciones de reparación* viables y de alcances ciertos, a fin de restaurar el orden constitucional que en un momento dado puede ser trastocado con determinaciones de los servidores públicos de primer nivel.

En este contexto, el Tribunal Constitucional Mexicano, aparte de las acciones de prevención que realizará, según lo vimos en el apartado precedente, será competente para conocer y desahogar las siguientes acciones de reparación que complementarán o perfeccionarán los procedimientos que ya existen en el derecho positivo mexicano.

a).- El *juicio de responsabilidad constitucional* de los servidores públicos de primer nivel.

El juicio político en la forma que actualmente tiene en nuestro país, debe ser sustraído del ámbito “político”; no es lo más recomendable que en un Estado de Derecho, las cuestiones vinculadas con la responsabilidad (del tipo que ésta sea) de los servidores públicos, se hallen fuera del ámbito competencial de los Tribunales. No perdamos de vista, a propósito, que este medio de control constitucional ha carecido de eficacia en México y que fundamentalmente, se le ha utilizado “políticamente” para ejercer presión hacia determinados actores políticos e incluso -desnaturalizando su telos-, hasta para dar cauce a vendettas de nulo contenido jurídico que hablan más bien, de la ínfima calidad de quienes hacen uso de este importante instrumento de defensa constitucional.

b).- Los recursos de *inconstitucionalidad* para obtener la nulidad de las determinaciones de los servidores públicos de primer nivel. A diferencia de las acciones que tienen la misma denominación y que están incluidas en el artículo 105 de nuestra Carta Magna, las que aquí hemos señalado, tendrán como propósito primordial obtener la anulación de las acciones o determinaciones ordenadas o instrumentadas por los titulares de los órganos de primer nivel.

Para no incurrir en una absurda duplicidad, será necesario -previa una revisión a fondo de nuestro texto constitucional-, que el contenido del artículo 105, relativo a las controversias constitucionales y a las acciones de inconstitucionalidad, se traslade al ámbito competencial del Tribunal Constitucional; sin duda, lo más conveniente es que dichas acciones formen parte del catálogo de atribuciones del órgano cuya creación proponemos; por principio, los asuntos de pleno derecho tienen que ser sometidos al conocimiento de los Tribunales y en este caso, las acciones de inconstitucionalidad tienen esa naturaleza.

c).- La *acción popular* para la defensa de derechos colectivos o difusos. Estas acciones, parecidas a las acciones de clase del sistema norteamericano o a las acciones populares previstas en los ordenamientos de algunos países sudamericanos podrán intentarse con el fin de que los gobernados -en lo particular o en representación de algún grupo social al que pertenezcan- tengan la oportunidad de denunciar ante el Tribunal Constitucional las irregularidades de los servidores públicos de primer nivel que a su juicio afecten alguno de los principios contenidos en la *Lex fundamentalis*; asimismo, este procedimiento podrá intentarse a efecto de que el Tribunal Constitucional se aboque al conocimiento e investigación de conductas de los titulares de cualquiera de los órganos primarios del Estado que fundadamente se puedan reputar como metaconstitucionales.

De esta forma será posible que los ciudadanos tengan reconocido el derecho de demandar y obtener la anulación de dos irregularidades de suma trascendencia:

1.- De los actos metaconstitucionales atribuibles a los titulares de los órganos primarios.

Al solicitar la intervención del Tribunal Constitucional y una vez agotada la secuela procedimental, la sentencia que recaiga podrá incluir la sanción administrativa que sea procedente imponer al servidor público señalado como responsable y solicitar la intervención de la Representación Social, a fin de que determine si ha lugar a consignarle ante los Tribunales competentes; al margen de esto, el Tribunal Constitucional podrá imponer sanciones de otra naturaleza; pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que un *juicio de responsabilidad constitucional* tenga como desenlace la destitución de algún Secretario e incluso del Presidente de la República. Tales supuestos no deben verse como posibilidades remotas en un Estado de Derecho; nótese, sin embargo, que la destitución en este caso, no tendrá naturaleza administrativa sino política. Id. est. no obstante que la sanción que en su caso llegue a imponer el Tribunal Constitucional, tenga la misma denominación que reciben las sanciones contenidas en las Leyes Federal y estatales de Responsabilidades, no hay que perder de vista que tanto por el sujeto de que se trata, como por el órgano que la emitirá, sin duda, habrá una diferencia sustancial entre unas sanciones y otras.

2.- De la producción jurídica o determinaciones que hayan nacido o se hayan derivado de la conducta de claro exceso en el ejercicio del poder público, atribuible a servidores públicos de primer nivel.

En el caso de que la conducta metaconstitucional, puesta en conocimiento del Tribunal Constitucional, dejara como resultado la emisión de alguna "ley", los sujetos legitimados en este supuesto, podrán combatir mediante la acción correspondiente tal disposición a fin de obtener su anulación. Desde luego, en el caso de que esta acción llegue a prosperar sus efectos serán erga omnes.

Legitimación

En primer lugar, diremos que tratándose de la legitimación, cualquier ciudadano mexicano en pleno goce de sus derechos, estará legitimado para acudir al Tribunal Constitucional a demandar su intervención, en cualquiera de los procedimientos que hemos citado.

Tratándose de las asociaciones o grupos legalmente constituidos, se podrá recibir su demanda, incluso cuando la acción se intente para exigir el respeto de algún derecho colectivo o difuso que se estime conculcado por la actuación de algún servidor público de primer nivel.

En materia electoral, los partidos políticos y las agrupaciones de ciudadanos constituidas con fines académicos o culturales, podrán instar al Tribunal Constitucional para el efecto de que los derechos políticos de los ciudadanos sean respetados en términos de la legislación electoral. Retomamos aquí la modalidad que han adoptado algunos países al respecto. Por ejemplo, en Costa Rica *"corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones interpretar las Leyes que se relacionen con la materia electoral."*¹⁶⁹

En este último caso, estimamos pertinente que las cuestiones vinculadas con la interpretación de alguna disposición o conjunto de normas jurídicas relacionadas con la materia electoral, pasen a formar parte de las atribuciones

169 Párrafo tomado del sitio de internet http://www.asamblea.go.cr/221_asambleaenescena.htm

del Tribunal Constitucional, tanto tratándose de las iniciativas de ley o propuestas de reforma constitucional, como para el caso de que deba resarcirse alguna violación en materia electoral, atribuible a algún servidor público de primer nivel.

Sin duda, un estudio muy pormenorizado, previo a la creación del Tribunal Constitucional, determinará la conveniencia de que las atribuciones actualmente reconocidas al Tribunal Federal Electoral, pasen a formar parte del catálogo de competencias del Tribunal Constitucional. Tal vez sea tiempo de unificar en un sólo órgano las facultades que actualmente se hallan diseminadas entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Cámaras de Senadores y de Diputados, el “Constituyente Permanente” y el propio Tribunal Federal Electoral.

Por último, en el caso de los derechos colectivos o difusos que se estimen violados por algún servidor público de primer nivel, podemos confirmar nuestro punto de vista con respecto a las acciones de prevención.

Como corolario, podemos señalar la pertinencia de que el ejercicio de estos instrumentos constitucionales, pueda ser una atribución de las Comisiones Públicas de Derechos Humanos del país; en este caso, las defensorías de habitantes de las entidades federativas, podrán solicitar la intervención del Tribunal Constitucional en los dos grandes ámbitos que hemos señalado: en las acciones de prevención y en las de reparación constitucional.¹⁷⁰

Procedimiento

Los procedimientos de reparación constitucional a que nos referimos, deberán interponerse ante el propio Tribunal Constitucional por los interesados. Si se

¹⁷⁰ Cfr. El contenido del artículo 281 de la Constitución Política de Venezuela que da cuenta de la forma en que la Defensoría del Pueblo puede intervenir en casos de tal relevancia para la vida política colectiva. Dice así el numeral invocado: “*Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: ... 3.- Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.*”

tratará de algún procedimiento para el inicio del juicio de responsabilidad política, la parte actora podrá incluso, presentar su demanda ante las Legislaturas de las entidades federativas, la Asamblea de representantes del Distrito Federal y las Cámaras de Diputados y de Senadores del H. Congreso de la Unión. Los pormenores sobre la tramitación, formalidades, procedimientos y términos, deberán ser vaciados en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que al efecto se expedirá.

Resolución

La resolución o sentencia que dicte el Tribunal Constitucional deberá arrojarse con el principio de definitividad; además al adquirir autoridad de cosa juzgada, sus resoluciones deberán inscribirse en el “Registro Nacional de Sentencias Constitucionales” que a manera de bitácora recogerá todos los precedentes sobre los asuntos que hayan sido puestos en conocimiento del Tribunal Constitucional; así, podrá comprobarse que el sistema norteamericano del *stare decisis* tiene algunos aspectos útiles que pueden adaptarse a nuestra legislación.

Alcances de la Reparación Constitucional

Las sentencias que el Tribunal Constitucional emita, podrán tener efectos exhortativos, interpretativos, declarativos o constitutivos, dependiendo de la acción que en el caso particular se intente y del sentido en que se emita la resolución correspondiente.

Tratándose del juicio de responsabilidad constitucional, la sentencia deberá surtir efectos declarativos; incluso, habiendo alguna afectación a la Carta Magna que pueda incidir negativamente en derechos colectivos o difusos, la sentencia deberá surtir efectos retroactivos y de carácter reparador, a fin de que el Estado asuma la restitución de los derechos de los gobernados.

La naturaleza dual de la sentencia que aquí estamos tratando, deberá tomar en cuenta los dos grandes aspectos que hemos venido analizando a lo largo de la presente investigación: por un lado, la transgresión al orden constitucional;

por el otro, la violación a la Carta Magna materializada en agravios a los gobernados, incluso a los derechos de grandes sectores de la población.

En este supuesto ni siquiera deberá ser necesaria la tramitación por separado de la acción de clase para reparar el daño causado a los interés colectivos o de grupo.

Como se ve, es necesaria una reforma constitucional a fin de adecuar los numerales 110 y 111 al funcionamiento del Tribunal Constitucional propuesto. Definitivamente, el juicio político actual, da la impresión de ser un esquema vetusto que fue útil en la instrumentación de los órganos de poder para dar lugar al sometimiento y la burla que estigmatizaron al siglo XX, en el que el presidencialismo consolidó un sistema político tribal, inaceptable para las generaciones de nuestro tiempo.

La preocupación central que nos ha permitido hilvanar los conceptos vertidos a lo largo de la presente investigación, ha permeado ya en importantes sectores de la doctrina; es más, incluso algunos juristas que se desempeñan a diario en la función jurisdiccional, se han mostrado preocupados por esta problemática de grandes alcances; a propósito, un magistrado plasmó en una obra reciente la siguiente reflexión: *“Por lo tanto, para complementar esa relevante labor de las autoridades judiciales y dado que son quienes conocen de manera inmediata los asuntos y deben aplicar el derecho, se considera que de estimar éstas, por razones fundadas, que deben plasmar en la resolución que deberán emitir, que alguna de las normas ordinarias que en el juicio respectivo del que conozcan sea transgresora de garantías individuales, deberán abstenerse de continuar el procedimiento, decretando la suspensión relativa y remitirán las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y señalarán el precepto que estimen inconstitucional y que por la naturaleza de la controversia deba aplicarse; lo anterior para que con citación de las partes, del Poder Legislativo, y oyendo la opinión del Ministerio Público Federal, en una audiencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría calificada de cuando menos ocho votos decida si la ley o disposición legal es contraventora de la Constitución Federal y será a través de esta vía, diversa a las existentes, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomará conocimiento y decidirá en consecuencia si resulta inconstitucional o no una norma ordinaria. Para llevar a cabo lo anterior se propone: I. Adicionar una fracción, que será la IV al artículo 105, de la Constitución Federal... III. La*

*declaratoria impedirá que la norma declarada inconstitucional se aplique por la autoridad judicial.*¹⁷¹

Esta propuesta condice con el punto de vista de estudiosos del derecho constitucional, para quienes la fórmula Otero debe dejarse de lado, al menos tratándose de leyes declaradas inconstitucionales; además, esta propuesta es acorde de alguna forma con los mecanismos que actualmente operan en otros países. Por ejemplo, en España *"Tanto el artículo 163 de la Constitución, al hablar de "órgano judicial", como el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que utiliza la expresión "Juez o Tribunal", dejan muy claro que este proceso de inconstitucionalidad sólo puede ser deducido por los órganos que integran el poder judicial y por las Salas que componen el Tribunal Constitucional, los cuales también pueden plantear cuestiones al Pleno."*¹⁷²

Una última parte que no podíamos pasar por alto en el presente apartado, tiene que ver con las relaciones que guardará el Tribunal Constitucional con la *trilogía funcional del poder*. Al referirnos al principio de la independencia que deberá caracterizar su función, dijimos que el Tribunal Constitucional, no recibirá indicaciones ni sugerencias de ningún órgano ni menos aún de persona alguna. Esta prohibición alcanza a todos los órganos, pero está formulada primordialmente para los tres poderes y para los órganos que de ellos dependen; al efecto, nos permitimos recordar nuestra tesis sobre las pirámides de Kelsen y de Stein que a fin de evitar repeticiones, tenemos por reproducida en esta parte de nuestra investigación, particularmente en lo que toca a los actos metaconstitucionales y a la jerarquía de los diversos servidores públicos, especialmente los de primer nivel.

De la misma forma en que hemos planteado la exigencia de que el Tribunal Constitucional goce de independencia frente a los tres poderes del Estado, así también debemos puntualizar que no obstante que la función del Tribunal

171 Martínez Sánchez, Francisco. "Nueva vía constitucional para que los Tribunales de jurisdicción denuncien la inconstitucionalidad de leyes", en *Iniciativa, Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México*. Año 2, Número 6 enero-marzo 2000. p. 30

172 Cano Mata, Antonio. *Cuestiones de inconstitucionalidad, Doctrina del Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas, España, 1986. p. 38

necesariamente incidirá en algunas tareas de la trilogía funcional del poder, respecto al quehacer estrictamente jurisdiccional del poder judicial, el citado Tribunal Constitucional no tendrá facultades para intervenir en su conocimiento y resolución.¹⁷³ Quedará de esta forma resguardada la importantísima función del Poder Judicial, ya que el Tribunal será un órgano especializado en la defensa y control de la Constitución y por lo tanto, la competencia de los Tribunales Ordinarios permanecerá inalterada, excepción hecha de los supuestos previstos por el artículo 97 relativos al procedimiento investigador de la Corte, así como por las fracciones I y II del artículo 105, los cuales deberán derogarse a fin de trasladar estas facultades al ámbito competencial del Tribunal Constitucional por ser el órgano ad hoc, técnico, especializado para tal efecto.

Es inconcuso que en los regímenes de tipo presidencialista, esta exigencia de independencia del Tribunal Constitucional se acentúa. Por esta razón, debemos subrayar dicha condición a fin de que, para el caso de que en México se llegue algún día a implantar un sistema de control constitucional y defensa de la Constitución como el que hemos propuesto, este sea uno de los primeros principios en ser apuntalados y defendidos por el propio Tribunal.

La relación del Tribunal Constitucional con los tres poderes será, obviamente de respeto. Como los tres órganos primarios serán los que intervengan en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, pensamos que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como las normas jurídicas aplicables a la *trilogía funcional del poder*, deberán ser muy concisas en los términos en que estos tres poderes deberán cumplir con su obligación de designar a los Magistrados que les corresponda.

Esta cuestión no es un asunto menor; en España, por ejemplo se vivió un lamentable caso de vacío orgánico-legal, cuando en un momento dado las instancias encargadas de hacerlo, no cumplieron con su obligación de designar a los miembros integrantes del Tribunal Constitucional Español. Un autor de

173 Cfr. Lo dispuesto por el artículo 276 de la Constitución Política de Ecuador que señala: "*Competerá al Tribunal Constitucional: ... 7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes. Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional.*"

ese país, destacó la trascendencia de esta omisión con las siguientes palabras: *"Semejante comportamiento que, como digo, es ya reincidente, convierte esta anécdota en una auténtica categoría asentada que vulnera la Constitución. Dicho de otra manera, nos encontramos con una conducta que podría ser incluida en un concepto elaborado por la doctrina de varios países como "inconstitucionalidad por omisión", es decir, se trata de una inactividad, de una inacción, de algo a lo que obliga la Constitución y que, sin embargo, no se hace, por lo que se puede hablar así de una "omisión aplicativa" de lo mandado en ella. Ahora bien, aunque no disponemos, por el momento, de los mecanismos jurídicos para recurrir tal tipo de inactos u omisiones, cabría encontrar alguna fórmula para evitar esta anomalía inconstitucional."*¹⁷⁴

Queda de esta forma asentada la valiosa tarea que representa la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional. En toda la sociedad mexicana deberá hacerse sentir la necesidad de que la Constitución se mantenga firme en sus principios vitales; esta exigencia de primera importancia, sólo será posible cuando el sistema jurídico de nuestro país cuente con los instrumentos y mecanismo adecuados, y con las instancias idóneas para atender los asuntos de singular relieve que aquí hemos descrito.

En México, como actualmente sucede en otros países, la conservación de la Lex fundamentalis, deberá ir aparejada con un proceso de paulatino crecimiento cultural y político de los habitantes; en este sentido, por ejemplo, podemos citar el caso de Alemania en voz de un estudioso de aquel país: *"... cabe decirse que el régimen de justicia constitucional alemana es un elemento esencial de estabilidad política, tomando en cuenta de que el funcionamiento del Estado contemporáneo se funda en una participación crítica de sus ciudadanos, la cual excluye lo mismo una adhesión ciega que un rechazo total."*¹⁷⁵

La importancia del Tribunal Constitucional es innegable en los Estados democráticos de nuestro tiempo; las atribuciones de los titulares de los órganos

174 De Esteban, Jorge. "Una anomalía inconstitucional", en el periódico *El Mundo*, 5 de junio de 1998, España. Texto extraído de la página de internet <http://metropoli.org/1998/06/05/opinion/N0027.html>

175 Horn, Hans-Rudolf. "Justicia constitucional alemana", en *Justicia Constitucional Comparada*. Op. cit. p. 58

del Estado, no pueden dejarse sueltas ni al arbitrio de los gobernantes; por eso, tan reprochables son los actos extraconstitucionales como los metaconstitucionales, cometidos por los servidores públicos que integran la pirámide de poder; a propósito, la jerarquía que en este caso hemos manejado como criterio diferenciador, no debe ir más allá de su utilidad en el presente estudio, porque las funciones de los servidores públicos de primer nivel, así como las de aquellos que tienen asignado el más modesto encargo, son igualmente valiosas.

En ambos casos, empero, la vigencia y validez de la Carta Magna debe obligar por igual a todos los servidores públicos; el Tribunal Constitucional, en este sentido, deberá concebirse como el órgano capaz de imponer el orden constitucional-legislativo y orgánico, por encima de toda la producción jurídica y frente a gobernantes y gobernados; lejos por supuesto, de las visiones autoritarias que miran en las instituciones la inmejorable oportunidad para medrar en el poder o para desatar las más primitivas pasiones, en demérito de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, alma y voz de nuestro pueblo.

III. Una Constitución para el Siglo XXI

El inicio del siglo XXI, nos ha hecho asistir a un escenario de inusitadas transformaciones en todos los órdenes. Si el siglo XX fue la centuria de los grandes descubrimientos, el que hoy transitamos, nos ha dejado a merced de lo asombroso e inusitado.

En los más variados campos, se puede advertir el síntoma del cambio, de la evolución pronta y constante que sacude los esquemas y estereotipos con los que las generaciones todavía de la última parte del siglo XX, crecieron y creyeron.

Sin embargo, las verdades inamovibles de ayer, se derrumban a cada instante en este mundo convulso, confuso y violento. De la misma forma, los principios y dogmas que acompañaron a los hombres y mujeres de la pasada centuria,

hoy no son más que frágiles axiomas, que fácilmente se vuelven presa de sus propias contradicciones.

Los debates de nuestro tiempo que giran en torno a la globalización, al mundo de la economía y las finanzas, tienen que ser reorientados con urgencia. Antes que pretender zanjar las contrastantes incongruencias del mundo del dinero, donde unos lo poseen casi todo y millones de seres están sujetos a los vaivenes de los mercados bursátiles, es necesario realizar un brusco viraje hacia los asuntos de mayor urgencia para los seres humanos de todos los pueblos.

Uno de los temas de mayor urgencia está conformado por los asuntos que tienen que ver con el respeto indeclinable de los derechos de los seres humanos; todas las categorías sobre el particular demandan un tratamiento más acucioso, responsable; no es posible que los Estados permanezcan impasibles ante las visibles injusticias que caracterizan a las sociedades contemporáneas; de igual forma, las organizaciones supranacionales, no pueden mostrarse apáticas a los problemas que a todos nos afectan como conjunto social.

Los temas englobados bajo el común denominador de la defensa de los derechos humanos, son de primera importancia; cabe decir que su comprensión cabal y su genuina dimensión sólo pueden ser oteadas a través del constitucionalismo; no hemos llegado todavía al caso de que las Cartas constitucionales de los Estados, se hallen sometidas a los dictados de las organizaciones supranacionales; en este entendido, los pilares que sustentan la vida política de las naciones siguen siendo vistas bajo el lente de la soberanía: un tema viejo que tiende sus alas sobre los pueblos que se resisten al dominio mundial de los centros financieros.

Desde este enfoque, la importancia de las Constituciones no deja lugar a la discusión; a lo largo de este trabajo hemos procurado demostrar que la Carta Fundamental de cualquier país, en este caso concreto de México, desborda el rasero del formalismo para ubicarse en el auténtico sentido y dimensión de una Carta Magna que siendo histórica ha servido para fundar, estructurar, proyectar y servir de punto de partida para cualquier habitante en lo individual o a través de sus organizaciones.

Intentos recientes por modificar parte de su contenido, han ocupado importantes espacios en el debate cotidiano por mejorar nuestro entorno

jurídico y político. Incluso, más allá de estas propuestas, ha habido otras caracterizadas por la avilantés de proponer la abrogación de nuestra Carta Magna.

A ninguna de estas les han faltado argumentos para pugnar por una Nueva Constitución o incluso por una Nueva Constitucionalidad. Hay en estas ideas algunos resabios de creencias en que la renovación de los documentos fundamentales de un país, pueden ser capaces de cambiar su rumbo. No obstante ello, al bogar por mares ignotos, el constitucionalismo moderno no puede incurrir en el error de pretender inventar el sistema jurídico de un país desde cero; una aspiración de estas dimensiones está fuera de toda congruencia y cercanía con la realidad.

Para México, es necesaria una revisión de su Carta Fundamental; esta exigencia inscrita en el ánimo de un amplio sector de los actores políticos y de los gobernados, ha caracterizado el inicio del nuevo siglo; sin embargo, las propuestas que se han polarizado entre la reforma de la Constitución y la promulgación de una nueva, distinta de la actual, sólo dan cuenta de una pretensión de renovación que no se puede entender de suyo justificada, si le falta una debida fundamentación y justificación.

No basta, a nuestro juicio, con decir que la Constitución que nos rige es distinta de su original de 1917; no es suficiente con afirmar que las nuevas generaciones de mexicanos demandan un *universum iuris* renovado, distinto, actual y, por ende, una Constitución más abierta, más liberal. Innegablemente, como lo señalamos a lo largo del presente trabajo, las generaciones de ciudadanos que habitarán en nuestro país en la presente centuria, tienen el derecho de decidir hacia dónde conducirán al Estado, a sus instituciones, cómo van a regular el poder de las instituciones y cómo van a hacer que éstas respeten en todo momento los derechos de los gobernados.

Estas cuestiones, sin embargo, aún cuando forman parte del catálogo de derechos y obligaciones que estructuran a la Constitución, no pueden quedar en manos de los mexicanos de este tiempo en el que se pretende que la renovación total de nuestras instituciones permita una mejor convivencia entre los habitantes, relevos maduros y civilizados del poder público y, desde luego, mejores niveles de vida para los habitantes. El poder estatal, en este sentido, requiere una urgente reestructuración, demanda un modelo más moderno que

haga posible que el ejercicio de las potestades de los órganos del Estado no estén reñidas, ni entren en inevitables colisiones con los derechos de los habitantes.

Estas grandes líneas de acción serán, con toda seguridad, los rieles por donde correrá el Estado mexicano del siglo XXI: constitucionalismo renovado, sólido; legalidad inaplazable e irremplazable; derechos humanos vigentes, respetados y eficazmente exigibles frente al poder público; instrumentos jurídicos de prevención y reparación constitucional accesibles, modernos; derechos colectivos o difusos en franca expansión.

En el renovado constitucionalismo del siglo XXI, deberán mantenerse enhiestos, los principios constitucionales que alimentaron con su savia a la primera Constitución mexicana, la de 1824; el país no es otro; es cierto, la sociedad mexicana ha cambiado; de ser en su mayoría rural a principios del siglo XX, ahora las grandes urbes se agitan con un desarrollo continuo que hace emigrar a más personas hacia ellas; además los mexicanos de nuestro tiempo constituyen una sociedad más abierta, más desarrollada, más participativa y más demandante.

Una Constitución para el siglo XXI, se erige como una necesidad inaplazable en la conformación de un Estado más sólido hacia el interior y de mayor proyección hacia la comunidad internacional. Sobre el debate que se ha suscitado acerca de la forma en que esto sería posible, han abundado las aportaciones de muchos juristas de nuestro país.

Algunos se han pronunciado a favor de que se convoque a la integración de un Constituyente Originario para dar a México una nueva Constitución; otros, han creído que es mejor arreglar la Carta Magna actual a las necesidades de la sociedad que regula; sobre estas dos ideas, podemos extraer algunos comentarios en relación con el tema que ha servido para desarrollar el presente trabajo.

Por un lado, los inconvenientes de orden constitucional que se alzan frente a la intención de promulgar una Nueva Constitución, parecen francamente insuperables; no hay que pasar por alto el hecho de que nuestra Constitución no prevé posibilidad alguna de ser abrogada y sustituida por otra.

La convocatoria a un Constituyente Originario, se estrellaría de entrada con la disposición expresa contenida en el artículo 135 constitucional, ya que de manera muy clara señala a qué instancia le corresponde llevar a cabo las reformas a la Constitución; desde luego que por los términos en que fue concebido el artículo en cita, el ejercicio de la soberanía del pueblo se encuentra prácticamente sometido a las directrices del llamado Constituyente Permanente previsto por el artículo 135.

Complementa esta idea, la disposición contenida en el artículo 136 que señala: *"Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta."*

A propósito de lo que manifestamos en relación con el principio constitucional de permanencia, cabe decir que el artículo 136 se refiere además a la inviolabilidad de la *Lex fundamentalis*; al existir estas dos limitaciones para el cambio de Constitución, creemos que la modernización o actualización de nuestra Carta Magna, debe darse por la vía de la reforma.

A pesar de lo anterior, no han faltado pronunciamientos de autores destacados que estiman que es posible cambiar la Constitución por otra más acorde con nuestro tiempo; sin embargo, no obstante que algunos de sus argumentos son de gran peso, la única vía posible para acceder a la integración de un Constituyente Originario está en la ruptura, lo que obviamente tiene que ver con un movimiento violento que rompa con el actual ordenamiento constitucional y con todo el *universum iuris* para estar en posibilidad de crear desde la nada una nueva Constitución.

Nos parece que el camino más seguro para hacer que la Constitución vaya al mismo ritmo de la sociedad de este siglo, es una reforma integral que en el marco de las disposiciones jurídicas previstas por la propia *Lex legum*, permita la introducción de modificaciones que hagan más actual, más equilibrada y más abierta a la sociedad mexicana.

La confluencia de estas propuestas de reforma, permitirán que el resultado de estos trabajos de gran repercusión en la vida del país, sea una Constitución Política de alto contenido social, de orientación humanista y de innegable vocación democrática. Al manifestarnos a favor de las reformas que hagan posible una Constitución para el siglo XXI, también queremos ser muy claros en decir que los principios constitucionales seguirán siendo la esencia, el motor y la parte medular de nuestra Ley Suprema. Principios tales como los de supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad y permanencia de nuestro máximo ordenamiento jurídico, seguirán siendo la columna vertebral del Estado mexicano.

No debemos desatender la importancia de estos conceptos que han marcado el sino de nuestro andar en el siglo XX; pues no obstante que -como ya lo señalamos en otra parte de esta investigación- las cláusulas pétreas no existen de manera expresa en nuestra Constitución, innegablemente sí hay algunos principios rectores que orientan y dan sentido a la Constitución más longeva de Latinoamérica.

En este orden de ideas, de acuerdo con el derecho vigente, el “Constituyente Permanente” que pretenda llevar a cabo las reformas en comento, tendrá que tomar en consideración la dimensión de los principios constitucionales que deberá mantener intactos, so pena de incurrir en un lamentable ejercicio del poder que conlleve incluso una desviación de los principios e ideales que hicieron de nuestro ordenamiento constitucional, el primero del siglo XX de orientación social.¹⁷⁶

Desde otro supuesto, en caso de que para entonces ya existiera el Tribunal Constitucional, el “Constituyente Permanente” deberá someter a su consideración las reformas constitucionales propuestas, a fin de que este órgano pueda pronunciarse sobre su “constitucionalidad”. Sería muy lamentable que un proceso de tal trascendencia para nuestro país, desoyera la opinión del Tribunal Constitucional; con todo y que así fuera, no hay que

176 Vid. Palacios Alcocer, Mariano. *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano*. U.N.A.M. México, 1995.

soslayar que las opiniones del citado Tribunal son un requisito y conditio sine qua non, para la continuación del proceso de reforma intentado.

En este mismo orden de ideas, es conveniente valorar los alcances de la doctrina de las mutaciones constitucionales. *“La doctrina contemporánea de las mutaciones constitucionales las acepta con las limitaciones indispensables para su conformación con el orden constitucional. Admitir el triunfo del hecho sobre la norma, como quería Jellinek, como forma de mutación constitucional, sería destruir el propio concepto jurídico de Constitución por el aniquilamiento de su fuerza normativa.”*¹⁷⁷

La idea de que hay cambios que de manera imperceptible se van introduciendo a la Constitución, por el mero transcurso del tiempo y de acuerdo con las formas de convivencia de los habitantes, así como por la fuerza de sus tradiciones y por la conformación propia del poder, ha cobrado actualidad en la doctrina jurídica contemporánea; no obstante que los argumentos a favor de esta doctrina, están matizados de elementos históricos y sociológicos, es necesario tomar con cautela sus aportaciones.

Estas afirmaciones chocan con la idea de que sólo el “Constituyente Permanente” puede realizar modificaciones a la Constitución Política; en un ejercicio de contrastación, arribamos a la conclusión de que tomando en cuenta los preceptos constitucionales aplicables en este caso, es necesario que parte de la defensa de la Constitución esté enfocada hacia el control de las mutaciones constitucionales. En último término, nos parece inaceptable que el desarrollo de lo fáctico someta a su imperio las construcciones jurídicas de los hombres; a los hechos es preciso conducirlos, dominarlos, encauzarlos; no podemos acceder a estadios superiores desde el punto de vista jurídico-constitucional, si el sentido y proyección de la Constitución puede ser dejada al vaivén de los hechos históricos o de los fenómenos sociológicos; una afirmación de este contenido, entrañaría un lamentable sesgo en la concepción del mundo jurídico. Es relevante por lo mismo, que el Tribunal Constitucional

177 Da Silva, José Afonso. “Mutaciones constitucionales”, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 1, julio-diciembre 1999. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1999. p. 23

se erija en el órgano ad hoc, especializado, técnico, para llevar a cabo las reformas constitucionales, sin incurrir en el desatino de esperar que la tradición, las costumbres o las modalidades de las relaciones de poder, sean el parámetro para medir los alcances de las modificaciones a la Carta Magna.

La necesidad de que el Estado mexicano cuente con una Constitución que responda a las demandas de la sociedad actual, no debe llevarnos al extremo de intentar desmantelarla para construir sobre sus ruinas una “nueva Constitución”.¹⁷⁸ Si bien es cierto que la Carta Magna no es irreformable, sí debemos ser sumamente cautos al proponer las reformas que se estimen necesarias en el contexto actual en que vivimos los mexicanos. Aún cuando la doctrina de las cláusulas pétreas no existe en nuestro país, como por ejemplo en Italia,¹⁷⁹ es oportuno hacer esta anotación porque los principios constitucionales o decisiones políticas fundamentales, no pueden ser alterados por ningún “Constituyente Permanente”; en este sentido, la limitación de carácter histórico que aquí se halla, supera con mucho la potestad jurídicamente reconocida al citado Constituyente para introducir cambios en estos preceptos que son la estructura y el Volksgeist de la Constitución.

Es preciso decirlo así: la Constitución es anhelo, programa, proyecto; no nada más la historia vive en sus páginas; es cierto que en su texto fueron recogidas las demandas de mexicanos de otro tiempo, pero también es evidente que esas aspiraciones no han cambiado sustancialmente; se quería desde entonces un Estado laico, educación gratuita, respeto a los derechos de los obreros y campesinos, soberanía y federalismo, municipios fuertes; estas siguen siendo demandas apremiantes, impostergables, las mismas de ayer, las de siempre. Hoy, vemos cómo a esas demandas pretéritas, paulatinamente se van sumando las aspiraciones de cada nueva generación de mexicanos; todas se han ido recogiendo en las páginas de nuestra Constitución, y a pesar de que se haya reformado en incontables ocasiones, aún así, su savia alimenta la vida de nuestro pueblo, la fortalece, le insufla esperanza.

178 Algunas voces que se siguen pronunciando sobre la necesidad de convocar a la integración de un Congreso Constituyente que formule una Nueva Constitución. Cfr. Lo manifestado por el Coordinador de los Diputados del PRD, *La Jornada* 10 de agosto del año 2000, p. 13

179 Cfr. El artículo 139 de la Constitución de la República Italiana que dice: “*La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.*”

Estamos de acuerdo con lo expresado por Häberle al respecto: *"La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones "vivas", como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la re(producción) y la recepción cultural, así como el almacén de las "informaciones" culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría, sobrevenidas. igualmente profunda es su validez cultural."*¹⁸⁰ De esta forma se hace evidente el innegable contenido cultural de la Constitución; y es así como las características que hemos señalado con insistencia durante el desarrollo de la presente investigación, se ven enriquecidas con esta otra concepción sobre la Carta Magna. Una *Constitución Mexicana para el siglo XXI*, será legado histórico, catálogo de aspiraciones colectivas, programa de afanes comunes, pero además, expresión de nuestra cultura en general y de manera muy especial, manifestación de nuestra riqueza jurídica.

Una Constitución para el siglo XXI, será sin duda, el tema de los próximos años, no solamente para los constitucionalistas, sino también para los actores políticos, quienes deberán encauzar los más preciados postulados de sus partidos políticos a través de la Lex fundamentalis; a este respecto, deberá retomarse con toda atención e interés el tema de la cláusula de los derechos no enumerados que en otros países ya se ha incluido en su texto constitucional.¹⁸¹ No podemos dejar pasar el tiempo, sin atrevernos a formular

180 Häberle, Peter. "El Estado constitucional europeo", en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 2, enero-junio 1999. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1999. p. 89

181 Cfr. el contenido del artículo 22 de la Constitución Política de Venezuela que señala: *"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos."*

nuevos esquemas, instituciones y mecanismos para renovar y fortalecer la eximia referencia jurídica de nuestro país.

La Constitución Mexicana de 1917, sin duda, ha cambiado; han cambiado también las condiciones de vida en el campo y en la ciudad y aunque nadie puede sentirse satisfecho por lo que se ha logrado, sí es justo señalar que no todos los gobernantes se han empeñado en denostar o desconocer a nuestra Constitución; para los que se han apartado del sendero marcado por nuestra Constitución, deberán idearse los instrumentos de estricto derecho, tendentes a sancionar sus irregularidades, así como las medidas de profilaxis jurídica que nos permitan establecer mecanismos de precontrol para la defensa de la Constitución.

Junto a esta relevante materia, debemos insistir en la promoción y defensa de los derechos de los habitantes; si estos no están debidamente garantizados, de nada sirven las mejores instituciones, porque en último término, el derecho debe servir justamente a los intereses de los gobernados; en este punto, resaltan las dos grandes categorías que hemos querido desarrollar en la presente investigación; por un lado, como ya vimos, los derechos de los hombres y mujeres gobernados por el poder estatal; por el otro, la autoridad de los órganos que ejercen el poder público; unos y otros merecen un espacio para su desarrollo; por eso, en el balance de sus expectativas, sin ambages podemos decir que la Constitución es el fiel de la balanza, pero debe aspirar a ser, además, el justo medio aristotélico a través del cual ni todo el poder sea dado a los gobernados, ni toda la autoridad a los órganos del Estado. Será así, a no dudarlo como los mexicanos podremos transitar en el siglo que recién ha iniciado; tal vez dentro de algunos años o lustros, el Tribunal Constitucional sea una realidad en nuestro suelo; tendremos entonces la inmejorable oportunidad de vivir en un auténtico Estado constitucional y democrático de derecho, donde florezcan las libertades y donde el poder público coadyuve al desarrollo de las potencialidades de los seres humanos regidos por el derecho y el Estado.¹⁸²

182 Vid. Molina Piñero, Luis J. *Aportes para una Teoría del Gobierno Mexicano*. U.N.A.M. México, 1988. Particularmente interesante, es el capítulo Segundo que contiene un análisis sociológico, jurídico y político sobre los procesos de reforma jurídico-constitucional.

Un aspecto muy importante que sigue pendiente en la proyección del modelo de Estado que deseamos para las próximas generaciones, es el relativo a la difícil tarea de conciliar la libertad de los habitantes con el poder público reconocido a quienes gobiernan en el Estado. Unos y otros necesitan vivir; los primeros, con el respeto indeclinable a sus derechos por parte del poder estatal; el Estado, con la misión social que desde siempre se le ha reconocido, imponiendo su potestad.

La responsabilidad colectiva en este sentido, nos alcanza a todos; en nuestra condición de gobernados o bien a cargo de alguna función pública, los mexicanos estamos inmersos en un afán compartido que nos identifica y que siempre encontrará su referencia última, prístina, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El derecho vivo,¹⁸³ el derecho *vigens* de nuestra patria; el *universum iuris* que rige a gobernantes y gobernados que tiene en nuestra Carta Magna la expresión eximia y auténtica de lo que somos y aspiramos a ser en el futuro, tiene que ser defendido y preservado. A la Constitución que condensa historia, anhelos y proyecto nacional, le ha correspondido el sitio de honor dentro del *corpus iuris*; por eso, *una Constitución para siglo XXI*, representa el más grande compromiso de nuestra generación que periclita al igual que el ayer, en que nuestros ascendientes aspiraron y lucharon por una patria grande, libre y generosa.

A los habitantes de nuestro México del siglo XXI, esperanzador, nos toca responder con visión y patriotismo, al encargo de privilegio que la historia ha puesto en cada uno de nosotros.

183 Cfr. El interesante trabajo de Zagrebelsky sobre el derecho vivo contenido en su artículo sobre "La dottrina del diritto vivente", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXI-1986, Milán, Italia.

Conclusiones

PRIMERA

La Constitución de cualquier Estado debe ser concebida desde dos grandes enfoques: Desde el punto de vista del formalismo que la explica como el conjunto de normas jurídicas supremo de un Estado; desde el punto de vista del materialismo, en virtud del cual, la Constitución debe ser comprendida como la expresión de la esencia colectiva y de la historia de un pueblo.

SEGUNDA

Hay en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, algunos principios vitales que no obstante que no están comprendidos bajo la denominación de las cláusulas pétreas, son los que han configurado el perfil histórico de nuestra patria. Estos principios son las decisiones políticas fundamentales que deben mantenerse enhiestas, ya que constituyen la estructura de la propia Carta Magna.

TERCERA

La Constitución en tanto que es concebida como norma jurídica está integrada por algunos principios rectores. Estos principios que nos permiten mantener viva a nuestra Constitución son el de supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia y reformabilidad constitucional.

CUARTA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene primacía por encima de todas las demás normas jurídicas que componen el *universum iuris* mexicano; es importante en este sentido que la supremacía constitucional supere el enfoque formalista para llegar a la afirmación de que la Constitución está también por encima de gobernantes y gobernados.

QUINTA

Para explicar la idea sobre la jerarquía que existe entre las normas jurídicas, la pirámide kelseniana fue muy útil en su momento; actualmente, la concepción sobre los principios de supremacía y fundamentalidad nos llevan a la afirmación de que la Constitución permea todo el corpus iuris de la pirámide jurídica.

SEXTA

La Constitución de acuerdo con una concepción sistémica es mucho más que norma jurídica; condensa también las aspiraciones históricas de nuestro pueblo, los afanes colectivos, el proyecto para el porvenir; por eso, tiene que ser defendida.

SÉPTIMA

La defensa de la Constitución se realiza en el mundo a través de dos sistemas fundamentalmente: el concentrado que obedece al modelo austriaco-kelseniano y el difuso o norteamericano; además, en muchos países el control de la constitucionalidad, se realiza mediante la combinación de ambos sistemas, lo que ha dado lugar a una paulatina "hibridación".

OCTAVA

Los instrumentos con que actualmente cuenta México para realiza la tarea de control constitucional, no son los más idóneos para la defensa de la Constitución; además, estos mecanismos se encuentran a cargo de diversos órganos que no han cumplido de manera satisfactoria con esta delicada tarea; es preciso entonces que un órgano especializado sea creado con el propósito específico de llevar a cabo la defensa de la Constitución. Será el Tribunal Constitucional, el órgano ideado ex profeso para este relevante quehacer.

NOVENA

El Tribunal Constitucional Mexicano tendrá competencia para llevar a cabo acciones de precontrol constitucional y acciones de control constitucional orgánico. De acuerdo con esta idea, el constitucionalismo mexicano debe dar paso a la estructuración de acciones de prevención y acciones de reparación constitucional.

DÉCIMA

El Tribunal Constitucional se integrará con 9 Magistrados que serán designados por la *trilogía funcional del poder*; serán juristas de alta capacidad, ajenos a los partidos políticos y al poder judicial y la duración de su cargo será de cinco años, sin posibilidad de ser reelectos.

UNDÉCIMA

El Tribunal Constitucional deberá conocer y resolver en última instancia, sobre los asuntos de interpretación constitucional; en este sentido, las actuales controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad previstas por el artículo 105 de nuestra Carta Magna, deberán pasar al ámbito de su competencia.

DUODÉCIMA

El Tribunal Constitucional conocerá básicamente de los recursos de inconstitucionalidad, la acción popular y del *juicio de responsabilidad constitucional*. De acuerdo con esto, el juicio político previsto en los artículos 110 y 111 de nuestra Constitución, deberá formar parte de su catálogo de atribuciones.

DÉCIMOTERCERA

El Tribunal Constitucional estará facultado además para proteger los derechos colectivos o difusos de los habitantes. La acción que al efecto se ejercite, tendrá como propósito someter a su conocimiento problemas de este tipo, ya sea en la modalidad de precontrol constitucional-legislativo o en la de control constitucional-orgánico.

DÉCIMACUARTA

México necesita una profunda reforma constitucional. Frente a las limitaciones previstas por el propio ordenamiento jurídico, la opción más pertinente para adecuar nuestra *Lex fundamentalis* a los tiempos que vivimos, es el desarrollo de un proceso de reforma en el que el Tribunal Constitucional pueda determinar técnicamente si la reforma propuesta es “constitucional”. En este sentido, la doctrina de la cláusula de los derechos no enumerados y la idea sobre la existencia de *cláusulas pétreas tácitas* en nuestra Constitución, deberán asumirse con sumo cuidado e interés, a fin de que la reforma constitucional no signifique una ruptura con el orden jurídico de nuestro país.

DÉCIMAQUINTA

Finalmente, los temas tratados en esta investigación, nos han mostrado las ideas contrastantes que alberga el mundo del Derecho; los conceptos polémicos que aquí han sido analizados, deben otearse desde una concepción general, ya que por sí solos, algunos de estos incluso, pueden conducir a conclusiones distintas a las que hemos arribado.

Bibliografía

- 1.- Aguilar Álvarez y de Alba, Horacio. *El Amparo contra leyes*. Edit. Trillas. México, 1996.
- 2.- Aguiló, Josep. *Sobre la Derogación, Ensayo de Dinámica Jurídica*. Fontamara. México, 1999.
- 3.- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*. Fontamara. México, 1997.
- 4.- *Antología de clásicos de los Derechos Humanos*. Tomo II. C.N.D.H. México, 1993.
- 5.- Astudillo Moya, Marcela. *El Federalismo y la Coordinación Impositiva en México*. U.N.A.M. Miguel Ángel Porrúa. México, 1999.
- 6.- Arnáiz Amigo, Aurora. *Soberanía y Potestad*. Miguel Ángel Porrúa. México, 1981.
- 7.- Bertalanffy, Ludwig Von. *Teoría General de los Sistemas*. F.C.E. México, 1992.
- 8.- Bobbio, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Fontamara, 1997.
- 9.- Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Origen y Fundamentos del Poder Político*. Edit. Grijalbo. México, 1990.
- 10.- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. F.C.E. México, 1983.
- 11.- Bovero, Michelangelo. *Los adjetivos de la democracia*. Instituto Federal Electoral. México, 1995.

-
- 12.- Brage Camazano, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. U.N.A.M. México, 1998.
 - 13.- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Edit. Porrúa. México, 1989.
 - 14.- Burgoa Orihuela, Ignacio. *El juicio de Amparo*. Edit. Porrúa. México, 1991.
 - 15.- Cabanellas, Guillermo. *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Edit. Heliasta. Argentina, 1992.
 - 16.- Calsamiglia, Albert. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. Edit. Fontamara. México, 1997.
 - 17.- Cano Mata, Antonio. *Cuestiones de inconstitucionalidad, doctrina del Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas. España, 1986.
 - 18.- Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Edit. Porrúa. México, 1993.
 - 19.- Cappelletti, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. U.N.A.M. México, 1996.
 - 20.- Cárdenas Gracia, Jaime F. *Transición Política y Reforma Constitucional en México*. U.N.A.M. México, 1994.
 - 21.- Cárdenas Gracia, Jaime F. *Una Constitución para la Democracia*. U.N.A.M. México, 1996.
 - 22.- Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*. U.N.A.M. México, 1994.
 - 23.- Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. Edit. Porrúa. México, 1990.
 - 24.- Carré de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*. F.C.E. México, 1998.
-

-
- 25.- *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, U.N.A.M. México, 2000.
 - 26.- *Constituciones del Estado de México*. Gobierno del Estado de México, 1999.
 - 27.- *Cornell Law Review*, Vol. 76, No. 3, march 1991, New York. U.S.A.
 - 28.- Cossío, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Edit. Fontamara. México, 1998.
 - 29.- Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (Comp.) *La Defensa de la Constitución*. Ediciones Coyoacán. México, 1997.
 - 30.- Covián Andrade, Miguel. *La Teoría del Rombo*. El Pliego. México, 2000.
 - 31.- Covián Andrade, Miguel. *Teoría Constitucional*. El Pliego. México, 2000.
 - 32.- *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. U.N.A.M. México, 1992.
 - 33.- *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio-diciembre 1999. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1999.
 - 34.- *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 2, enero-junio 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 2000.
 - 35.- *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, julio-diciembre 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 2000.
 - 36.- De Otto Pardo, Ignacio. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales. España, 1985.
-

-
- 37.- *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, Tomo I. U.N.A.M. México, 1990.
- 38.- Deutsch, Karl W. *Los Nervios del Gobierno*. Edit. Paidós Studio. México, 1993.
- 39.- Deutsch, Karl W. *Política y Gobierno*. F.C.E. México, 1998.
- 40.- *Diario de los Debates del Congreso Constituyente. Querétaro 1916-1917*. Cámara de Diputados del Estado de México. Edición Facsimilar, Tomo II. México, 1989.
- 41.- *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1996.
- 42.- *El otro Kelsen*. U.N.A.M. México, 1989.
- 43.- *El Poder Legislativo en la actualidad*. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, U.N.A.M. México, 1994.
- 44.- *El significado actual de la Constitución*. U.N.A.M. México, 1998.
- 45.- *El Sistema Presidencial Mexicano (Algunas Reflexiones)*. Edit. Porrúa. México, 1988.
- 46.- *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*. U.N.A.M. México, 1992.
- 47.- Faya Viesca, Jacinto. *El Federalismo Mexicano*. Edit. Porrúa. México, 1998.
- 48.- Favoreau, Louis. *Le Conseil Constitutionnel*. Presses Universitaires de France, 1978.
- 49.- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo*. Edit. McGraw Hill. México, 1997.

-
- 50.- Fix Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. F.C.E. México, 1999.
- 51.- Fix Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. U.N.A.M. México, 1993.
- 52.- *Fordham Law Review*, Vol. LXIV, No. 4, march, 1996. U.S.A.
- 53.- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Edit. Porrúa. México, 1985.
- 54.- Gadamer, Hans Georg. *Verdad y Método I*. Edit. Sígueme. España, 1997.
- 55.- Gámiz Parral, Máximo N. *Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*. U.N.A.M. México, 2000.
- 56.- *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1992.
- 57.- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas. España, 1985.
- 58.- García Máynez, Eduardo. *Introducción a la Lógica Jurídica*. Colofón. México, 1993.
- 59.- *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XXI-1986. Milán, Italia.
- 60.- González Bustamante, J.J. *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*. Edit. Botas. México, 1946.
- 61.- González Oropeza, Manuel. *La Intervención Federal en la Desaparición de Poderes*. U.N.A.M. México, 1987.
- 62.- González Oropeza, Manuel. *Las controversias entre la Constitución y la Política*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. U.N.A.M. México, 1993.

-
- 63.- González Uribe, Héctor. *Hombre y Estado (estudios político-constitucionales)*. Edit. Porrúa. México, 1988.
- 64.- González Galván, Jorge Alberto. *El Derecho Indígena*. Edit. McGraw Hill. México, 1997.
- 65.- Gutiérrez S., Sergio Elías y Rives S., Roberto. *La Constitución Mexicana al final del Siglo XX*. Edit. Las líneas del mar. México, 1995.
- 66.- *Hacia una nueva constitucionalidad*. U.N.A.M. México, 1999.
- 67.- Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Edit. Taurus, España, 1992.
- 68.- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. F.C.E. México, 1987.
- 69.- Herodoto. *Los Nueve Libros de la Historia*. Edit. Porrúa. México, 1986.
- 70.- Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1998.
- 71.- Iglesias, José María. *Cuestiones Constitucionales*. U.N.A.M. México, 1996.
- 72.- *Iniciativa*. Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México. Año 2, Número 6 enero-marzo 2000.
- 73.- *Justicia constitucional comparada*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1993.
- 74.- Kalinowski, Georges. *Lógica de las Normas y Lógica Deóntica*. Fontamara. México, 1996.
- 75.- Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México, 1983.
-

-
- 76.- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Edit. Porrúa. México, 1993.
- 77.- Lara Sáenz, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1991.
- 78.- *La reforma constitucional en México y Argentina*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1996.
- 79.- *La Reforma del Estado, Estudios Comparados*. U.N.A.M. México, 1996.
- 80.- Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Edit. Hispánicas. México, 1987.
- 81.- Locke, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Nuevomar. México, 1987.
- 82.- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Edit. Ariel. España, 1976.
- 83.- Molina Piñeiro, Luis J. *Aportes para una Teoría del Gobierno Mexicano*. U.N.A.M. México, 1988.
- 84.- Montejano, Bernardino y Noacco, Julio César. *Estática Jurídica*. Abeledo Perrot. Argentina, 1980.
- 85.- Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Edit. Porrúa. México, 1987.
- 86.- Moreso, José Juan. *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*. Fontamara. México, 1997.
- 87.- Negri, Antonio. *El Poder Constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Edit. Libertarias/Prodhufi. España, 1994.
- 88.- Otero Parga, Milagros. *El Poder y los Ciudadanos*. IAPEM. México, 1988.
-

- 89.- Palacios Alcocer, Mariano. *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano*. U.N.A.M. México, 1995
- 90.- *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1994.
- 91.- Quintana Roldán, Carlos F. *Derecho Municipal*. Edit. Porrúa. México, 1999.
- 92.- Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho Constitucional Latinoamericano*. U.N.A.M. México, 1991.
- 93.- Rabasa, Emilio. *La Constitución y la Dictadura*. Edit. Porrúa. México, 1990.
- 94.- Rabasa, Emilio O. *El Pensamiento Político y Social del Constituyente de 1916-1917*. U.N.A.M. México, 1996.
- 95.- Rabasa, Emilio O. *Historia de las Constituciones Mexicanas*. U.N.A.M. México, 1997.
- 96.- Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. F.C.E. México, 1985.
- 97.- Recaséns Siches, Luis. *El Poder Constituyente*. Edit. Javier Morata, España, 1931.
- 98.- *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid-España. Nueva Época, No. 75, enero-marzo 1992.
- 99.- *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid-España. Nueva Época, No. 78, octubre-diciembre 1992.
- 100.- Rosales Aguilar, Rómulo. *Formulario del juicio de Amparo*. Edit. Porrúa. México, 2000.

- 101.- Ross, Alf. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*. Fontamara. México, 1997.
- 102.- Santiago Nino, Carlos. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. U.N.A.M. México, 1989.
- 103.- Sayeg Helú, Jorge. *El Constitucionalismo Social Mexicano*. F.C.E. México, 1996.
- 104.- Sayeg Helú, Jorge. *El Poder Legislativo Mexicano*. Edit. Trillas. México, 1991.
- 105.- Sánchez Azcona, Jorge. *Normatividad social, ensayo de sociología jurídica*. U.N.A.M. México, 1989.
- 106.- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editora Nacional. México, 1970.
- 107.- Schreiber, Rupert. *Lógica del Derecho*. Fontamara. México, 1995.
- 108.- Stein, Ekkehart. *Derecho Político*. Edit. Aguilar. España, 1970.
- 109.- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*. U.N.A.M. México, 1989.
- 110.- Tamayo y Salmorán, Rolando. *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*. U.N.A.M. México, 1989.
- 111.- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Edit. Porrúa, México, 1984.
- 112.- Tena Ramírez, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-1985*. Edit. Porrúa. México, 1985.
- 113.- Texto de la *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México* de 1917. Biblioteca del Congreso del Estado. Toluca, México.

-
- 114.- *The Institute of Judicial Administration Research Conference on Class Actions*. New York University Law Review. U.S.A. 1996.
- 115.- *Tribunales Constitucionales y defensa del orden constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1994.
- 116.- *Una mirada a los Tribunales Constitucionales, las experiencias recientes*. Comisión Andina de Juristas. Perú, 1995.
- 117.- Uvalle Berrones, Ricardo. *Los nuevos derroteros de la vida estatal*. IAPEM. México, 1994.
- 118.- Valadés, Diego. *El Control del Poder*. U.N.A.M. México, 1998.
- 119.- Von Wright, Georg Henrik. *Normas, Verdad y Lógica*. Fontamara. México, 1997.
- 120.- Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. F.C.E. México, 1997.
- 121.- Weber, Max. *El Político y el Científico*. Edit. Premia. México, 1988.

Hemerografía

- 1.- *La Jornada*. Jueves 20 de enero del año 2000.
- 2.- *La Jornada*. Jueves 10 de agosto del año 2000.