

## CAPÍTULO PRIMERO

### REFLEXIONES SOBRE TEORÍA CONSTITUCIONAL

#### I. CONCEPTOS AMPLIOS Y RESTRINGIDOS DE CONSTITUCIÓN

Determinar el origen del constitucionalismo moderno constituye una querrela doctrinal que está rebasada por los actuales estudios sobre el tema. El dilema consistió en establecer si el concepto de Constitución era una idea tan antigua como la propia asociación de los hombres en comunidades políticas organizadas; o bien, se trataba de una idea relativamente nueva que emanó del proceso de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y de la gesta que comenzó con la Toma de la Bastilla.

La solución de este asunto se encuentra en el concepto que aceptamos de Constitución. Si se admite como tal el documento de gobierno cuyo objetivo es organizar los poderes de un grupo de seres humanos que viven en sociedad, entonces, la idea de Constitución es tan remota como los estatutos que regían las primitivas comunidades políticas y es posible afirmar que el origen del constitucionalismo moderno en occidente se encuentra en la época clásica de Grecia y Roma y también en la Edad Media.

Para Javier Ruipérez es efectivo de que el concepto de soberanía ya está presente en colectividades antiguas, al igual que la sujeción del gobernante a la ley, y de que también se encuentran antecedentes en éstas relativos a la noción de democracia. No obstante, la idea sobre el régimen político que se tenía en esa época era muy diferente a la que existe actualmente y los principios señalados sólo se encuentran en germen, como formulaciones teóricas y supuestos aislados que, aunque valiosos, sólo alcanzarán entidad y realidad en épocas posteriores. De tal manera, que hay que coincidir con este autor en que debe descartarse un concepto tan amplio de carta fundamental porque la Constitución en su sentido actual nace en una época histórica determinada y es fruto de ciertos movimientos que encarnan ideales liberales y burgueses y que tienen lugar en

los siglos XVII y XVIII.<sup>1</sup> Se caracteriza este nuevo tipo de ordenamiento por determinar y garantizar una esfera de libertad individual que se traduce en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales frente al poder político; consagrar la división de poderes en cierta etapa del desarrollo del estado; y aparecer indisolublemente unida al principio democrático que es el fundamento último de esta nueva forma de organizar una comunidad política.

Sólo es posible concebir la constitución, para Konrad Hesse, a partir del cometido y función de ésta en la realidad de la vida histórica concreta y sus objetivos inexcusables son la *unidad política* y el *orden jurídico*. El estado y el poder estatal no pueden ser concebidos como preexistentes, porque sólo adquieren realidad cuando la multiplicidad de intereses, proyectos y formas de conducta son reducidos a una unidad política. Pero ésta no se agota con su creación porque el proceso persiste y debe perseverarse en el intento de conseguirla y consolidarla. Se trata, además, de una unidad que no es de sustancia nacional, religiosa, ideológica o de una común experiencia existencial, sino de una unidad de actuación de tipo funcional que es dinámica y aplicable a un proceso histórico concreto que está en evolución. La convivencia social sólo sería posible en el estado y a través precisamente del estado, por medio de decisiones vinculantes e incluso por medio de la coerción. Lo cual no significa que los conflictos desaparezcan porque éstos son la fuerza motriz que hace posible los cambios históricos. En atención a que el proceso de obtener la unidad política tiene un carácter permanente, se hace necesaria una ordenación para evitar que existan luchas de poder exentas de reglas que conduzcan a una situación de anarquía. Por otra parte, con el objeto de que los poderes del estado sean operativos se necesita constituirlos y organizarlos en una forma que sea procesalmente ordenada y de ahí nace la exigencia de constituir el *orden jurídico*. Este orden tampoco es preexistente, necesita igualmente ser creado, conservado y desarrollado y, además, debe ser recto y legítimo.<sup>2</sup>

La Constitución no es una ordenación de la totalidad de la colaboración social territorial ni es una unidad sistemática y cerrada, prosigue

<sup>1</sup> Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en tiempos de la globalización*, México, UNAM, 2005, pp. 63-68 y 75.

<sup>2</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 8-15.

Hesse. Al contrario, como *orden jurídico fundamental de la comunidad* no pretende codificar sino regular a grandes rasgos, a veces en forma puntual, los aspectos más importantes y confía al resto del ordenamiento jurídico la labor de concretar las reglas. De esta manera, la Constitución que pretende normar vida histórica, es decir sometida a cambios, tendrá que permanecer “abierta al tiempo”. Pero también la Constitución establece con carácter vinculante lo que no debe quedar abierto y éstos son *los fundamentos del orden de la comunidad* constituidos por los principios rectores de formación de la unidad política, de fijación de las tareas estatales como igualmente las bases del conjunto del ordenamiento jurídico. Estos *fundamentos* no deben estar sujetos a discusión y con ellos se pretende crear un núcleo estable de aquello que debe ser considerado y decidido como permanente. Asimismo, debe quedar determinada la estructura estatal y el procedimiento mediante el cual deben decidirse los asuntos que han quedado pendientes de resolver.<sup>3</sup>

Peter Häberle recuerda los elementos del estado y señala que de acuerdo con la doctrina son el pueblo, el poder y el territorio y de inmediato anota que no hay una referencia a la Constitución que también es un elemento esencial del estado. Pero, la Constitución no hay que entenderla sólo como una obra de carácter normativo, propia de juristas, sino como *una guía para los no juristas, como una manifestación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas*. E incluso, los otros elementos del estado deben entenderse dentro de un contexto cultural para entenderlos cabalmente.<sup>4</sup>

Esta nueva concepción de la Constitución debe satisfacer un “mínimo” y señalar las tareas básicas del estado, pero al mismo tiempo el ordenamiento superior debe quedar abierto a nuevos temas como: el plebiscito consultivo; la publicidad de los actos administrativos; las relaciones con estados afines; las agendas de gobierno cooperativo; normas sobre pluralismo; cláusulas anti-ideológicas; la protección de las generaciones; las cláusulas de verdad y el derecho a conocer el verdadero estado del medio ambiente. En síntesis, en un mundo en transformación debe permitirse que nuevos temas se incorporen a los ordenamientos supremos y

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 18-20.

<sup>4</sup> Häberle, Peter, Habermas J. et al., *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004, pp. 24-28.

la teoría constitucional puede acompañar estos procesos para observar sus interrelaciones y también reforzarlos.<sup>5</sup>

Biscaretti Di Ruffia señala que el concepto de Constitución es multívoco, es decir tiene varios significados, y debe entenderse en tres sentidos, los que están vinculados con la idea de ley fundamental:

- En un primer sentido, que puede conceptuarse como sustancial u objetivo, constituye el “conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del Estado”;
- En segundo sentido, que es formal, se entiende por tal, “todas las normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más solemne y más amplio”. Lo que involucra que en su formación participan no los órganos legislativos ordinarios sino órganos especiales calificados como constituyentes. De aquí emanaría la conocida clasificación entre Constituciones rígidas y flexibles.
- En un tercer sentido, Constitución con mayúscula inicial quiere indicar “un acto normativo particular y solemne que contiene la mayoría de las disposiciones sustanciales de carácter constitucional”. Esta sería la Constitución en sentido documental. Explica el tratadista italiano que estos dos últimos sentidos, el formal y el documental, no se identifican siempre y señala que el Estatuto Albertino de 1848 del Reino de Cerdeña era un acto solemne y diferenciado de otras leyes por lo que era una Constitución en sentido documental, sin embargo no lo era en sentido formal porque no existía un procedimiento especial para su reforma, lo cual sólo se incorporó en Italia hasta el año 1947.<sup>6</sup>

Existen también diversos conceptos de Constitución que tienen como punto de partida la sociología, la ciencia política o la filosofía del derecho. En todo caso siempre tendrá menores dificultades metodológicas explicar lo que es un ordenamiento supremo que intentar un concepto del mismo. No obstante, para objetivos didácticos conviene ensayar una no-

<sup>5</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional europeo*, México, UNAM, 2003, pp. 5-7.

<sup>6</sup> Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 499-501.

ción de carta magna que en el desarrollo actual del estado constitucional democrático, sería la siguiente:

Es el estatuto superior que encabeza el orden jurídico de un estado y le otorga unidad política, que tiene su origen en la voluntad del pueblo, manifestada a través de quienes lo representan, legitimado por la democracia, que determina y garantiza los derechos fundamentales y sociales de sus habitantes, establece los poderes que existen dentro de esa comunidad política, su forma de gobierno, los órganos que la constituyen, el modo de integrarlos, sus atribuciones, cooperación y limitaciones, incorpora un procedimiento especial para su modificación y rige, en general las relaciones entre el estado y sus habitantes y entre éste y sus partes integrantes.

Para explicar este concepto, debe expresarse que se trata del estatuto jurídico superior porque está a la cabeza del ordenamiento jurídico del estado y las autoridades que establece no pueden contravenir sus disposiciones bajo sanción de incurrir en inconstitucionalidad y ser responsables de sus transgresiones. Entre las funciones más trascendentes de la Constitución está la de otorgar unidad política a la comunidad respectiva, lo que significa integrarla en su interior y presentarla al conjunto de las naciones como una entidad distinta. Tiene su origen en la voluntad popular o de un pueblo, porque quienes forman parte del poder constituyente al aprobar la Constitución no pueden obligar a los habitantes de una nación a aceptar las normas de la Constitución a menos que hayan actuado a nombre y para conveniencia de éstos. Aunque es discutible que quienes integran dicho poder constituyente representen realmente al pueblo y no a los grupos o sectores que los promovieron, como se analizará más adelante, sólo con base en el principio de la soberanía popular se puede justificar la diferencia entre gobernantes y gobernados, las limitaciones al poder de los primeros y su obligación de rendir cuentas. La democracia es otro elemento que está indisolublemente unido a las constituciones modernas y que las legitima porque sin democracia no puede justificarse tampoco ni la esencia ni la existencia del Estado constitucional contemporáneo y su orden jurídico.

Otro elemento trascendente de una Constitución es el de establecer los derechos fundamentales y sociales y garantizarlos a sus habitantes. Puede suceder que estos derechos y su defensa formen parte de un ordenamiento distinto al de la constitución, como ocurrió durante la Revolución

francesa en que aparece primero la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y después el texto constitucional. Lo relevante en este caso es que tanto esa Declaración como la Constitución que le precedió, forman el estatuto constitucional de la Francia revolucionaria de esa época.

El ordenamiento superior determina igualmente los poderes que existirán dentro del estado, que generalmente son el ejecutivo, el legislativo y el judicial, su forma de gobierno que puede revestir diversas modalidades, crea los órganos que los conforman, su forma de nombrarlos, sus atribuciones, la forma de cooperar entre éstos porque la teoría de la separación de poderes ha sido complementada en la realidad constitucional por la colaboración o cooperación entre éstos con el objeto de que exista un gobierno eficaz; y establece también limitaciones a esos poderes porque las constituciones son esencialmente limitadoras de éstos en beneficio de la libertad de los ciudadanos y habitantes de un estado. A los poderes tradicionales y a sus órganos se han unido en las cartas políticas de la actualidad una serie de organismos constitucionales autónomos que cumplen diversos roles que con anterioridad desempeñaban dichos poderes. Tal es el caso en la República, del Banco de México, del Instituto Federal Electoral, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de los Tribunales Agrarios. En el caso de Chile, existe desde hace más de cincuenta años una entidad independiente encargada de controlar la legalidad y la buena marcha de las acciones de la administración pública y la utilización conforme a la Ley de los Recursos del Estado. En otros países existen verdaderos tribunales de cuentas que también son independientes y que controlan el ejercicio y el respeto de los presupuestos aprobados por el Congreso.

Por otra parte, las cartas políticas incorporan generalmente un procedimiento más agravado para su modificación que el determinado para la aprobación de las leyes ordinarias porque estos estatutos al, estar en la cúspide del ordenamiento jurídico, requieren de cierta estabilidad y en atención a que los poderes estatuidos por la Constitución están facultados para adaptarla a la cambiante realidad social, pero deben contar con una mayoría calificada para revisar las normas aprobadas por el poder constituyente.

Las Constituciones no se limitan a estatuir los derechos y las garantías de los habitantes de una comunidad política sino que regulan asimismo las relaciones entre quienes detentan el poder y las personas que moran

en un estado. Así, por ejemplo, el artículo 8o. de la Constitución mexicana que consagra el derecho de petición de los habitantes de la República establece la obligación de los servidores públicos de contestar por escrito y de darlo a conocer en breve término al peticionario. Igualmente, los textos fundamentales establecen la relación entre el estado y las partes que lo componen, sean éstas: estados que forman parte de una Federación, comunidades autónomas, provincias, regiones o municipios.

En el concepto amplio de Constitución que se ha señalado, se pueden incorporar otros elementos que generalmente forman parte de esta clase de ordenamientos, como la noción cultural a que se refiere Häberle; las formas de participación ciudadana; o la fórmula política que contiene y que se analizará más adelante. Por otra parte, el concepto de Constitución también puede extenderse a un conjunto de estados, como sucede en el caso de la Comunidad Económica Europea y estas clases de textos jurídicos presentan también ciertas particularidades propias en tanto hay un traspaso de soberanía de los estados a los órganos que la nueva comunidad establece.

## II. CONCEPTO “DE”, “SOBRE” Y “EN LA” CONSTITUCIÓN

Lucas Verdú señala un concepto de Constitución que aparece en los manuales y que tiene un propósito didáctico y la describe como: “una ley fundamental, por lo general difícil de reformar que versa sobre la organización y limitación de los poderes públicos y asegura los derechos y libertades en una estructura social”. Agrega que también hay un concepto “sobre” la Constitución que es menester comprobar para alcanzar un saber más profundo del texto constitucional y que está integrado por factores ideológicos, de valor y socioeconómicos. Además, hay un concepto de “en la” Constitución que es la autoconciencia o autorreflexión que ésta tiene sobre sí misma. Y es posible encontrar esta clase de noción en los debates de los constituyentes, en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y también en la doctrina.

Aplicando los conceptos “sobre” y “en la” Constitución al ordenamiento supremo vigente en México, se puede expresar, a título de ejemplo: que los factores ideológicos, de valor y socioeconómicos se pueden encontrar: en los artículos 39, relativo a la soberanía popular; 40, sobre la organización de los Estados Unidos Mexicanos como una República

representativa, democrática y federal; 3o. que dispone que la educación tendrá como uno de sus criterios que deberá ser democrática entendiendo éste no sólo como una estructura jurídica y un régimen político sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, y 25 que establece la rectoría del Estado en el desarrollo nacional. Por su parte, en lo tocante al concepto de “en la” Constitución, en México, se estima que la situación es más compleja debido a que no sólo habría que tomar en cuenta los debates de los constituyentes de la Constitución de 1917, sino también de los constituyentes de la Constitución de 1857, porque algunos de los artículos del primer ordenamiento citado tienen como fuente este último texto fundamental. Además, hay que considerar la intervención que ha hecho del ordenamiento vigente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y los numerosos tratadistas con los que se cuenta en la República concentrados de manera importante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### III. TENER Y ESTAR EN LA CONSTITUCIÓN

La diferencia entre “tener” y “estar” en la Constitución es de utilidad para conocer el significado y la efectividad de la normatividad del ordenamiento superior. Expresa Lucas Verdú que no basta con *tener* Constitución porque es menester además *estar* en ella. Es posible que los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial existan, pero en la práctica sean suplantados por los poderes financieros, los propietarios de los medios de comunicación o las elites de los partidos políticos, entonces no se puede afirmar en esta situación que se cumpla el *estar* en la Constitución. Además, puede que en una carta fundamental se consagren los derechos sociales, pero si en la práctica no se respetan y se hace tabla rasa de ellos, tampoco se cumple el *estar* en la Constitución. Ahora, el hecho de que no exista una Constitución escrita como es el caso de Gran Bretaña no es un impedimento para *estar* en ella porque lo trascendente es que efectivamente se cumpla el texto fundamental. De acuerdo con una clasificación de Loewenstein, complementada por Lucas Verdú, las cartas políticas pueden ser normativas; nominales y semánticas. Los estados que cuentan con una Constitución normativa, tienen y están en la constitución; si ésta es nominal, tienen Constitución que no se cumple siempre;

si la carta política es semántica, ésta no se cumple, enmascara la realidad, y los estados no tienen ni están en ella.<sup>7</sup>

El “tener” y “estar” en la Constitución se sintió en forma especial en todas las naciones que lucharon por su independencia, como los Estados Unidos de Norteamérica en 1787; en los países descolonizados después de la Segunda Guerra Mundial, y se pueden agregar también los países que se liberaron de la órbita soviética. El acto de constituirse en una comunidad en forma jurídica y política emana de una decisión que conlleva una reflexión y un acento emocional. Esa decisión no puede sólo racionalizarse porque es deseada y compartida por los miembros de una agrupación humana que anhelan como se ha expresado “tener” y “estar” en la Constitución.<sup>8</sup>

#### IV. CONSTITUCIÓN FORMAL Y MATERIAL

La distinción entre Constitución formal y material fue expuesta y divulgada por Hans Kelsen quien señala que formalmente la Constitución “es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales”; en cambio, la Constitución en sentido material está constituida por “los preceptos que regulan la creación de normas generales y, especialmente, la creación de leyes”, a lo que hay que añadir que también comprende “aquellas normas que regulan la creación y la competencia de los órganos ejecutivos y judiciales supremos”.<sup>9</sup> El maestro vienés, en una obra posterior, agrega que por Constitución en sentido material, se entienden aquellas normas que se refieren a los órganos superiores (Constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (Constitución en sentido amplio).<sup>10</sup>

El concepto formal de Constitución es útil para distinguir, según Kelsen, en la función legislativa, entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional. Incluso la doctrina del poder constituyente no puede

<sup>7</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, S. L., 1998, pp. 44 y 45.

<sup>8</sup> Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985, pp. 67 y 68.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, pp. 147, 306 y 307.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 330.

tener otro sentido que poner ciertas dificultades a la reforma de ciertas normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo y que pueden involucrar el propósito de defender los intereses de ciertos grupos protegidos por un ordenamiento supremo.<sup>11</sup>

La Constitución en sentido material, según Zippelius, es el conjunto de reglas fundamentales sobre la convivencia en un estado y sólo se puede señalar en forma aproximada lo que contienen dichas disposiciones. Están incorporadas a ésta clase de constitución, las normas fundamentales que regulan la organización del Estado, determinan sus órganos supremos, designan a sus titulares y sus atribuciones, el modo en que proceden y colaboran entre sí, los derechos fundamentales y los derechos políticos y se incluyen asimismo otras reglas relativas; por ejemplo, a la organización de un Estado federal. Se incorporan también los principios esenciales del derecho y las disposiciones sobre los objetivos del estado en que se fundan los preceptos de naturaleza orgánica y las garantías jurídicas. Al contrario, se entiende por Constitución en sentido formal las normas que se encuentran en un documento constitucional cuyo fundamento de validez se encuentra en el poder constituyente, por esta razón se le atribuye una jerarquía y una garantía de permanencia superior al de una ley ordinaria.<sup>12</sup>

Además, está muy difundida en la doctrina del derecho público italiano, según Biscaretti Di Ruffia, la tesis de que la Constitución en sentido material está identificada a lo que algunos autores denominan el régimen político y que contiene “el conjunto de elementos de organización necesarios para la subsistencia de un Estado determinado”. No obstante, no se trata de una postura que esté generalmente aceptada.<sup>13</sup>

Fix-Zamudio y Valencia Carmona expresan que en la doctrina europea reciente, la Constitución en sentido material tiene un significado más extenso porque comprende igualmente todas aquellas normas que se refieren a la transmisión y al ejercicio del poder, sea que éstas aparezcan o no en un texto escrito. Este concepto ampliado se caracterizaría asimismo por su imprecisión en tanto comprende también las diversas normas que regulan a los órganos del Estado, el sistema electoral, las reglas so-

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 330 y 331.

<sup>12</sup> Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado, ciencia de la política*, México, UNAM-Porrúa, 1998, p. 50.

<sup>13</sup> Biscaretti Di Ruffia, *op. cit.*, nota 6, p. 503.

bre derecho parlamentario e incluso aquellos usos y mecanismos no jurídicos que se refieren al régimen político.<sup>14</sup>

## V. LOS MOMENTOS CONSTITUCIONALES

En los procesos constituyentes de los revolucionarios americanos y franceses que dieron origen al estado constitucional y en los que le siguieron se buscó una especie de guión teórico ideado por el reverendo John Wise en su *Vindication for the Government of the New England Churches* que distingue el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional. Estos hechos se diferenciarían claramente entre sí, tendrían una supuesta secuencia lógica y también serían sucesivos y concatenados. Hay aquí, según Ruipérez, una singular paradoja y también una contradicción. En efecto, si los derechos fundamentales sirven de base a la celebración del pacto social y éste, a su vez, funge como regulador del acto constitucional, cómo se entiende que el poder constituyente sea un poder soberano, absoluto e ilimitado.

Ruipérez sigue a Wise en el análisis de los momentos señalados, y expresa que en el primero de éstos se determina la “libertad civil” que va a corresponder a los ciudadanos de la nueva comunidad. Esta clase de libertad sería la que tienen los individuos cuando han abandonado el estado de naturaleza para entrar a la sociedad civil y esta idea tendrá una positiva influencia en la elaboración de la normatividad sobre los derechos fundamentales.<sup>15</sup> En particular, dicho momento tuvo importancia en la aprobación del *Bill of Rights* de Virginia el 12 de junio de 1776 donde se estableció:

I. Que todos los hombre son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, UNAM-Porrúa, 2001, p. 55.

<sup>15</sup> Ruipérez, Javier, *op. cit.*, nota 1, pp. 81-83.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 84 y 85.

El segundo momento, a que se refiere Wise, el “pacto social” es aquel por el que se procede a la creación de la comunidad política la que se forma por el acuerdo o pacto de los individuos que la integran. Ruipérez en este caso piensa que Jellinek tenía razón cuando expresaba que ningún estado puede nacer de un contrato porque el pacto social hay que entenderlo como lo concebía Borgeaud como una “hipótesis de derecho puro”. Además, a través del pacto se reconoce a cada uno de los ciudadanos como titular de la soberanía, los que ceden su ejercicio a esta nueva entidad superior a ellos, que es la comunidad política. Al aparecer el pueblo o la nación como titular de la soberanía, surge también el concepto de poder constituyente, como un poder no jurídico sino de facto que no puede quedar limitado, para este autor, por un ordenamiento jurídico anterior. La presencia del poder constituyente involucra la aprobación de un orden jurídico nuevo que no necesariamente significa la derogación inmediata y completa de la normatividad anterior.<sup>17</sup>

Una vez que se ha reconocido la existencia de la esfera de libertad individual y se ha creado la comunidad política, aparece el tercer momento y se procede a la aprobación del texto constitucional, donde se procederá a la organización política sobre la base de la división de poderes y a garantizar a los ciudadanos el mayor grado posible de libertad. Los llamados momentos constitucionales son útiles para comprender la creación de ciertos ordenamientos supremos, pero no siempre se respetan cuando se procede a su creación.

## VI. EXTENSIÓN DE LOS TEXTOS SUPREMOS

Al examinar las constituciones de los siglos XIX y XX, se aprecia que en sus inicios se limitaban a: organizar los poderes públicos y determinar sus atribuciones; establecer los derechos de los ciudadanos y esbozar sus medios de defensa. Esta concepción de ley fundamental era compatible con la ideología que permeaba las sociedades de esas épocas, de acuerdo a la cual el Estado tenía el reducido rol de guardián o encargado de la seguridad de la comunidad política correspondiente.

Fix-Zamudio y Valencia Carmona señalan que existía una tendencia de carácter restrictivo que no pretendía ocuparse de materias propias de

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 86-90.

una ley, y fruto de ésta, fueron, por ejemplo, la Constitución americana que en sus orígenes tuvo 7 artículos y que sólo tiene 26 enmiendas en sus más de 200 años de vigencia, las leyes constitucionales francesas de 1875 que sus 34 artículos originales se redujeron a 23 y el Estatuto Albertino en Italia de 1848 que constaba de 84 disposiciones. Además, se argumentaba que una Constitución muy prolija y extensa pronto quedaría rebasada por la evolución política y social.<sup>18</sup> Sin embargo, en esos siglos también existen textos que se caracterizan por su amplitud y que regulan otras materias como las primeras normas constitucionales que rigieron en México: la de Cádiz que tenía 384 artículos y la de Apatzingan, con 242 preceptos.<sup>19</sup>

Como se ha advertido, hay igualmente una tendencia a elaborar textos más amplios que pueden ser el fruto de la intención de profundizar en ciertas materias; o que emanan de la idea de que es necesaria una mayor intervención del Estado frente a la complejidad y los riesgos de la vida moderna, así surgen: las normas que constituyen la llamada Constitución económica; las que desarrollan los derechos sociales, como la protección del trabajo y la seguridad social; y las que crean órganos constitucionales autónomos como son las comisiones nacionales de derechos humanos, los órganos electorales independientes o las entidades de fiscalización superior de naturaleza autárquica.

## VII. PARTES DE UNA CONSTITUCIÓN

La doctrina distingue generalmente tres partes en una Constitución que son la dogmática, la orgánica y la programática y social. La parte dogmática contiene la regulación de los derechos humanos como la libertad de expresión, de asociarse, para entrar y salir de la República o viajar a través de ésta o de profesar el culto que uno elija. Son éstos los llamados derechos humanos de la primera generación o derechos públicos subjetivos como señalan otros autores.

Ahora, una cosa es atribuir un derecho y otra distinta, garantizar éste. Para que un derecho esté realmente asegurado es necesario que sea verdadero, es decir que su contenido esté bien definido, que sea susceptible de una efectiva tutela desde el punto de vista jurisdiccional y que pueda ser

<sup>18</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, p. 59.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 60.

ejercitado o reivindicado contra un sujeto determinado. De lo contrario se está en presencia de un derecho que sólo existe en teoría o en el papel.<sup>20</sup>

La parte orgánica es la que estructura los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, determina sus atribuciones, señala su competencia y establece la forma de gobierno. En la actualidad, no se puede expresar que establece tajantemente la división de poderes porque en realidad lo que se realiza es una distribución y colaboración en materia de funciones. Así la función legislativa es de iniciativa no sólo del titular del Poder Ejecutivo sino igualmente del Legislativo, según se establece en el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. E incluso no se trata de una iniciativa que sólo puedan ejercer estos poderes federales porque también pueden presentar proyectos de ley las legislaturas de los Estados conforme a la disposición citada. La parte orgánica ha acrecentado su normatividad en muchos textos fundamentales al establecerse las bases de la administración pública y la responsabilidad de los servidores de los tres poderes tradicionales, junto con la creación de los órganos constitucionales autónomos y de sus consiguientes facultades.

En las Constituciones de los siglos XVIII y XIX sólo existían las dos primeras partes por lo que el capítulo programático y social constituye un fenómeno contemporáneo que contienen aspiraciones del conjunto de la población, establecen programas sociales y determina objetivos estratégicos que debe alcanzar el Estado. Incluye esta parte, los derechos sociales, como los relativos a la salud, educación, vivienda, al trabajo lícito, la seguridad social, la información y a la cultura, el deporte y el esparcimiento. Para Fix-Zamudio y Valencia Carmona, el artículo 3o. de nuestra Constitución contiene trascendentes principios en materia de educación y los artículos 27 y 123 han establecido genuinos postulados que deben regir las materias agraria y laboral.<sup>21</sup>

Luigi Ferrajoli expresa que la crisis experimentada por el “modelo liberal clásico del estado de derecho” como organización política dio origen al estado benefactor o *Welfare State* que se caracteriza por la intervención del Estado en la economía y el establecimiento de las prestaciones públicas de carácter social y asistencial. Sin embargo, el *Welfare State*, al contrario de lo sucedió con el Estado tradicional, no crea una estructura institucional que

<sup>20</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 220 y 221.

<sup>21</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, p. 62.

garantice los nuevos derechos sociales por lo que éstos constituyen, en términos generales, simples declaraciones de principios desprovistos de reales garantías.<sup>22</sup>

En el plano internacional también han aparecido convenios e instituciones que velan por la protección de los derechos sociales y que contribuyen a mejorar las condiciones en que éstos se generan y desarrollan. Tal sucede, por ejemplo, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se celebró en el marco de las Naciones Unidas o la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales que se aprobó en el seno de la Organización de Estados Americanos. La creación de la OIT, UNESCO, OMS y en parte el PNUD responden también a estos propósitos.<sup>23</sup> Pero la creación de estos instrumentos e instituciones está lejos todavía de constituir un marco jurídico garantista de los derechos sociales aunque es indudable que contribuyen a su respeto y desarrollo.

De vuelta a la clasificación de las constituciones modernas en tres partes, conviene señalar que es útil para fines didácticos y porque sirve para comprender en mejor forma como se estructuran las cartas fundamentales. No obstante, es, a veces, difícil determinar a cual de estos capítulos se refiere un determinado contenido o norma constitucional. Así, las disposiciones de la Constitución mexicana de 1917, relativas a la parte económica, están integradas a la parte dogmática. Sucede, a veces, además, que una norma regula diversas materias que pueden incluirse en más de una parte de la ley fundamental como sucede con el artículo 27 de nuestra carta magna que junto con establecer el dominio directo de la nación sobre ciertos recursos naturales, otorga plena capacidad a los estados de la Federación, al Distrito Federal y a los municipios para adquirir y poseer bienes raíces y, al mismo tiempo, regula el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas en beneficio de ejidos y comunidades. De tal manera que parece conveniente enriquecer esta clasificación de los textos fundamentales modernos para no encerrar la realidad constitucional en marcos que puedan ser demasiado estrechos.

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, en Abramovich, V., Añón, M. J. y Courtis, Ch. (comp.), *Derechos sociales, instrucciones de uso*, pp. 11 y 12.

<sup>23</sup> Rossi, Julieta, “Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, *ibidem*, pp. 344-348.

Varios autores, entre los que se encuentra el propio maestro Fix-Zamudio, han comprendido la necesidad de buscar otras clasificaciones del contenido de las constituciones modernas. Así es posible distinguir en nuestra Constitución: los principios “capitales” del artículo 40 que establecen la forma del estado y de gobierno y cuyo cambio involucraría una organización política diferente; los preceptos “fundamentales” que determinan los derechos públicos de la persona humana y de los grupos sociales y que constituyen la parte dogmática o material; la organización de los poderes públicos que integran la parte orgánica o estructural; las disposiciones que regulan la creación de normas jurídicas generales; y, finalmente, algunos preceptos de índole secundaria que tienen por objeto dar “fijeza” a determinadas instituciones otorgándoles prestigio y autoridad.<sup>24</sup>

Igualmente hay que mencionar los preámbulos que anteceden a los textos constitucionales que hacen menciones a los precedentes que originaron una nueva carta fundamental, que contienen motivaciones de índole política o programática y que son útiles en el proceso de interpretar la correspondiente Constitución. Sobre el particular, Häberle ha expresado que los preámbulos persiguen varios propósitos y son una especie de puente en el tiempo que, por una parte, pueden rechazar un pasado determinado o bien hacer un recuerdo positivo de éste, hacer profesión de fe y también pueden manifestar deseos y esperanzas. En este último sentido, recuerda que la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su preámbulo, expresa el anhelo de la reunificación alemana que se produce en 1990.<sup>25</sup>

Respecto a la Constitución de 1917, José Ramón Cossio ha expresado que el presidente Venustiano Carranza envió un largo mensaje al Congreso Constituyente, que acompañaba al proyecto, señalaba sus fundamentos y su contenido. Ello explicaría posiblemente porque no se remitió un preámbulo; sin embargo, en el curso de ese Congreso se aprobó un documento al respecto que contenía los fundamentos revolucionarios que llevaron a establecer el Congreso Constituyente. De tal manera que ese preámbulo no ha sido útil con posterioridad para los fines de interpretar las normas de ese ordenamiento supremo.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, pp. 66 y 67.

<sup>25</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 276 y 277.

<sup>26</sup> Cossio, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 209-211.

## VIII. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN

Existe también una gran variedad de clasificaciones de las normas de una constitución, que se refieren más bien a la naturaleza de éstas y entre las más importantes cabe referirse a las que distingue entre las reglas que son autoaplicativas, *self executing* y las que no pueden ejecutarse por sí mismas, heteroaplicativas, *not self executing*, distinción que viene del derecho norteamericano.

También es posible distinguir entre los preceptos que son o no vinculantes, los primeros se caracterizan por su fuerza normativa. Canosa señala que todo el texto de un ordenamiento supremo es obligatorio y requiere de una actuación inmediata, pero ello no impide reconocer que existen ciertos contenidos programáticos cuya realización está diferida en el tiempo y que tienen el carácter de normas directivas, al contrario de las que deben aplicarse de inmediato que son las normas preceptivas. A las primeras se les ha calificado como normas imperfectas en cuanto no hay una sanción en caso de incumplimiento.<sup>27</sup> Dentro de las programáticas, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra, por ejemplo, el artículo 4o. que en su párrafo quinto determina que toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa y que la ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Esta directiva constitucional, así como otros derechos de esta índole, requiere de una configuración legislativa para poder concretarse aparte de la voluntad política y de los recursos que se destinen para estos efectos.

Otra clasificación de las normas supremas las divide en estructurales y materiales: las primeras, son las que organizan los poderes del estado, su integración y sus atribuciones; las segundas, las que regulan los aspectos sustanciales de dicho ordenamiento.

Uno de los aspectos que habitualmente no se toman en consideración durante la elaboración de las normas de un ordenamiento supremo, según Valadés, es que junto a las normas de naturaleza sustantiva se entremezclan reglas de carácter procesal, lo que da lugar a confusiones con posterioridad. De acuerdo con las características de las Constituciones, es difícil separar ambos tipos de reglas en capítulos separados. A título de

<sup>27</sup> Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 72.

ejemplo, cuando se regula la forma de gobierno, las normas respectivas son sustantivas; en cambio, si se establece la forma de elegir a sus titulares, las disposiciones jurídicas respectivas son de procedimiento. Tanto las primeras como las últimas es posible analizarlas en forma separada, pero en el texto supremo estarán establecidas conjuntamente.<sup>28</sup>

De nuestra Constitución se pueden extraer otras clasificaciones de las normas entre las que se encuentran las siguientes: Las de naturaleza federal, como las que establecen los poderes de la Unión y sus funciones o determinan las relaciones internacionales; las que regulan el régimen interior de entidades federativas y municipios, y las de jurisdicción concurrente, entre las que se cuentan las relativas a educación, protección del medio ambiente, otorgamiento de iguales oportunidades y prohibición de discriminación a los indígenas y seguridad pública.

Asimismo, analizando las disposiciones de nuestra Constitución, es posible clasificar las normas relativas a estados y municipios en principales o complementarias: las primeras, se aplican cualquiera que sea el contenido de las Constituciones o leyes locales, conforme al artículo 133 que expresa que la Constitución, junto a los tratados que estén de acuerdo con la misma y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, serán ley suprema de toda la Unión; y las segundas, son normas contenidas en nuestro ordenamiento supremo que se aplican a dichos regímenes interiores, a falta de norma interna, así el artículo 76 constitucional, fracción V, relativo a las facultades del Senado y del titular del Ejecutivo, en caso de desaparición de poderes en un Estado, le permiten, en síntesis, a dicha Cámara nombrar un gobernador provisional, a propuesta en terna del presidente, siempre que las disposiciones de los Estados no provean el caso.

## IX. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La expresión “bloque de constitucionalidad” es reciente, aparece en el derecho francés a comienzos de la década de los setenta y se incorpora al derecho español en la década siguiente. Su antecedente histórico es la concepción de “bloque de legalidad”, que Maurice Hauriou utilizaba para referirse a la actuación del Consejo de Estado en el control de los actos administrativos. Estos conceptos evolucionan en ambos países y su

<sup>28</sup> Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM-Porrúa, 2000, p. 432.

contenido se torna diferente lo que se puede explicar parcialmente porque el juez constitucional en Francia ha terminado por establecer una política jurisprudencial congruente y en cambio su homólogo de la península ha debido pugnar con el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las comunidades autónomas.<sup>29</sup>

Así en el derecho galo, el Consejo Constitucional, de 1989 en adelante, ha determinado que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto está integrado por los “principios fundamentales” contenidos en forma principal en la Constitución de 1958, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el preámbulo de la Constitución de 1946 y también los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que se han considerado marginalmente en esta materia. A dicho bloque se ha agregado recientemente la Carta del medio ambiente de 2004. La aceptación de estos principios ha sido sometida a condiciones cada vez más precisas, entre los principios que se han reconocido están: la libertad de asociación; los derechos de defensa; la libertad individual; la libertad de enseñanza; la libertad de conciencia; la independencia de la jurisdicción administrativa en materia de nulidad de actos de la autoridad pública; y la que establece que la autoridad judicial es guardián de la propiedad privada. Hay que aclarar al respecto que no se trata de principios que se encuentren contenidos en disposiciones o textos. En cambio, no forman parte de dicho bloque los reglamentos de las asambleas parlamentarias porque no tienen valor constitucional; las normas internacionales en atención a que dicho Consejo no ejercen control de la conformidad de las leyes a las disposiciones del derecho internacional; y los principios generales del derecho porque son verdaderas normas de origen jurisprudencial.<sup>30</sup>

Según Favoreu, la noción de bloque ha cumplido su objetivo de constituir un conjunto constitucional congruente que coordina las tradiciones con la modernidad y en que los derechos fundamentales han sido integrados, de esta manera se ha tomado conciencia de que las diferentes piezas del conjunto forman una unidad. Es partidario asimismo de que exista una dificultad progresiva para la revisión cada vez que exista una mayor aproximación al corazón del bloque de constitucionalidad. E incluso la noción de bloque podría

<sup>29</sup> Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla-Civitas, p. 18.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 24, 25, 33-36.

desaparecer en Francia si la gente se acostumbra a entender que por Constitución se entienden todos los textos que se han mencionado.<sup>31</sup>

En la península, el bloque de constitucionalidad es consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la doctrina y se utiliza preferentemente para demarcar la competencia entre el Estado español y las comunidades autónomas. En síntesis, en el derecho español el bloque de constitucionalidad hace referencia al conjunto de disposiciones o normas de referencia que aplica el juez constitucional a un caso concreto de acuerdo al tipo de actos que debe controlar. Aragón pregunta para qué sirve el bloque de constitucionalidad en España en esta época, y responde, que es útil para explicar que existen normas constitucionales de primer grado, los de la Constitución, y los de segundo grado, que son los Estatutos de Autonomía.<sup>32</sup>

Rubio Llorente, en cambio, estima de que el punto de partida no es la utilidad del bloque sino la determinación de la constitucionalidad porque se tiene un concepto formal de constitución, pero no existe un concepto material de ésta que coincida con exactitud o al menos parcialmente con esa noción formal y con el que se pueda operar en la práctica. El concepto de bloque en Francia tiene que ver con la insuficiencia en la determinación de los derechos fundamentales, problema que no existe en la península por coincidir en esta materia los conceptos de Constitución formal y material con lo que no coincide Favoreu. En cambio, la noción de bloque sería necesaria en España con el objeto de determinar el campo de la distribución territorial de los poderes.<sup>33</sup>

Agrega Rubio Llorente de que tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina han utilizado el bloque de constitucionalidad con contenidos y precisiones diferentes y acepta estas diferencias con tal que cada uno se encargue de precisar en cada caso que entiende por tal. Además la misión de ese Tribunal no es resolver conflictos de leyes sino pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de éstas.<sup>34</sup>

Un concepto de bloque de constitucionalidad ensaya Bidart y expresa que se entiende por tal: “un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 187.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 61 y 189.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 191 y 192.

<sup>34</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 68 y 87.

de la Constitución documental”. Y explica que el bloque sirve para reforzar y legitimar la fuerza normativa de la Constitución desde fuera de ella.<sup>35</sup> Más adelante, admite que es posible que la propia Constitución formal sea parte del bloque con otros ingredientes que se hallan fuera del texto codificado y que no pueden sublevarse contra éste.<sup>36</sup>

La existencia en un ordenamiento supremo de normas de distribución de competencias, según de Otto, produce una alteración de las relaciones entre éstas e involucra de que no sea sólo el principio de la jerarquía superior de la Constitución el que se aplica para determinar si una norma es o no válida sino que también depende de normas que tienen el rango de constitucionales y a las que se les ha reservado la competencia de regular una determinada materia. Así sucede en el derecho español en que la distribución de competencias entre el Estado y las diferentes comunidades autónomas, por disposición del artículo 81, queda entregada a los estatutos de autonomía, cuya aprobación realiza el Congreso a través de leyes orgánicas aprobadas por mayoría absoluta de sus integrantes. Estas leyes orgánicas forman en la península de lo que se denomina el bloque de constitucionalidad y cabe destacar que otras leyes de su misma jerarquía que contravengan sus disposiciones adolecen de inconstitucionalidad que puede declarar el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 28.1 de su ley orgánica.<sup>37</sup>

Finalmente, frente al bloque de constitucionalidad analizado por tratadistas franceses y españoles, cabe manifestar que se trata de materias que están comprendidas o ligadas con las fuentes del derecho constitucional y que incluso es más conveniente analizarlas desde este punto de vista para una mayor claridad. Con el agregado de que el llamado bloque introduce ciertos cambios en el sistema de fuentes del derecho constitucional al crear normas de superior jerarquía que complementan las disposiciones de la Constitución y la inobservancia de dichas normas afecta la validez de las prescripciones de la ley común que pretendan transgredirla. De tal manera, que la creación del bloque de constitucionalidad introduce ciertos cambios de trascendencia en el sistema de fuentes del derecho constitucional y de ahí deriva precisamente su relevancia.

<sup>35</sup> Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003, pp. 264 y 265.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>37</sup> Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional y el sistema de fuentes del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1998, p. 94.

## X. DETERMINACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

### 1. *Generalidades sobre las fuentes del derecho constitucional*

Antes de entrar en el tema de las fuentes del derecho constitucional en el país, es necesario tener presente que Häberle ha expresado sobre el tema de que el problema de las fuentes del derecho ha sido criticado y corregido por la doctrina sin cuestionarse en forma radical, sin embargo constituye el capítulo central de la teoría del derecho constitucional. Para este autor no hay un número cerrado de fuentes del derecho sino que su listado sólo puede ser ejemplificativo. Advierte que en los ordenamientos supremos se señalan ciertas fuentes del derecho y se incorporan también fuentes abiertas, como por ejemplo cuando se mencionan los derechos humanos internacionales o los principios generales del derecho. Además, las mezclas flexibles tanto de los métodos de interpretación como de las fuentes del derecho permiten la conservación en el tiempo del Estado constitucional, enriquecen el derecho y lo hacen más complejo.<sup>38</sup>

Por otra parte, Carlos de Cabo, al referirse a las fuentes del derecho hace una distinción relativa a las normas sobre reforma constitucional y distingue entre éstas como reglas de competencia de los órganos de la reforma y normas de procedimiento para realizar las modificaciones. Además, efectúa una diferencia entre disposiciones de la producción de la reforma y las normas que concretamente se refieren a la enmienda de un determinado precepto.<sup>39</sup> A lo que habría que agregar que ciertas normas de reforma se refieren a contenidos de la misma, en tanto prohíben, restringen o ponen trabas a la modificación de ciertas materias.

### 2. *Antecedentes sobre el bloque de constitucionalidad en México*

En México, no existen tesis ni jurisprudencia que se refieran al bloque constitucional ya sea en la versión francesa o en las acepciones de los autores españoles y en el afán de señalar cuáles son las fuentes del derecho constitucional mexicano o qué debe aplicarse o entenderse por materia

<sup>38</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 124 y 125.

<sup>39</sup> Cabo de Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 29 y 30.

constitucional además de las normas del texto supremo cabe mencionar lo expuesto por José Ramón Cossío que indica que en el país no existe una teoría constitucional y tampoco las prácticas o criterios para comenzar a integrarla. Explica esta situación en los largos años de dominación de un partido en que la interpretación constitucional estaba destinada a mantener dicha supremacía, pero que es impropia para los desafíos democráticos del presente. Por otra parte, no existe tampoco una continuidad constitucional en el pasado debido a la serie de guerras, levantamientos, invasiones y desconocimientos de las cartas fundamentales aprobadas en el siglo antepasado. Sin embargo, la teoría constitucional es necesaria para concretar en la realidad las diversas y complejas funciones constitucionales, como la identificación de lo que debe entenderse por constitución, el orden y jerarquía de sus disposiciones, los métodos de interpretación que se van a utilizar y la forma de resolver los conflictos normativos que puedan presentarse.<sup>40</sup>

No obstante lo expuesto, corresponde mencionar lo argumentado por algunos ministros de la Suprema Corte en la versión taquigráfica de la sesión pública del Pleno, celebrada el 12 de febrero de 2007, en los amparos en revisión números 120/2002, 1976/2003, 815/2006, 1651/2004, 1738/2005, 2075/2005, 787/2004, 1576/2005, 1084/2004, 1277/2004, 1850/2004, 1380/2006 y 948/2006, promovidos por Mc. Cain México S. A. y otras empresas en que hay una referencia al bloque de constitucionalidad.<sup>41</sup> Se discutía en esa ocasión la jerarquía o primacía de los tratados en relación a las leyes federales y el ministro Silva Meza propuso realizar un sistema de interpretación a partir del concepto de bloque de constitucionalidad. Reconoció, sin embargo, que este tema es objeto de debate en la doctrina, pero agregó que hay tribunales constitucionales que han aceptado la existencia de dicho bloque y han resuelto algunos asuntos conforme a éste.

El presidente de la Corte, ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, reconoció la existencia de las llamadas leyes generales que, a su juicio, tie-

<sup>40</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 26, p. 227.

<sup>41</sup> Amparos en revisión promovidos el primero y el segundo por Mc. Cain México S. A.; Almidones Mexicanos S. A. de C. V.; Certeza Empresarial S. A. de C. V.; A. R. C. de Personal S. A.; Comercializadora Internacional de Productos Salinas S. A. de C. V.; Comercializadora Elenita S. A. de C. V.; Importaciones y Exportaciones La Paz S. A. de C. V.; Corporativo Expander Internacional S. A. de C. V.; Comercializadora de Carnicos San Francisco de Asís S. A. de C. V.; Consorcio G. Grupo DINA S. A. de C. V.; Bonafont S. A. de C. V.; y Distribuidora Ventamex S. A. de C. V.

nen un gran acercamiento a lo que en otras latitudes se conocen como leyes constitucionales por que desarrollan disposiciones directas de la Constitución de la República. Y agregó que en dos ocasiones la Suprema Corte ha cuestionado actos de autoridades locales que han violado leyes generales y las ha considerado inconstitucionales. Y señala que la Ley General de Educación fue violada en cierta ocasión por la Ley de Educación del Distrito Federal; y la Ley General de Asentamientos Humanos, que forma de hecho un bloque de constitucionalidad, fue transgredida en otro caso por el municipio de Puebla. Existen otras leyes que también tienen ese carácter, como es el caso de la Ley General de Salud y la Ley General de Seguridad Pública, que serían siete u ocho en total. Agregó, asimismo, que en la segunda sala de ese alto tribunal ya se reconoció un pequeño bloque de constitucionalidad en materia de derecho laboral al determinarse que una ley de carrera civil de un municipio no sólo debe ajustarse al 123 constitucional sino igualmente a la Ley Federal del Trabajo y a la Ley Federal del Trabajo Burocrático.

Otros ministros, en el análisis de los amparos en revisión citados, plantearon la dificultad que existía para determinar que leyes podían considerarse parte de ese supuesto bloque de constitucionalidad y negaron la existencia de un orden jurídico nacional aparte de la Constitución.

### *3. Las fuentes del derecho constitucional mexicano*

Ahora, en el camino por apuntar que debe entenderse por fuentes del derecho constitucional en nuestro país, cabe señalar las siguientes tesis aprobadas por el Pleno de la Suprema Corte que, en resumen, expresan lo siguiente:

- Amparo en revisión, 2639/96, Fernando Arreola Vega, 27-01-98, Novena Época, que expresa que el artículo 14 del ordenamiento supremo autoriza frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley utilizar mecanismos de interpretación jurídica y al desentrañar el alcance y sentido de una regla constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el constituyente o por el Poder revisor; y acepta el método genético-teleológico que permite analizar la exposición de motivos de la iniciativa respectiva, el debate y dictámenes

en comisiones y la discusión en el Pleno del Congreso, así como la finalidad de la inclusión de una norma.<sup>42</sup>

- Amparo en revisión 2119/99, Francisco Tomás Ramírez, 29 de noviembre de 2000, Novena Época. En el artículo 133 constitucional se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los que la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los jueces de cada entidad federativa sujetarse a dichos ordenamientos, a pesar de las reglas en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales. Lo expuesto, con independencia de lo determinado en el artículo 40 de nuestra ley suprema que determina que los Estados de la Federación son libres y soberanos en lo concerniente a su régimen interno en tanto no se vulnere el pacto federal.<sup>43</sup>
- Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo 1999, Novena Época. Esta tesis aprobada por unanimidad de 10 votos de la Suprema Corte y que es idónea para establecer jurisprudencia, estableció en síntesis que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal.<sup>44</sup>
- Amparo directo en revisión 1124/2000, Abel Hernández Rivera y otros, 17 de abril de 2001, Novena Época. En el sistema jurídico mexicano, por regla general, no se reconoce que la doctrina pueda servir de base a una sentencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 constitucional. Sin embargo, es una práctica reiterada en las sentencias recurrir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, salvo en materia penal, y se permite en otras materias al considerar que la función jurisdiccional por su naturaleza requiere de un trabajo de lógica jurídica que pretende aplicar correctamente las normas,

<sup>42</sup> Pleno, unanimidad de 9 votos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, abril 1998, tesis P. XXVIII/98, p. 117, núm. de registro 196, 537.

<sup>43</sup> Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, marzo 2001, tesis 1a. XVI/2001, p. 113, núm. de registro 190,070.

<sup>44</sup> Pleno, unanimidad de 10 votos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre 1999, tesis P. LXXvii/99, p. 46, núm. de registro 192,867 que abandona criterio de tesis PC/92, *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, Octava Época, diciembre 1992, p. 27, que sostenía que los tratados internacionales y las leyes federales tenían la misma jerarquía.

interpretarlas con sustento y desentrañar asimismo de los textos legales los principios generales del derecho. Por estas razones cuando se acuda a la doctrina a través de la referencia al pensamiento de un tratadista e incluso por medio de la transcripción del texto en que éste se expresa, el juez debe evitar hacerlo de una manera dogmática y debe analizar en forma objetiva y racional las argumentaciones jurídicas respectivas aceptando las que le resulten convincentes y señalando las consideraciones que las justifiquen.<sup>45</sup>

En México, la determinación de las fuentes del orden jurídico federal, según lo dispuesto en el artículo 133 de nuestra Carta Política, estarían integradas por la Constitución, los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma que se celebren por el presidente de la República con la aprobación del Senado y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de esta en el orden jerárquico señalado. De acuerdo al artículo 89 constitucional fracción I hay que agregar como fuentes los actos que realice el presidente de la República para proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes; como por ejemplo, reglamentos, decretos, acuerdos o circulares. Frente a la insuficiencia u oscuridad de un precepto, conforme al artículo 14 de nuestra Constitución, en los juicios del orden civil, es posible determinar el alcance y sentido de una disposición constitucional recurriendo a los principios generales del derecho. Ahora las fuentes del derecho constitucional en el país serían las normas de la Carta Política, a lo que habría que agregar los principios constitucionales que dicho ordenamiento establece expresamente, por ejemplo, como el principio de no discriminación establecido en el artículo 1o., párrafo tercero de la Constitución. Deben tenerse presente también los principios generales del derecho que menciona el artículo 14 constitucional. Debe recordarse asimismo la tesis de la Suprema Corte, de acuerdo con la misma norma, en el sentido de que deben considerarse los valores e instituciones que el poder constituyente y el poder revisor pretendieron salvaguardar.

Cabe preguntarse si dentro de las fuentes de la constitucionalidad en México deben entenderse comprendidas las disposiciones de las Constituciones de los Estados y la respuesta, según al artículo 40 constitucional, es que también forman parte de ella en lo que respecta al régimen interno de

<sup>45</sup> Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo 2001, tesis 2a. LXIII/2001, p. 448, núm. de registro 189.723.

esas entidades federativas y en la medida que no violen el pacto federal. Sin embargo, en México que es un estado federal, la situación es diferente a la de España que no tiene tal carácter, pero donde las Comunidades Autónomas también tienen un estatuto especial, más existe la diferencia de que dichos estatutos son aprobados por las Cortes y no por órganos locales.

También integran la constitucionalidad mexicana los principios generales del derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional que acepta que en materia civil a falta de ley se apliquen dichos principios. Debe extenderse esta aplicación a cualquier otra materia que no sea la determinada por el párrafo tercero de esa norma que, en los juicios del orden criminal, prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

De acuerdo a la última tesis citada, de la que fue ponente el entonces presidente de la Suprema Corte, Mariano Azuela Guitrón, podría argumentarse que no sólo los principios generales del derecho, sino incluso la doctrina podría servir de base a nuestra constitucionalidad o en otras ramas del derecho nacional, siempre que no se trate de la aplicación de sentencias penales, como se ha expresado en el párrafo anterior, y en la medida en que se analicen objetiva y racionalmente las argumentaciones jurídicas expuestas por los autores y se expresen las consideraciones por las que se aceptan.

Más adelante, se analizará con más detalle en que medida los valores, instituciones, fines y principios son recogidos por la doctrina y por algunos tribunales como fuentes del derecho constitucional.

#### *4. La jerarquía de las normas en el derecho nacional*

El artículo 133 de la Constitución establece claramente la supremacía de este ordenamiento supremo sobre el resto de las normas nacionales y dispone a continuación de que:

...las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. 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.

Dicha disposición no se pronuncia expresamente sobre la jerarquía que existe entre las normas federales y los tratados internacionales.

En la tesis P. C/92 publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* núm. 60, Octava Época, diciembre de 1992, p. 27, se determinó por la Suprema Corte que las leyes federales y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía.

Hay un cambio radical más adelante en tesis 77/99 de la novena época, publicada en el tomo X, de noviembre de 1999 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, en amparo en revisión 1475/98 del Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. El Pleno de la Suprema Corte determinó en la sentencia respectiva de que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución, con base en el artículo 133 constitucional. Dicha norma fue interpretada, en resumen, en el sentido de que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y por ello el constituyente facultó al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado, con la aprobación del Senado, que interviene como representante de las entidades federativas y por medio de su ratificación obliga a esas autoridades. Dichas soberanías pueden además a obligar a las entidades federativas en cualquier materia aunque sean de su competencia. La tesis considera además al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución que determina que las facultades que no estén expresamente entregadas a la Federación se entiende que son competencia de los estados. Como la sentencia fue aprobada por unanimidad de diez votos, en ausencia de un ministro, se estimo que la votación era idónea para integrar tesis jurisprudencial.

El Pleno de la Suprema Corte, en la sesión pública celebrada el 12 de febrero de 2007, en los amparos en revisión ya citados en páginas anteriores, promovidos por Mc. Cain México S. A. y otras empresas, en que se argumentaba que a los quejosos se les había aplicado derechos arancelarios por introducir mercaderías al país en circunstancia que el tratado aplicable no autorizaba este cobro, hubo un nuevo pronunciamiento sobre el particular y por seis votos contra cinco se volvió a determinar que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes federales. La discusión que se suscitó al respecto fue enriquecida con los aportes de los diversos miembros del Pleno y se puede sintetizar de la siguiente manera.

Una mayoría determinó que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes federales lo que deriva de que los compromisos internacionales son suscritos por el Estado mexicano en su conjunto, a través del presidente de la República con la aprobación del Senado conforme a los artículos 89 fracción X y 76, fracción I de nuestra carta magna.

Hay, además, una vocación internacionalista de la Constitución que emanaría principalmente de los artículos 3o. párrafo segundo, relativo a la solidaridad internacional, 133 ya citado y 89, fracción X que establecen los principios a los que debe ajustarse la política exterior del titular del Ejecutivo.

Si se establece claramente que los tratados están en un nivel jerárquico superior a las leyes federales, según el ministro Azuela, se otorga seguridad a nuestro sistema jurídico. En cambio, si se pretende que sólo existe una colisión normativa, lo que priva es la inseguridad porque se estaría dejando al criterio del juzgador la determinación en cada caso concreto.

Debe recordarse también que la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el artículo 27 dispone que un Estado no puede invocar una disposición del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Que los tratados internacionales tengan una jerarquía superior a las leyes federales no debe entenderse como un problema de validez a partir de una jerarquía jurídica porque no está en juego la validez de la norma de menor jerarquía con relación a la que tiene un mayor rango. En efecto, la jerarquía, en la teoría pura del derecho, involucra la existencia de una norma superior y de una norma inferior que está basada en la primera, lo cual sucede con toda claridad en el caso de una ley y su reglamento respectivo. Sin embargo, desde el punto de vista judicial la jerarquía de las normas se ha considerado con una mayor flexibilidad a través de las tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte.

Para el ministro presidente, Guillermo I. Ortiz M., la primera oración del artículo 133, que dispone que son ley suprema de toda la Unión, la Constitución, las leyes del Congreso y los tratados que estén de acuerdo con la misma no se pueden referir a todas las leyes federales sino sólo a aquellas que si tienen un rango superior a las leyes locales y que vinculan a toda la Federación a producir legislación apegada a las leyes federales. Estas leyes son las de carácter general que, en otros estados, se denominan constitucionales, porque regulan disposiciones de la propia Constitución, amplían sus conceptos y su alcance y vinculan casi con la

misma fuerza que el propio ordenamiento supremo. De tal manera que se puede afirmar que existe un orden jurídico nacional que estaría compuesto por la propia Constitución, los tratados y las leyes generales citadas. La jerarquía de los tratados estaría por encima de las demás leyes federales que son de competencia exclusiva de la Federación y que no tienen una jerarquía superior a la de las leyes locales.

La jurisprudencia de la Suprema Corte, en cambio, para el ministro citado, ha establecido que no existe un problema de jerarquía entre las leyes federales y estatales porque responden a distintas materias y a distintos ámbitos de competencia.<sup>46</sup>

Algunos ministros, como Gudiño Pelayo, Luna Ramos y Franco González establecieron, en cambio, de que el artículo 133 establece la supremacía de la Constitución sobre el resto de los ordenamientos y la primacía de las leyes federales respecto de las locales en aquellas materias donde haya concurrencia o coincidencia de ambas clases de normas.

Por otra parte, cuando una ley local transgrede la Constitución estatal, si existe igualmente la violación de una norma superior por una inferior y se está vulnerando también la jerarquía de esa norma de rango más alto. Lo que existe en este caso es una colisión normativa en el espacio que se resuelve conforme al principio de jerarquía de las normas y la consecuencia es tan grave como si se declarara la inconstitucionalidad. Hubo una atracción de la Suprema Corte en un asunto de esta naturaleza, pero no se declaró la inconstitucionalidad de la ley sino que se conoció del amparo y se declaró que dicha ley era contraria a lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucional por no respetar el principio de la jerarquía. Además, aceptar el tema de la primacía abre las puertas al control difuso de la Constitución que en México sólo cabe en caso de inaplicabilidad de una ley a través del amparo indirecto.

Debe agregarse de que el principio *pro omine*, siempre es posible aplicarlo porque la historia jurisprudencial de la Suprema Corte acepta expandir las garantías individuales consagradas en el ordenamiento supremo porque lo que éste contiene es un mínimo que se puede ampliar a través de un tratado o de una ley.

Para otro grupo de ministros, los de la opinión minoritaria, el artículo 133 no está estableciendo una jerarquía entre tratados y leyes federales,

<sup>46</sup> Controversia constitucional 95/99 interpuesta por el ayuntamiento de Temixco, estado de Morelos y controversia constitucional 136/2005 interpuesta por el municipio de Pachuca de Soto del estado de Hidalgo.

sino que determina un sistema de competencias constitucionales, es decir, prescribe en caso de conflicto, cuál es la norma aplicable.

Para el ministro Cossío Díaz, lo que sucede con los tratados es que una vez aprobados pasan a formar parte del derecho nacional y no hay un problema de jerarquía, primacía o supremacía respecto de las leyes federales porque en caso de discrepancia entre ambos sólo se trata de un conflicto de aplicación de leyes que se debe resolver conforme a las normas de interpretación para determinar cual debe prevalecer en el momento en que se va a aplicar. El hecho de que los compromisos internacionales sean asumidos por el Estado en su conjunto y comprometan a todas sus autoridades no es argumento para dar a los tratados una jerarquía superior a las leyes federales porque esa jerarquía sólo corresponde determinarse en el orden jurídico nacional.

La tesis 77/99 debe modificarse, según Cossío Díaz, por el hecho de que sea el jefe del Estado que suscriba un tratado no da base para sustentar la tesis de que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes federales. Por otra parte, los 128 senadores debido a la reforma efectuada en agosto de 1996 al artículo 56 ya no representan a los Estados sino a porcentajes de población por lo que no son aceptables los argumentos dados en este sentido en la tesis ya aludida.

De acuerdo a otra opinión no está fundado de que el principio de una mayor jerarquía de los tratados sobre las leyes federales otorgue una mayor seguridad jurídica. Además, si una ley federal otorga mayores beneficios que un tratado no se podría aplicar el principio *pro omine* porque vulneraría lo expuesto por el tratado. Tampoco acepta el ministro Cossío la idea de que existe un orden jurídico nacional respaldado por construcciones jurisprudenciales porque la idea de las leyes nacionales es una idea doctrinal ya antigua que fue sustentada por el maestro De la Cueva.

Se argumentó igualmente en contra de la mayor jerarquía de los tratados sobre las leyes federales porque en nuestro ordenamiento supremo hay también una vocación nacionalista que se observa, entre otras disposiciones, en los artículos 3o., párrafo segundo y fracción II letra b) concernientes a que la educación fomentará el amor a la patria y la defensa de los intereses nacionales, 25 y 26 que se refieren respectivamente a que la educación será nacional, a que el Estado tiene la rectoría del desarrollo nacional y a que éste organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional. De tal manera que el argumento de la vocación internacionalista de la Constitución, sin que sea necesario contradecirlo,

no es suficiente para determinar la jerarquía superior de los tratados sobre las leyes federales.

Respecto a la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, se advirtió que al igual que todos los acuerdos internacionales está incorporada al derecho nacional y sólo compete al orden interno establecer la jerarquía de las normas que lo contienen.

Además, las llamadas leyes nacionales, que reglamentan disposiciones constitucionales, no tienen un procedimiento agravado de aprobación, como es el caso de las leyes orgánicas en el derecho español. En consecuencia, esta tesis no tiene un enorme sustento teórico. Lo únicos ordenes que existen en el derecho mexicano son los federales, estatales, del Distrito Federal, de los municipios y el de la Constitución, como se afirmó en las resoluciones relativas a Pachuca y Tulancingo.

De lo expuesto en la versión taquigráfica que se ha resumido, su correspondiente resolución y de las disposiciones de la Constitución sobre convenios internacionales, que son los artículos 15, 18, 76 fracción I, 89 fracción X, 119 párrafo tercero y 133, no se puede deducir un sistema de fuentes que establezca una superior jerarquía de los tratados sobre la legislación federal. De lo que se puede concluir que corresponde al intérprete resolver si existe o no una superior jerarquía de los tratados sobre las leyes federales, según la opinión minoritaria en esta materia.

De acuerdo a la opinión de la ministra Luna Ramos, en las leyes que establecen concurrencia, como es el caso de las relativas a educación, que regulan los artículos 3o. y 73, fracción XXV de la Constitución, en la propia normatividad, artículo 3o. fracción VIII, se determina que hay sanciones contra los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las leyes sobre concurrencia y a todos aquellos que las infrinjan. En cambio, no es posible encontrar ningún artículo similar de la carta política que sancione expresamente a quienes infrinjan un tratado.

Hay ciertas disposiciones del ordenamiento supremo que establecen la concurrencia del gobierno federal, del estatal y del municipal en ciertas materias, como lo hace, por ejemplo, la fracción XXIX, apartados c), g), i) y l) del artículo 73 constitucional, concernientes respectivamente a los asentamientos humanos, protección al ambiente, preservación y restauración del equilibrio ecológico, protección civil, pesca y acuicultura, lo que involucra establecer una jerarquía entre las normas federales que se dicten y las estatales o municipales que deriven de éstas o las complementen. Pero ello no autoriza para afirmar la idea de un orden jurídico

nacional, porque la jurisprudencia sólo reconoce los órdenes jurídicos que se han señalado con anterioridad.

Por otra parte, para el ministro Franco González Salas, no se puede establecer de una manera general que los órdenes local y federal son de una misma jerarquía porque pueden serlo en aquellas materias que son exclusivas o excluyentes de los otros órdenes o subsistemas, pero no en todos los otros casos. De tal manera que hay que revisar y ajustar lo determinado en la tesis 77/99 ya mencionada.

Según el ministro Gudiño Pelayo, ante la antinomia normativa hay que buscar una solución que busque la congruencia del sistema normativo y que armonice los extremos previstos en las disposiciones en conflicto. Hay que ver, en primer término, cómo se relacionan las reglas en conflicto porque no necesariamente son excluyentes entre sí en atención a que pueden ser complementarias en otros aspectos. De tal manera que la solución en cada caso dependerá de las variables que estén en juego, como, por ejemplo, la especialidad normativa, los principios específicos que rigen la materia que está en litigio, la posible derogación de una disposición por otra y no es posible, por tanto, extraer una norma genérica o abstracta que resuelva estas contradicciones. Y probablemente, en la mayoría de los casos, prevalezca el tratado en aras al principio de la especialidad o por otras razones, pero no como una norma general ni por la mayor jerarquía de los tratados.

Con la resolución aprobada, por mayoría de seis votos en favor y cinco en contra, se determinó de nuevo la mayor jerarquía de los tratados sobre las leyes federales y se resolvieron 13 o 14 asuntos. En definitiva, se reservó jurisdicción a las salas de origen, en todos los casos, para que éstas determinaran si había o no desajuste entre la ley ordinaria y el tratado internacional y la conclusión fue que si hay desajuste se viola el artículo 133 y se concede el amparo o bien no hay desajuste y se niega el amparo.

La Suprema Corte ha sostenido en el pasado tesis que son contradictorias. En el curso de este año si bien hay una opinión mayoritaria en favor de la mayor jerarquía de los tratados sobre las leyes federales, existe de igual forma un número importante de ministros que sostiene la tesis contraria con argumentos que son respetables. La doctrina nacional igualmente se encuentra dividida al respecto. Hay que reconocer, además, que cualquiera decisión del más alto tribunal puede originar a veces comenta-

rios adversos dada la naturaleza también política de ciertas resoluciones que emita sobre la materia.

Sobre el tema, me parece acertada la opinión de la mayoría en los amparos en revisión de Mc. Cain México S. A. y otras empresas y a los argumentos ya expuestos habría que agregar los siguientes.

En el mundo actual, se presenta una creciente interdependencia y relación entre Estados por razones políticas, sociales, económicas y humanitarias que se manifiesta en la celebración de numerosos convenios bilaterales, regionales o multilaterales. Existe igualmente una numerosa afiliación de Estados a organismos internacionales. Este orden internacional sería más frágil y vulnerable aún si se permitiera que las disposiciones internas prevalecieran sobre las disposiciones de un tratado internacional.

¿Cómo se puede construir un orden internacional, además, si aceptamos que cada estado pueda hacer prevalecer su legislación interna sobre el contenido de los tratados? El principio *pacta sunt servanda* que involucra que los acuerdos internacionales deben cumplirse por los estados de buena fe y que es la base del orden jurídico internacional quedaría en entredicho de aceptarse la tesis de que las leyes federales y los tratados tienen la misma jerarquía y de que en cada caso hay que ver cual es la disposición que prevalece. Una postura semejante involucraría una amplia inseguridad jurídica en las relaciones internacionales y afectaría además los mecanismos de integración regional en América Latina y El Caribe que son necesarios para la supervivencia de los Estados que ahí se encuentran.

Una práctica o principio que rige en el ámbito internacional consiste en que los Estados que no estén de acuerdo con una norma de un tratado, puedan, por norma general, hacer reserva de ésta al suscribir y ratificar el respectivo acuerdo. Existe además la posibilidad de denunciar un convenio y no existe responsabilidad para un Estado si dicha denuncia se realiza de acuerdo a las disposiciones del propio acuerdo internacional. Estos mecanismos quedarían totalmente desvirtuados al permitirse que prevalezcan ciertas normas de la legislación interna.

Por otra parte, la afiliación de los Estados a los organismos internacionales, como Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, y los compromisos que contraen con éstos podrían fácilmente ser transgredidos a través de la aprobación de reglas nacionales en contrario.

A los países, como México, que son vulnerables desde el punto de vista político, económico y militar, le conviene la vigencia de un orden jurídico internacional que sea respetado y aceptado por las diversas nacio-

nes. Una postura contraria involucraría una creciente inseguridad jurídica para los derechos que le convenga hacer valer al Estado mexicano. Debe recordarse, por ejemplo, las dificultades que han existido para exportar atún y otros productos o para que los camiones de empresas nacionales puedan ingresar a Estados Unidos de América en circunstancias que hay normas en los acuerdos vigentes que si lo permiten. Esta clase de problemas se agravarían si aceptáramos que las leyes federales de Estados Unidos de América pudieran prevalecer sobre los tratados suscritos.

Cabe agregar, que están suscritos por México, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *Diario Oficial de la Federación* del 14 de febrero de 1975, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, *Diario Oficial de la Federación* del 28 de abril de 1988 que determinan que no puede argumentarse incumplimiento del tratado con base en la legislación interna; y que además disponen que si un Estado ha vulnerado su procedimiento interno de aprobación de un convenio, con base en esta trasgresión, no puede excusarse para incumplir lo pactado. Aunque las normas citadas pasen a formar parte del derecho nacional y teóricamente puedan ser modificadas por normas posteriores, no deberían ser violadas porque constituyen reglas especiales que han sido acordadas por los Estados para velar por el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Además, el hecho de que los tratados internacionales pasen a formar parte del derecho nacional no obsta, no impide que conserven su carácter de normas internacionales porque tanto en su origen como en su incorporación al derecho mexicano están sujetos a la aprobación de autoridades especiales y a procedimientos que son diferentes. Por otra parte, si se pretende dejar sin efecto estos convenios están sometidos igualmente a normas distintas que es necesario respetar.

Por las consideraciones señaladas, es conveniente realizar una reforma constitucional que establezca claramente, como norma general, que los tratados son jerárquicamente superiores a toda clase de leyes federales y que se establezca como excepción el principio *pro omine*, en el sentido de que cualquiera norma nacional o internacional que otorgue más derechos que los establecidos en la Constitución o en los tratados en materia de derechos fundamentales debe prevalecer. Debe especificarse igualmente que dichos convenios pueden celebrarse sobre cualesquier mate-

rias, sean éstas del orden federal, estatal o municipal con el propósito de especificar que el pacto federal permite al Estado mexicano acordar internacionalmente lo que a su interés convenga.

Finalmente, en esta materia, habría que completar, en general, en forma más clara, el sistema de fuentes en el derecho nacional; y especificar que los tratados pueden celebrarse sobre cualquier materia del orden federal, estatal, municipal o del Distrito Federal; y señalar, asimismo, la diversa jerarquía de las normas nacionales cuando éstas entran en pugna entre sí.

## XI. VALIDEZ Y LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Los temas de la legitimidad y validez de la constitución, por una parte, y el de la fuerza normativa y la eficacia de la constitución, por otra, en los diversos autores, suele enfocarse de distinta manera y es posible incurrir en confusiones. Para tratar de aclarar estos términos conviene comenzar con lo expuesto tanto por Kelsen como por Hesse.

Para Kelsen hay que distinguir entre la validez y la eficacia de una norma. La validez de una norma no es sino el modo particular de su existencia y se encuentra en el mundo del deber ser. Un conjunto de normas forman un orden, es decir un sistema, cuando la validez de todas ellas puede referirse a una única norma fundamental, que es la Constitución. Ahora, la validez de la Constitución no es afirmada por la ciencia del derecho sino supuesta por ésta. *La teoría pura del derecho* del maestro vienés atribuye a la norma fundamental el rol de una hipótesis básica. La eficacia de un orden jurídico, en cambio, se refiere a que los hechos que ocurren sean en cierta medida conforme a dicho orden.<sup>47</sup>

Konrad Hesse manifiesta que no hay que confundir legitimidad y validez. Si hay democracia constitucional no podemos separar la creación del orden del contenido de éste. Una Constitución aprobada con respeto al principio democrático, pero que no establezca un estado democrático puede tener en aquel su fundamento de validez, pero no tendrá legitimidad. La democracia es el elemento legitimador de la Constitución no sólo porque ésta surge de un proceso en que aquella se encuentra presente sino también porque se establecen procedimientos democráticos para la

<sup>47</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Peña Hermanos, 2001, pp. 40, 41 y 165.

formación de los órganos públicos, para que los mismos tomen decisiones e incluso la formación de las mayorías está regulada. En suma, la Constitución organiza un Estado que garantiza la democracia, que permite al pueblo seguir siendo soberano y en que están presentes la libertad y la igualdad. Un ordenamiento superior no se puede entender jurídicamente atendiendo sólo a su validez, como lo hace originalmente Kelsen en su teoría pura del derecho al referirse a la norma hipotética fundamental que es el presupuesto lógico de ese orden, sino que también debe comprenderse su legitimidad. Esta última tiene una naturaleza interna, en consecuencia jurídica, y emana de la propia constitución.<sup>48</sup>

Aragón, que tiene una posición similar a la de Hesse, estima que la democracia es el principio legitimador de la Constitución y sólo a través de dicho principio el ordenamiento supremo adquiere su especial condición normativa. La positivación de la democracia en los textos constitucionales ocasiona consecuencias jurídicas de gran trascendencia que se manifiestan en la interpretación y aplicación de dichos textos. Incluso, para este autor, la teoría de la Constitución es la teoría de la democracia jurisdicada.<sup>49</sup> Para explicar sus tesis, señala que en la Constitución española, por ejemplo, se expresa una determinada idea de democracia que se apoya en ciertos valores. Así, el artículo 1o. dispone que: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” Lo que se complementa con lo que prescribe el artículo 10: “La libertad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político y de la paz social”. De tal manera que en esa ley suprema existe una concepción material de la democracia que se manifiesta igualmente en la organización del Estado, en la composición de los órganos públicos y en las expresiones de voluntad de éstos. De tal manera que la democracia es el principio legitimador de esta Constitución porque el Estado que organiza debe garantizar la democracia y fundamentalmente la libertad y la igualdad que son los fines cuya realización propugna. Además, la legitimidad que la Constitución de España promueve es de orden interno, en consecuencia de carácter jurídico, y no

<sup>48</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 24 y 25.

<sup>49</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, pp. 5 y 7.

se puede concebir solamente en forma externa porque su legitimidad se desprende de ella misma y no de un factor que se encuentre en su exterior. Ahora bien, un ordenamiento superior que sea creado democráticamente puede tener en el principio democrático su fundamento de validez, pero, al mismo tiempo, si no se crea un Estado democrático carecerá de legitimidad.<sup>50</sup>

El papel del derecho, para Aragón, en su propósito de cimentar y construir la democracia es modesto, porque la educación, la consolidación de la cultura cívica, el comportamiento honesto y ejemplar de las fuerzas políticas, una administración pública eficaz que transparente sus acciones y sancione a quien infringe la ley, la elevación de los niveles de vida del pueblo, la creación de fuentes de trabajo, la seguridad social, la seguridad pública y el castigo de quienes la infrinjan, son factores aún más trascendentes en el afianzamiento de un régimen democrático.

Ahora, no es posible separar en el Estado constitucional, los conceptos de democracia y apoyo social y conviene recordar al respecto lo señalado por Luigi Ferrajoli que expresa de que el *Welfare State* nació el siglo pasado como respuesta a la crisis de inestabilidad del sistema capitalista y a la incapacidad de autoregularse del mercado y en la actualidad existe la tendencia, desafortunadamente, a refundar el estado liberal de derecho y reducir las funciones públicas de carácter social. Este proyecto es profundamente antidemocrático, refuerza los instrumentos autoritarios de control y atenta contra el estado constitucional democrático y social. Sobre el particular, Ferrajoli se pronuncia porque las prestaciones públicas positivas puedan ser programadas en forma general, garantizarlas y darles un carácter vinculante, como lo tienen los derechos fundamentales. Y se pregunta porque no es posible que la complejidad de la estructura jurídica del Estado se sitúe a la altura de las prestaciones requeridas en el *Welfare State* o *Estado de bienestar social*. En síntesis agrega de que el futuro del Estado de derecho y el del estado social están enlazados y su supervivencia depende de una estructura jurídico institucional acorde con la fundación de un Estado de derecho capaz de asegurar también los derechos sociales.<sup>51</sup> Lo que equivale a expresar que debe existir en el estado constitucional democrático una legitimidad de ejercicio o de operación. En otras palabras una Constitución se justifica o es legítima no sólo en sus orígenes

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 21-23.

<sup>51</sup> Ferrajoli, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, V. *et al.* (comps.), *Derechos sociales, instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 17-21.

sino también en tanto establece una estructura institucional que es apta para que el estado cumpla sus funciones.

Cabe señalar igualmente al respecto las ideas de Heller que indica que toda norma social aspira a tener una validez de carácter general y pretende valer al menos dentro de determinados grupos sociales para casos semejantes aunque éstos ocurran en forma separada en el tiempo y en el espacio. Para que las normas tengan validez afirma que debe existir congruencia entre lo que determina la norma y la conducta que generalmente tienen los miembros de una comunidad determinada o de un Estado. De tal manera que la validez de una norma no sólo depende de su respeto a una norma superior o de que se haya dictado por un órgano competente para crearla, sino que también depende de la conducta de aquellos a quienes va dirigida. Es en esta materia que Heller hace su conocida distinción entre la normatividad y la normalidad de una Constitución y se puede derivar la validez y eficacia de las normas de ésta de la correspondencia que exista entre el deber ser de la carta política y la realidad social.<sup>52</sup>

La legitimidad se refiere a una justificación a un fundamento; y la legalidad, aunque no es ajena a la idea anterior, más bien se refiere a la conformación de ciertas acciones con las disposiciones jurídicas establecidas. Referidos estos términos a quien detenta el poder, para Rolando Tamayo y Salmorán, la legitimidad se refiere a la titularidad del poder y la legalidad al ejercicio de éste. Con relación a un orden jurídico, la legitimidad es el último fundamento de dicho orden así como respecto a las condiciones y procesos de transmisión del poder. Además, el ejercicio regular del poder supone que existan normas válidas, las que a su vez requieren de un poder legítimo que las apruebe.<sup>53</sup>

Para Carl Schmitt una Constitución es legítima cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa es reconocida. Este reconocimiento no solamente se refiere a la Constitución como una situación de hecho sino asimismo como ordenación jurídica. Debe aclararse que la idea de legitimidad no está relacionada en manera alguna con una normatividad anterior porque un ordenamiento supremo no puede estar basado en reglas aprobadas con antelación. Al analizar en el devenir histórico el

<sup>52</sup> Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 318 y 323.

<sup>53</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, "Voz: Legitimidad", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I-O, pp. 1942 y 1944.

concepto de legitimidad en esta materia es posible distinguir entre la dinástica y democrática. En la primera, el poder constituyente está constituido por el príncipe, es decir por el soberano o monarca; en la segunda, el poder constituyente se apoya en la voluntad del pueblo.<sup>54</sup>

De lo expuesto con anterioridad, se deduce que validez y legitimidad no son conceptos unívocos en tanto la doctrina les confiere significados que a menudo son diferentes y para fines metodológicos conviene distinguirlos de manera de asignar la validez a los procesos de formación del poder constituyente y de aprobación de la constitución; y otorgar la legitimidad al contenido material de la Constitución en tanto consagra realmente la democracia. Cuando se examina la validez de una Constitución se busca el origen, la justificación y el fundamento de ésta, lo que debe necesariamente buscarse fuera del derecho si se trata de la creación de una constitución, especialmente en los casos en que ésta nace a consecuencia de una revolución o de una crisis institucional en un Estado. Es decir la validez debe buscarse en el proceso de creación del poder constituyente y en la aprobación de la nueva carta política. En cambio la legitimidad debe buscarse en el contenido material de la constitución, en las reglas y principios que establece para consagrar, por ejemplo, la democracia en la elección de los órganos del Estado, los derechos fundamentales y sociales y garantizar su cumplimiento.

## XII. LA FUERZA NORMATIVA Y LA EFICACIA DEL ORDENAMIENTO SUPREMO

La fuerza normativa de la Constitución es una materia que está relacionada con la eficacia de esta norma suprema y suele presentarse entre los autores una confusión entre estos términos, por ello es conveniente, desde un punto de vista metodológico, tratar de aclarar el significado de los mismos.

La fuerza normativa de la Constitución tiene relación con su cumplimiento o con su realización como expresa Hesse. Debe recordarse que la Constitución se compone de normas que contienen requerimientos que están dirigidos a la conducta humana, pero no constituyen todavía tal conducta. Estas normas no tienen eficacia y constituyen letra muerta cuando sus requerimientos no se incorporan a un quehacer humano. De

<sup>54</sup> Schmitt, Carl, *La teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, p. 101.

tal manera que un ordenamiento supremo no tiene una vigencia predeterminada por el sólo hecho de haber sido aprobado por el poder constituyente y ni siquiera éste puede asegurar la vigencia de una Constitución ni menos mantenerla en vigor. Ello depende de la fuerza normativa del ordenamiento superior que se encuentra supeditada por la posibilidad de realización de los contenidos de éste. Cuando una Constitución, por una parte, ignora el desarrollo político, económico y social de una comunidad, deja de orientarlo y se aleja de la realidad, pierde su fuerza normativa y deviene en un texto desconectado de la situación histórica. Además, la fuerza normativa de un texto supremo, por otra parte, depende de la voluntad constante de quienes consideran vinculantes sus contenidos y deciden realizarlos o cumplirlos, incluso pese a las resistencias que encuentren. Ahora, para dirigir la conducta humana, se ha expresado, que la norma necesita de “concretización” y en ese proceso se considerarán junto con el contexto normativo las singularidades de las relaciones sobre las que la norma va a incidir. Como dichas singularidades pueden históricamente ser distintas y el contenido de la norma será el mismo puede resultar una mutación constitucional de mayor o menor trascendencia que consiste en un cambio de significado del contenido de la norma sin alterar su texto. Lo que no puede suceder, en cambio, es una confrontación entre realidad y Constitución y por ello es necesaria una política constitucional que tendrá por misión crear las condiciones para que se conserve la realización de las normas de la Constitución. De lo contrario, será menester reformar la Constitución.<sup>55</sup>

El tema de la fuerza normativa de la Constitución está enraizado con la eficacia de ese ordenamiento que se examinará más adelante y sobre el particular es necesario tener presente también las ideas de Herman Heller en su conocida obra sobre la *Teoría del Estado*, en que hace una distinción, como se expresó en el apartado anterior, entre normatividad contenida en la carta política y normalidad que es lo que sucede en la realidad de un estado. Tomando como base estas ideas de Heller se puede expresar que la fuerza normativa de la Constitución funcionará mejor en la medida que existe congruencia entre normatividad y normalidad, es decir en la medida que las conductas que prevé el ordenamiento supremo sean generalmente cumplidas por quienes son sus destinatarios.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 28-31.

<sup>56</sup> Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 52, pp. 235, 237 y 238.

Sobre la eficacia de una Constitución, o en general de un orden jurídico, corresponde exponer la ya enunciada teoría garantista desarrollada por algunos juristas y en especial por Luigi Ferrajoli que explica que esta doctrina aparece en Italia al advertirse la profunda discrepancia entre el modelo penal establecido en la Constitución de ese país y el funcionamiento efectivo del sistema que, a través de leyes penales ordinarias, sistema judiciales altamente criticables y prácticas administrativas y policiales, desvirtúa precisamente las normas del ordenamiento supremo. No es el propósito de este trabajo, desarrollar esta teoría, sin embargo, la diferencia entre normatividad y realidad es un tema que está relacionada con la eficacia de la Constitución y del derecho. Al examinar esta postura en el derecho, en general, Ferrajoli advierte distintos grados de garantismo y señala que es posible encontrar modelos normativos tendencialmente garantistas y prácticas operativas tendencialmente antigarantistas, lo que produce una diferencia entre el ser y el deber ser. Se produce entonces una diferencia entre normatividad y realidad en que hay validez e ineffectividad de la primera e invalidez y efectividad de la segunda. La teoría garantista echa por tierra esa imagen ideal del derecho positivo que suele construirse y estimularse por los gobernantes y estimula el análisis y la crítica sobre la efectividad o eficacia del orden jurídico con el objeto naturalmente de que haya una mejor correspondencia entre las reglas jurídicas y la realidad.<sup>57</sup>

Sobre el tema, Stephan Holmes, con el pragmatismo característico de ciertos autores norteamericanos, afirma que lo que determina a la gente a vivir bajo un orden constitucional no es su nivel cultural avanzado o atrasado sino las consecuencias prácticas que emanan de la Constitución porque éstas son herramientas de gobierno y deben concebirse instrumentalmente. Y los individuos se someterán a las normas constitucionales y a las restricciones que ellas involucran en la medida que perciban que el juego vale la pena y que la aceptación de esas restricciones permitan crear posibilidades que les interesen.<sup>58</sup>

Por igual, para fines de orden metodológico es necesario expresar que si se analiza la fuerza normativa de una constitución, se está observando

<sup>57</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 22, pp. 851-853.

<sup>58</sup> Holmes, Stephan, "El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado", en Dworkin, Ronald *et al.* (coords.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, España, Gedisa, 2004, pp. 150 y 151.

una cualidad de un ordenamiento supremo que está relacionada con su cumplimiento, su respeto, su acatamiento, en otras palabras, su grado de aceptación dentro de una comunidad política. En cambio, la eficacia es la correspondencia que existe entre la normatividad que contiene la Constitución y lo que sucede en la realidad dentro de una comunidad política. De tal manera que la fuerza normativa de una Constitución depende de su grado de eficacia, o como dice Heller, de la correspondencia entre la normatividad y la normalidad. Es decir, la eficacia es una condición, un presupuesto de la fuerza normativa y sin su presencia no se puede afirmar que existe dicha fuerza normativa.

### XIII. SUPREMACÍA Y SUPRALEGALIDAD

Para García de Enterría, la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución emana de la diferencia que marca el sistema americano con el inglés y que fue establecida por el Tribunal Supremo Americano en 1795. En este último régimen, la autoridad del Parlamento no tiene límites porque no existe un ordenamiento superior que ponga trabas al ejercicio del poder legislativo. En cambio, en el sistema americano, la Constitución es cierta, fija y contiene la voluntad permanente del pueblo y es el derecho supremo, superior al poder del legislativo. De esta manera, surge la supremacía normativa de la Constitución y se conforma en su defensa la judicial review que reconocerá el poder de los tribunales de declarar nulas las leyes que contradigan la constitución.<sup>59</sup>

Para el autor señalado, es sorprendente que el movimiento constitucionalista en Europa quedara por mucho tiempo al margen del principio de la supremacía, lo cual sólo tiene explicación en la prevalencia del principio monárquico como fuente de la carta política, es decir en la consideración del poder monárquico como preconstitucional, respecto del cual dicha carta constituye un cuadro de limitaciones que se presenta con posterioridad. La incorporación del sistema de justicia constitucional en el viejo continente se produjo por dos caminos principales. A través de la Constitución de Weimar, en la postguerra de 1919, en que se establece un tribunal constitucional que debe resolver los conflictos entre los poderes establecidos por ese ordenamiento y con los entes territoriales de la organización fede-

<sup>59</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 54.

ral; y, en forma principal, por medio del aporte de Kelsen, que es considerado también el padre del tribunal constitucional, y que se incorpora por primera vez en la Constitución austriaca de 1920 que se perfeccionó en 1929 y que se incorporó con matices en las Constituciones que se aprobaron después de la Segunda Guerra Mundial.<sup>60</sup>

Al examinar un orden jurídico nacional se puede advertir, según Kelsen, que no se trata de un conjunto de normas yuxtapuestas y coordinadas porque hay una estructura jerárquica, en forma piramidal, y las disposiciones jurídicas están en diversos estratos superpuestos. El nivel superior de ese orden es la Constitución, entendida en el sentido material, cuya función esencial es designar los órganos que deben crear las normas generales y determinar el procedimiento que debe seguirse para su aprobación.<sup>61</sup>

La supremacía de la Constitución consiste entonces en la cualidad que ésta tiene de ser la norma jurídica positiva superior que otorga validez y unidad a un orden jurídico. De tal manera que para que una norma jurídica cualquiera sea válida debe haber sido aprobado de acuerdo con los procedimientos que establece la carta política y conforme al contenido de ésta, es decir, no puede transgredir lo que se denomina como Constitución material, de lo contrario se trata de una regla inconstitucional. Otra característica de esta supremacía consiste en que ninguna autoridad del Estado puede tener más poderes o atribuciones que las que la Constitución le otorga bajo sanción de nulidad. El fundamento de la supremacía constitucional radica en el dogma de la soberanía popular y las autoridades de un Estado ejercitan sus funciones como una expresión de dicha soberanía.<sup>62</sup>

Burdeau expresa que las disposiciones de la Constitución son las normas fundamentales de un estado puesto que son éstas las que le dan una existencia jurídica a la vez que especifican la naturaleza del estado por la vía del derecho que ellas encarnan y lo dotan de órganos que le permiten exteriorizarse. En un aspecto, la supremacía del ordenamiento supremo es un elemento formal por el valor jerárquico superior de sus normas con relación a las leyes ordinarias. En cuanto al fondo, la supremacía descansa sobre el contenido de la Constitución porque ella posee el estatuto de la institución estatal que traduce la vida del estado. Al analizar las conse-

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 55 y 56.

<sup>61</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 47, p. 176.

<sup>62</sup> Osornio Corres, Francisco J. y Martínez Peña, María de Lourdes, “Voz: Supremacía”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. P-Z, pp. 3023 y 3024.

cuencias de la supremacía, Burdeau señala que todo acto contrario a una ley no tiene valor jurídico; y con mayor razón todo acto contrario a la carta política está ligado por la supremacía y tampoco puede tener validez.<sup>63</sup>

Aragón distingue entre supremacía y supralegalidad constitucional y estima que diferenciar estos dos conceptos es conveniente para la teoría de la Constitución en la medida en que se separa su significado político del jurídico, los cuales se encuentran relacionados, tienen influencias mutuas, pero no se deben mezclar. Parte de la base de que el ordenamiento fundamental está compuesto por normas jurídicas que tienen un objetivo especial por la finalidad política que persiguen. La teoría jurídica es apta para conocer esas disposiciones, pero no es suficiente para entender lo que tiene de especial esa normatividad.<sup>64</sup>

La supremacía podría ser comprendida como una cualidad política de toda Constitución en cuanto está constituida por un conjunto de normas que se consideran fundamentales para la perpetuación de la forma política. En cambio, la supralegalidad —que es supremacía de naturaleza jurídica— es sólo la garantía jurídica de la supremacía política. Y la garantía de la supralegalidad, a su vez, consiste en que la Constitución tiene un procedimiento más difícil para su reforma que la ley ordinaria, lo que permite distinguir a este autor entre poder constituyente y poder constituido.<sup>65</sup> En definitiva, la supremacía constitucional involucra que exista también su garantía jurídica que está constituida por el principio de supralegalidad. De esta manera, las Constituciones vigentes en los diversos países, como norma general, transforman la supremacía, que tiene un carácter político, en supralegalidad, cuya naturaleza es jurídica. Esta última, a su vez produce como consecuencia, cierto grado de rigidez en los ordenamientos supremos que constituyen la garantía de la supremacía de la Constitución porque para introducir modificaciones a dichos ordenamientos es necesario cumplir formalidades más exigentes que para crear o modificar una norma legal. La supralegalidad, además, ha involucrado la necesidad de establecer órganos jurisdiccionales que tengan por función defender la Constitución y de esta manera se establece un control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de los servidores públicos.

<sup>63</sup> Burdeau, Georges, *Traité de Science Politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, t. III, pp. 182 y 184.

<sup>64</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 9 y 10.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 22.

## XIV. LOS VALORES, INSTITUCIONES, FINES Y PRINCIPIOS

En las Constituciones junto a las normas es posible encontrar valores, instituciones, fines y principios que pueden estar expresamente establecidos o que es dable encontrar o deducir de las reglas de los ordenamientos supremos o bien cuya concreción emana de las leyes que los complementan. En relación con el estudio del origen y naturaleza de los conceptos señalados precedentemente, hay que expresar que se trata de temas de extraordinario interés, pero más propios de la metafísica y de las ciencias sociales o de la pugna entre las posiciones iusnaturalistas o positivistas que exceden el campo del análisis del presente trabajo.

Todas las Constituciones correspondientes al mundo euroatlántico, para Lucas Verdú, se fundan en valores aunque no los mencionen expresamente y le dan a aquéllas, entonces, una dimensión axiológica. Entre estos valores, se encuentra principalmente el de la dignidad humana y se deben mencionar asimismo el reconocimiento y protección de los derechos y libertades fundamentales, el pluralismo político y las exigencias del bien común. Así en la Constitución Española de 1978, en el artículo 1,1 se establecen los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, a los que deben agregarse la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes consagrados en el artículo 10,1. Incluso el artículo 10,2 hace un reenvío a la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el objeto de interpretar los derechos fundamentales y las libertades consagradas en ese ordenamiento.<sup>66</sup>

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es posible encontrar valores juridificados, así, por ejemplo, cabe mencionar el artículo 1o. en su párrafo tercero que

...prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 2o. de ese ordenamiento establece que “la Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...”. Las modificacio-

<sup>66</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 7, pp. 40, 51, 107 y 113.

nes a las reglas señaladas se incorporaron por publicación efectuada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 y entraron en vigor al siguiente día.

Las teorías institucionalistas del derecho se deben en Francia al aporte de autores como Maurice Hauriou, George Renard y Joseph Delos, en Alemania, a Otto Von Gierke y en Italia, a Santi Romano que entienden que el derecho es una forma social u organización y cuyo propósito es el orden social. Para estos tratadistas, que están influenciados por corrientes sociológicas, en términos generales, la institución comprende una idea de obra que se lleva a cabo en un medio social y cuya concreción y persistencia requiere de una organización y un procedimiento. Existiría además una oposición entre lo contractual y la forma institucional porque esta última es una forma social que perdura. Para Gierke, incluso las instituciones son formas orgánicas reales que reciben el reconocimiento jurídico en atención a que existen efectivamente.<sup>67</sup>

En nuestra Constitución, las instituciones más trascendentes desde un punto de vista político, que constituyen también formas de organización, son la Federación, el Distrito Federal, las entidades federativas y los municipios. También deben mencionarse los órganos constitucionales autónomos como son la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Federal Electoral, el Banco Central, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y los Tribunales Agrarios. Existe también el propósito de agregar a estos órganos al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI). Por otra parte, la agencia de noticias del Estado mexicano, Notimex, se ha vuelto a crear como una agencia del Estado, que tiene la forma de un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, no sectorizado, con autonomía técnica, de gestión y decisión. Hay, además, ciertos órganos constitucionales auxiliares como son la Entidad de Fiscalización Superior de la Nación, que depende de la Cámara de Diputados, el Tribunal Federal Electoral y el Consejo de la Judicatura que forman parte del Poder Judicial de la Federación.

Burgoa expresa que toda ley es un acto humano y por ende tiene una causa final, cuyos elementos que la integran pueden obedecer a múltiples circunstancias que sería difícil y laborioso detallar. En consecuencia, es en la causa final de todo ordenamiento donde se puede encontrar su ver-

<sup>67</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, "Voz: Institución", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. A-CH, 2001, p. 1747.

dadero sentido, el que depende asimismo de una diversidad de factores de distinta naturaleza, donde se conjugan aspectos políticos, sociales, económicos y culturales. Ahora, los motivos y los fines hay que encontrarlos en la Constitución real de un pueblo y se debe preguntar por el por qué y el para qué de cualquiera disposición de la Constitución ubicándola en el contexto en que fue aprobada. El método que debe utilizarse para determinar los fines de la Constitución es el causal-teleológico.<sup>68</sup> La determinación del fin o causa final de una norma es lógicamente importante para la aplicación e interpretación de las normas de la Constitución o de cualquiera regla jurídica.

Sobre los fines de la Constitución conviene volver a citar lo expuesto por el Pleno de la Suprema Corte en amparo en revisión 2639/96 de Fernando Arreola Vega del 23 de enero de 1998, tesis aprobada por unanimidad de nueve votos, cuya votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial, que expresó que frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, al desentrañar el sentido o alcance de un mandato constitucional, deben privilegiarse los que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por lo que consagra el sistema genético teleológico como método de interpretación. Sin embargo, en una Constitución como la mexicana no siempre será este método fácil de aplicar porque ha sido reformada tantas veces que ya dificulta averiguar su sentido y el contexto en que cada norma fue aprobada.

La idea de que la Constitución es sólo una norma política y de que los principios constitucionales son únicamente programáticos ya está superada en Europa porque la Constitución es derecho y dichos principios son jurídicos, según Manuel Aragón. Estos últimos pueden ser fuente de primer grado o de aplicación directa, en caso de inexistencia de una norma escrita o costumbre que regule la materia a que se refiere el principio; o bien, fuente de segundo grado o interpretativa en tanto informan y permiten conocer el sentido del propio ordenamiento. La diferencia entre los principios constitucionales y los principios generales del derecho sería, en primer término, de orden cuantitativo porque el derecho constitucional contiene una mayor cantidad de éstos debido a su naturaleza más general. Sin embargo, también hay diferencias de carácter cualitativo debido a que los de naturaleza constitucional se dis-

<sup>68</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, pp. 396 y 397.

tinguen por constituir los principios generales fundamentales que informan un orden jurídico.<sup>69</sup>

Para analizar el significado de los principios constitucionales es necesario plantearlo en dos niveles, afirma Aragón. En primer lugar, estos principios pueden ser generales-globales respecto del contenido del texto constitucional, como es el principio democrático, o bien generales-sectoriales cuando se refieren a instituciones propias de la materia. En segundo término, debe observarse el carácter principista de las normas de una Constitución al considerar su naturaleza democrática y su intento por organizar al estado de acuerdo con esta idea. De las consecuencias que emanan de las características de la norma constitucional, este autor destaca el hecho de que cuando los principios están positivizados disminuyen los riesgos de subjetividad, limita el poder del Estado y aminora el quehacer de la doctrina y la jurisprudencia. No obstante lo anterior, si una Constitución abunda en la positivación o inclusión de estos principios no por ello pondrá diques a la labor de interpretación de los mismos porque éstos no se agotarán en el ordenamiento supremo y sólo se podrá coto a su análisis discrecional. En todo caso, siempre será necesaria la intervención de los tribunales cuando se trate de aplicar dichos principios para la resolución de un litigio.<sup>70</sup>

En nuestro ordenamiento superior es asimismo posible observar una serie de disposiciones que contienen principios expresamente consagrados, como por ejemplo los contenidos en los artículos: 3o., fracción VII, que establece la autonomía de las universidades y demás instituciones de educación superior; 14 que señala el principio de la irretroactividad de la ley; 16, párrafo primero, que requiere mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento para molestar a una persona en su familia, domicilio, papeles o posesiones; 25 que otorga al Estado, la rectoría del desarrollo nacional para que éste sea integral y sustentable, fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático, o el 89, fracción VIII que faculta al titular del Ejecutivo para conducir la política exterior y en la conducción de tal política debe observar los principios normativos: la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la solución pacífica de las controversias, la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza, la igualdad jurídica de los estados, la

<sup>69</sup> Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 40 y 41.

<sup>70</sup> *Idem.*

cooperación para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacionales. En otros casos el enunciado de los principios no es expreso sino que se indica en términos amplios, como es el caso del artículo 14 párrafo cuarto y final en que se prescribe que en los juicios del orden civil a falta de ley, la sentencia se fundará en los principios generales del derecho. En consecuencia, a cada paso en los textos constitucionales, se encontrarán normas que consagren ciertos principios.

Al distinguir entre valores, instituciones, fines y principios, conviene preguntarse si es conveniente introducir estas categorías en los textos constitucionales. Incluso hay Constituciones como la francesa de 1958 que en su artículo 2o. introduce un elemento semejante y determina que el “lema” de la República es “Libertad, Igualdad y Fraternidad” Por otra parte, una distinción como la señalada puede contribuir a acrecentar los problemas de interpretación de un ordenamiento superior si el constituyente, el poder revisor, los tribunales y la doctrina no se ponen de acuerdo en la significación y jerarquía que emana de esta clasificación, a menos que existan normas claras de interpretación que así lo determinen y en la medida en que para mayor claridad y certeza los valores, instituciones, fines al igual que los principios, se encuentran positivizados.

Prueba de las dificultades expresadas en el párrafo anterior es una resolución del Tribunal Constitucional español, en la sentencia 53/1985, sobre un tema tan delicado y complejo como es el del aborto, en el sentido de que la consideración de la vida humana como un valor superior del ordenamiento jurídico permite declarar la inconstitucionalidad de una ley, hay que concordar con el magistrado Rubio Llorente del Tribunal Constitucional que en su voto particular expresó:

Ese modo de razonar no es propio de un órgano jurisdiccional porque es ajeno, pese al empleo de la fraseología jurídica, a todos los métodos conocidos de interpretación. El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o valores que, a su juicio tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ello obligaciones (¡nada menos que del Poder Legislativo, representación del pueblo!) que el pre-

cepto en modo alguno impone. Por esta vía es claro que podía el Tribunal, contrastando las leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, la vida pues la vida es algo más que “un valor jurídico”) invalidar cualquier ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia, o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez.<sup>71</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, según comenta José Ramón Cossío, resolvió una controversia constitucional, la 31/97, planteada por el Ayuntamiento de Temixco, la cual fue aceptada, y que se originó en una reforma a la Ley de División Territorial del Estado de Morelos por el cual se amplió el territorio del municipio de Cuernavaca en perjuicio del de Temixco. En la resolución del conflicto de límites, el Congreso del estado violó ciertas normas de la Constitución de la República, lo que motivó la controversia señalada. En la resolución respectiva, la Suprema Corte determinó que para dar “coherencia a los órdenes (federal, del Distrito Federal, estatal y municipal) que conforman nuestro orden jurídico, tiene que afrontar sus tareas de garante del federalismo y valuarte del estado de derecho, pues sólo así puede lograr el bienestar de la población que se encuentra bajo el imperio de los poderes y órganos de poder”. Para fundar el bienestar de la persona humana, la Corte se basó, en resumen, en la previsión de las garantías individuales contenidas” en los primeros 24 artículos de la Constitución; en las garantías del debido proceso y legalidad; en los preceptos que hacen radicar la soberanía en el pueblo; en la división de poderes y en las formas de organización estatal y municipal”.<sup>72</sup> Además Cossío argumenta que la Corte se ha basado en su carácter de tribunal constitucional en varios asuntos para extender sus atribuciones.

Para Cossío este caso pudo ser resuelto sin necesidad de toda la argumentación que elaboró la Corte, determinando de modo más directo si los artículos 14 y 16 constitucionales deben o no aplicarse a los procesos realizados por las autoridades en los casos en que las normas se crean con relación a otras autoridades u órdenes normativos. Según su postura,

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 52 y 53.

<sup>72</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 26, pp. 151-153.

las llamadas garantías individuales son contenidos normativos que determinan las posibilidades de actuación de cualquiera autoridad pública y en especial de los legisladores federales y locales y no deben considerarse como emanaciones de la persona humana o como derechos públicos subjetivos. Lo interesante del caso, sin embargo, es todo el aparato conceptual que elabora la Suprema Corte —forzando una interpretación de nuestro ordenamiento supremo— para invocar el bienestar de la persona, lo que se traduce en el establecimiento de una serie de criterios que le abrirán camino en el futuro para ampliar sus competencias tan lejos como lo estime posible.<sup>73</sup>

La cuestión básica, que se plantea en esta controversia, al igual que en el asunto citado por Rubio Llorente, es la de determinar si la Suprema Corte o un tribunal constitucional, en su caso, puede extender su labor de garante de la Constitución a valores, instituciones, fines y principios que no están contenidos en forma explícita o implícita en las Constituciones, forzando la interpretación del contenido del texto supremo. Se coincide con la idea de que la vida o el bienestar de la persona sea un valor que deba necesariamente protegerse en nuestro orden jurídico. Sin embargo, no hay que desconocer los riesgos que conlleva una postura favorable a la argumentación sustentada por el más alto tribunal, en tanto forzó una interpretación de la Constitución y porque por este camino se pueden cometer arbitrariedades, como en realidad han existido.

Dworkin, sobre el particular, piensa que la legalidad de la producción del derecho no basta para legitimar un orden jurídico y expresa que la tarea en esta materia no consiste en la construcción filosófica de un orden social cimentado en principios de justicia sino en buscar y encontrar principios y objetivos válidos desde un orden jurídico concreto para justificarlo en sus elementos esenciales, de tal manera que las decisiones judiciales puedan ajustarse y ser coherentes con estos principios y objetivos. Así, observa como los jueces hacen frente a situaciones jurídicas que no están bien definidas y para resolverlas recurren en forma sistemática a un trasfondo en que se incluyen objetivos políticos y principios morales que elaboran jurídicamente y deciden en forma fundada el asunto. Ello sería posible porque el derecho incorpora contenidos teleológicos y principios morales y asimila también las razones que tuvo el legislador político al crear el derecho. De todas maneras, según él, la consideración

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 153 y 154.

de principios en la práctica privan sobre los objetivos que son más propios del proceso de producción de normas.<sup>74</sup>

La literatura sobre cómo distinguir entre normas y principios es extensa y demuestra la problemática y la trascendencia del tema, según Zagrebelsky. Las Constituciones tienen reglas y principios: así cuando se prescribe que la detención debe ser confirmada por un juez en el plazo de cuarenta y ocho horas, se está en presencia de una regla; sin embargo, cuando se determina que la libertad personal es inviolable, se está frente a un principio. De tal manera que existen normas reglas y normas principios. Las diferencias entre reglas y principios son variadas y quizás la más relevante es el diferente trato que la ciencia jurídica concede a ambos y que consiste en que sólo a las reglas se aplican los “variados y virtuosos” métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. Si se trata ahora de los principios no hay mucho que interpretar de esta manera porque su significado lingüístico es autoevidente y no se puede interpretar razonando sobre las palabras sino más bien con base en su ethos. Otra diferencia consiste en que las reglas se obedecen y a los principios se les “presta adhesión”, dejándose constancia que a estos últimos sólo se les puede otorgar un significado operativo haciéndolos reaccionar en presencia de algún hecho concreto.<sup>75</sup>

#### XV. SOBRE LA EFICACIA DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Una Constitución, como la española, de naturaleza “principista” tiene la posibilidad de adaptarse a la solución de los nuevos problemas que presenta el desarrollo económico, político o social de un estado sin que sea absolutamente necesario proceder permanentemente a una reforma de ésta, para que se convierta, según Aragón, en una *living Constitution*.

Los principios generales positivizados en una Constitución tienen como consecuencia que cualesquier otros principios que se quieran deducir de ésta tienen que ser congruentes y no oponerse a los ya contenidos en el ordenamiento supremo. Además, esos principios constituyen a su vez una limitación a las modificaciones que puedan hacerse a la norma su-

<sup>74</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 148 y 193.

<sup>75</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 109-111.

prema cuando dichas reformas vulneren esos principios e incluso la positivación de un principio puede producir la derogación de una disposición legal. Es por ello que el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 4/1981 de 2 de febrero de 1981 expresa:

Los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.4 del título preliminar del Código Civil—, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sean irreductibles, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo.<sup>76</sup>

Aragón, acepta distinguir entre valores positivizados y no positivizados, por una parte; y, por la otra, entre eficacia interpretativa y proyección normativa. Es partidario de que, en el ámbito jurídico, la jurisprudencia de valores sea utilizada en forma cuidadosa, pero no es partidario de suprimirla. Se basa para ello en que el artículo 3.1 del Código Civil de España, prescribe que en la interpretación jurídica debe atenderse al espíritu y finalidad de la norma de lo que se deduce que quien interpreta una norma constitucional debe tener presente el valor o valores que la inspiran. Ahora, cuando el valor se encuentra positivizado en una norma, tiene como consecuencia, en primer término, obligar al intérprete, el cual no puede desconocerlo ni sustituirlo por otro valor no expreso en la misma; además, dicho valor se encuentra condicionado por el contenido de la norma en que se inserta y, en consecuencia, son inadmisibles los valores no positivizados que no estén en congruencia con los que se encuentran ya contenidos en la normatividad constitucional.<sup>77</sup>

Existe también una diferencia entre los principios y los valores, positivizados o no, porque los valores sólo tienen eficacia interpretativa, pero carecen de una proyección normativa, si el intérprete es un juez o tribunal; sólo el legislador puede “convertir o proyectar” el valor en una norma. En cambio, los principios tienen eficacia interpretativa y proyección normativa tanto en el caso de que el intérprete sea tanto el legislador como el juez, porque dichos principios son, según Aragón, “prescripciones

<sup>76</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 44 y 45.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 47-53.

jurídicas generalísimas o fórmulas de derecho fuertemente condensadas” que constituyen indicios o gérmenes de reglas.<sup>78</sup> Lógicamente lo que se ha manifestado con relación a los valores y principios es posible extenderlo a los fines e instituciones consagrados en las normas de un ordenamiento supremo.

Sobre el tema, afirma Heller que la Constitución normada jurídicamente no consiste sólo en preceptos jurídicos sino que para su validez requiere ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados, pero no jurídicos. En efecto el contenido y el modo de validez de una norma no se determina únicamente por su letra ni por el propósito que tuvo el que la dictó sino más bien por la conducta de aquellos a quienes la norma se dirige y es observada por éstos, es decir los elementos no normados. Al lado de las normas de la Constitución existen también las normatividades extrajurídicas que tienen decisiva relevancia en cuanto a principios de derecho para la validez y el contenido de las normas de derecho. El legislador hace una mención material de estos principios cuando formula el contenido del principio jurídico, por ejemplo, cuando se establecen los derechos fundamentales en una carta política. El legislador realiza, en cambio, una mención formal de esos principios cuando sin especificar el contenido de los mismos hace una referencia a las buenas costumbres, a la buena fe, a los usos de comercio o a la equidad. En casos como éstos, el legislador autoriza al juez para complementar la normatividad por una normalidad social que inicialmente sólo está legitimada por la sociedad. Sin estos llamados a los principios del derecho, incluso cuando el legislador no se remite a éstos, no se pueden entender, interpretar o aplicar la mayoría de los preceptos de la Constitución. Ejemplo de ello, es el principio de igualdad que es reconocido en las Constituciones y cuyo significado social varía según el tiempo o la comunidad política de que se trate. No es lo mismo, este principio a comienzos del siglo XX en que se refería sólo a los hombres de una comunidad que a mediados de esa misma época en que ya comprendía a hombres y mujeres. Lo que sucede con la norma constitucional es que no obstante que permanece inmutable, su significado ha variado pese a que se ha salvaguardado la continuidad del derecho frente a los miembros de una comunidad jurídica.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>79</sup> Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 52, pp. 324, 326 y 327.

## XVI. LAS COSTUMBRE, USOS O CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

Guastini expresa que se entienden “constitucionales aquellas costumbres que se instauran por obra de sus órganos constitucionales en sus recíprocas relaciones”. Señala que también existen las convenciones constitucionales que pueden equipararse a las costumbres que son una especie de convenio o acuerdo, generalmente tácito, entre los titulares de los órganos. Agrega que en la Constitución de Italia no existe ningún reenvío a la fuente consuetudinaria y que en ese ordenamiento no es posible la costumbre: contra *constitutionem*, que vaya en contra de sus reglas; *secundum constitutionem*, es decir que coincida con las normas constitucionales y que ocasionalmente sirva para interpretarla cuando surja alguna duda; ni la *praeter constitutionem* que regule los casos no previstos por dichas disposiciones.<sup>80</sup>

En Inglaterra, cuyo modelo constitucional es admirado y respetado, su Constitución está clasificada como consuetudinaria, flexible, no codificada o no escrita y se encuentra integrada por varias fuentes que son: los *statute law* o documentos legislados que constituyen el derecho legislado; los *case law* o principios derivados del derecho judicial; y las constitutional conventions que son convenciones constitucionales que comprenden, para Phillips O. Hood: “reglas de política práctica que son miradas como obligatorias por aquellos que las aplican, pero que no están en las leyes y no pueden hacerse cumplir por las cortes o las cámaras del Parlamento”. Muchas transformaciones importantes del modelo constitucional inglés han sido posibles a través de las convenciones y el funcionamiento del gobierno parlamentario ha dependido de ellas en gran medida, según Fix-Zamudio y Valencia Carmona.<sup>81</sup>

Carpizo, en términos generales, reconoce a la costumbre como fuente del derecho constitucional, pero le otorga un valor relativo. Señala que en nuestro país, el orden jurídico es primordialmente escrito y debido a la rigidez de nuestra Constitución no existe la costumbre que derogue una norma constitucional o una norma de derecho privado y cita al respecto el artículo 10 del Código Civil Federal que prescribe “que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en

<sup>80</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 20, pp. 247, 250 y 251.

<sup>81</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, pp. 303, 305 y 306.

contrario...”.<sup>82</sup> Además, el artículo 135 dispone de que la Constitución sólo puede ser reformada o adicionada de acuerdo al procedimiento que establece.

En México, la costumbre, como fuente del derecho, tiene importancia en materia mercantil y en algunos casos en los aspectos civiles y laborales, pero en materia constitucional no tiene realmente mayor trascendencia, salvo en materia indígena. En efecto, el artículo 2o., en el párrafo primero, al dar un concepto de pueblos indígenas señala que “son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”; y en el párrafo segundo de esta regla en que se da una definición de comunidades integrantes de un pueblo indígena señala que son “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. Igualmente existe una mención a estas costumbres en el apartado A, de esa norma que reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas, dentro de los marcos que establece el propio ordenamiento supremo, a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía, para: “III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales...” a sus autoridades o representantes. La fracción VII de esa misma norma y apartado, reconoce a estos pueblos y comunidades el derecho a nombrar representantes ante los municipios con población indígena de conformidad con sus tradiciones y normas internas; y la fracción VIII les reconoce el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y para garantizar ese derecho “en todos los juicios o procedimientos en que sean partes, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución”.

Sobre las prácticas parlamentarias cabe expresar que en la legislación nacional no existen muchas posibilidades de que se transformen en costumbre en el Congreso Nacional debido a las razones expresadas por el maestro Carpizo, a la Ley Orgánica que rige su labor, a la normatividad interna de cada Cámara y a lo determinado por el artículo 77, fracción I de la Constitución que faculta a cada una de éstas para dictar resolucio-

<sup>82</sup> Carpizo, Jorge, “Voz: Costumbre constitucional”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2001, t. A-CH, p. 768.

nes económicas relativas a su régimen interior, lo que involucra que dichas resoluciones se conviertan en normas.

En atención a las características de nuestro ordenamiento jurídico, en lo relativo al Poder Judicial de la Federación, debe expresarse que sus usos o costumbres no tienen fuerza de ley, porque existe una Ley Orgánica que regula su labor, a las normas procesales que rigen su actuación, y debido a que el artículo 94 párrafo séptimo constitucional determina que el Pleno de la Suprema Corte, está facultado para expedir acuerdos generales a fin de lograr una adecuada distribución del trabajo entre las Salas de este tribunal, “así como para remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquellos en los que hubiere establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor administración de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados”. Incluso el Consejo de la Judicatura Federal, conforme al artículo 100, párrafo octavo, podrá expedir acuerdos generales para el adecuado ejercicio de sus funciones y el Pleno de la Corte podrá revocarlos por mayoría de al menos ocho votos si así lo estima menester.

Sobre las costumbres que puedan existir en el Ejecutivo de la Unión tampoco existe la posibilidad de transformarlas en derecho, por las razones generales ya señaladas, las regulaciones de la Constitución, especialmente el artículo 89, que determina las atribuciones y obligaciones del presidente de la República, a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su reglamento, los reglamentos interiores de las secretarías de Estado y las numerosas normas, como decretos, acuerdos y circulares, que se han dictado en materia de derecho público.

Cabe manifestar asimismo que es un principio de derecho público que las autoridades federales no pueden tener más atribuciones que las expresamente consagradas en la legislación vigente y de que el artículo 124 determina que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entenderán concedidas a los estados de la Federación.

## XVII. LA FÓRMULA POLÍTICA

Es necesario hacer una distinción entre régimen político y *fórmula política*. Se entiende por régimen, en términos generales, la forma de go-

bernarse una cosa y por régimen político la forma de funcionamiento de una organización social, política o económica de un estado. Pablo Lucas Verdú, señala que su idea de fórmula política equidista de las señaladas por Gaetano Mosca, Pareto y Michels y entiende por tal “Una expresión ideológica, fundada en valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa en una estructura socioeconómica jurídicamente organizada”. En síntesis, es posible encontrar cuatro elementos en esta fórmula que son los siguientes: es una expresión ideológica porque toda Constitución se inspira en una ideología determinada. Se funda en valores porque todo ordenamiento supremo tiene una dimensión axiológica, así las constituciones euroatlánticas respetan “la dignidad humana, el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y las exigencias del bien común”. Es organizadora porque se concreta en la creación de normas e instituciones; y descansa finalmente en una estructura económica que puede ser de mercado susceptible de socialización como señala la Constitución de España de 1978. Estos cuatro elementos conforman la fórmula política que debe cumplirse por los gobernantes y se acepta por la sociedad civil, mediante lo que Lucas Verdú señala como *sentimiento constitucional* y de esta manera se encuentra presente una Constitución viva o *living Constitution*.<sup>83</sup>

Por otra parte, la fórmula política identifica un ordenamiento supremo ante los ciudadanos de un estado y también ante la comunidad internacional, es una especie de documento de identidad de un país de una determinada comunidad y su identificación contribuye a garantizar su permanencia. Cualquier cambio que se produzca en los cuatro elementos señalados por Lucas Verdú, que según él no son extranormativos, afecta la razón de ser y la finalidad de una Constitución.<sup>84</sup>

Como es lógico, los principios políticos y los modelos sociales no se estancan y siguen evolucionando sin que sea un obstáculo el texto del ordenamiento supremo; pero, esos cambios influyen en la interpretación de éste. Ahora, las fuerzas políticas, una vez que la Constitución ha sido aprobada pueden variar o reespecificar la fórmula política, pero no tienen la libertad que tuvieron los actores políticos que intervinieron en su incorporación al texto supremo.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 7, pp. 49-51.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>85</sup> Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 27, p. 251.

La fórmula política tiene igualmente una gran trascendencia en el proceso de interpretar la Constitución porque está relacionada con la *ratio*, razón de ser, y el *telos*, finalidad del ordenamiento supremo; y constituye, al mismo tiempo, una limitación al intento de reformar dicho texto.

Reconocer la fórmula política involucra, según Lucas Verdú, un rechazo a las posiciones positivistas, relativistas o neopositivistas porque estas teorías consideran que los elementos extranormativos deben quedar fuera de la constitución.<sup>86</sup> Sin embargo, es perfectamente posible que esta fórmula esté expresamente establecida en un texto constitucional, como sucede por ejemplo, con el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que: “La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. Se deja constancia que la fórmula política no se agota en México en la disposición mencionada porque hay una serie de reglas en el texto supremo relativas a dicha fórmula como, por ejemplo, los artículos: 40, relativo a la forma de gobierno; 41 sobre como el pueblo ejerce su soberanía a nivel federal y estatal; 43 sobre estados de la Federación; o 49 sobre los Poderes del estado.

### XVIII. EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

El sentimiento constitucional, para Lowenstein (*Verfassungsgfuhl*) es un fenómeno psicológico social y sociológico que es difícil de percibir y estaría representado, en síntesis, por la conciencia de una comunidad que, trascendiendo las tensiones y antagonismos existentes dentro de ésta, integra a detentadores y destinatarios del poder, en el marco de un orden comunitario que es obligatorio. Se puede encontrar este sentimiento constitucional en países como Estados Unidos de América y Bélgica, en que sus Constituciones han tenido escasas reformas a través de los años, pero este sentimiento no sólo está basado en la permanencia de las normas de un ordenamiento constitucional. Hay otros ciudadanos de vocación democrática, como los franceses y suizos, en que no se encuentra esta clase de sentimiento.<sup>87</sup> De tal manera que es posible encontrar pue-

<sup>86</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 7, p. 54.

<sup>87</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 199 y 200.

blos que se sientan ajenos a su Constitución y que la consideren sólo un marco, que rige los enfrentamientos políticos y en que no estén recogidos sus intereses fundamentales e inmediatos.

Añade Loewenstein que no puede confundirse el sentimiento constitucional con la conciencia nacional y pone como ejemplo a los suizos que se caracterizan por ser democráticos y tener una conciencia nacional muy desarrollada, sin embargo, no dudan en reformar su Constitución cuando lo estiman necesario porque no tienen una valoración de naturaleza afectiva sobre ésta, la que han reformado en múltiples ocasiones a través de referendos. Una situación semejante es posible encontrar en el pueblo francés que a su acendrado nacionalismo añade una falta de preocupación por su carta fundamental. Y es probable que en este caso y en varios otros así ocurra porque a la masa de los ciudadanos les parece que el texto fundamental refleja una lucha de poder entre diversos actores y partidos en que el pueblo es sólo un espectador pasivo.<sup>88</sup>

El sentimiento constitucional tiene un carácter emocional y afectivo, para Lucas Verdú, y cumple funciones de adhesión o repulsa a la norma fundamental de ahí emana precisamente su trascendencia. Otra figura con la que tiene afinidad el sentimiento constitucional es con el concepto de conciencia jurídica que involucra un respeto y respaldo a un orden jurídico. El sentimiento constitucional es necesario para la permanencia y funcionamiento regular de las instituciones y como modo de integración política y se concibe como un elemento dinámico porque la defensa del ordenamiento supremo no excluye la posibilidad de considerar la Constitución como una estructura abierta, susceptible de reformas.<sup>89</sup>

## XIX. LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL

Corresponde preguntarse, en primer término, que debe entenderse por política constitucional y puede expresarse que en la actualidad, en términos generales, se debe entender por tal la formada por las orientaciones o directrices que deben tenerse presente al elaborar una Constitución, al aplicarla e interpretarla, con el objeto de que este ordenamiento pueda cumplir con las expectativas que una comunidad política requiere dentro del estado para organizarse internamente, relacionarse con el exterior, establecer los derechos

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 200 y 202.

<sup>89</sup> Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 8, pp. 66 y 67.

y deberes de quienes integran esa agrupación, reconocer su pluralismo, y posibilitar su progreso y bienestar dentro del marco cultural que le es propio. En esta política es posible encontrar parámetros generales que pueden aplicarse a las constituciones de las diversas naciones e ideas más específicas que sólo son propias de determinadas culturas, como es el caso del federalismo en los casos mexicano y norteamericano.

Häberle que ha hecho extraordinarias aportaciones a la teoría constitucional incluye “en último paso” de ésta a la política sobre la materia y señala que el estudio comparativo de las cartas políticas, así como de las prácticas del poder constituyente, permiten arribar a una teoría que incluye, entre otros, los siguientes temas fundamentales:

- La competencia constituyente del pueblo que debe comprenderse en sus aspectos sustantivos y procesales, en los preámbulos y en las disposiciones finales de los ordenamientos supremos, e incorporar asimismo el proceso histórico-cultural, incluso cuando instancias no competentes se han arrogado estas atribuciones.
- Las normas sobre revisión total y parcial de la Constitución en tres tiempos procesales como son iniciativa del pueblo, votación en los parlamentos y promulgación por el pueblo que debe tener la última palabra a través de elecciones o de referendo.
- Tomar en cuenta para la elaboración de una nueva carta política la pluralidad de elementos que existen “en plaza” que contienen los catálogos de derechos fundamentales, los textos de los clásicos, los programas de los partidos y asociaciones políticas, los avances de la ciencia, las experiencias políticas, los enfoques pluriculturistas, los ordenamientos supremos de otros Estados, los modelos de jurisdicción sobre este tema, los aportes de la lucha de ciertos personajes como Nelson Mandela y, en general, lo políticamente significativo que varía en el tiempo y el espacio.
- E incluso, agregar las utopías positivas que pueden ser causa de desasosiego, pero que ofrecen a las personas experiencias y esperanzas fundadas antropológicamente en atención a que el Estado constitucional es una conquista cultural gracias a las fantasías, visiones y sueños de los clásicos.
- La correcta delimitación entre el Estado y la economía, que encierra problemas como el desempleo, privatizaciones, desregulación y endeudamiento.

- El establecimiento de sistemas viables de seguridad social.
- Sujeción de los medios de comunicación al pluralismo para promover la democracia en este campo.
- La lucha contra la delincuencia organizada.
- La regulación general de los desafíos relativos a la tecnología, genética, bioética y la moderna sociedad de la información, y
- Medidas para evitar las crisis recurrentes de la democracia.<sup>90</sup>

La política constitucional no debe concebirse sólo en el plano del estado nacional y puede analizarse también a nivel mundial y estos campos internos y externos hay que separarlos, pero pueden estar articulados entre sí. Häberle destaca, en este último sentido, la labor de los sistemas de “alerta temprana” que constituyen ciertas organizaciones como Amnesty International, Greenpeace, Robin Wood y Transparency International. Se atreve, además, a sostener la tesis de la que la comunidad jurídica internacional, mediante la Carta de Naciones Unidas y su compromiso por los derechos humanos, está fundada en valores constitucionales. Sobre las reformas que propone en el plano internacional, entre otras, se encuentran las siguientes.

- La preparación de los estados nacionales para contrarrestar los problemas económicos y culturales que ocasiona la globalización de los mercados.
- La protección de los bienes de naturaleza cultural.
- La preservación del ambiente y la promoción del desarrollo sustentable.
- Los apoyos para la reducción de la pobreza, el analfabetismo y el tráfico actual de seres humanos.
- La generalización de la labor de un tribunal internacional que juzgue los crímenes contra la humanidad y el genocidio.
- El cumplimiento de los derechos humanos universales, y
- El intercambio de científicos.<sup>91</sup>

Como es lógico, para el cumplimiento de las reformas que se proponen, junto con los esfuerzos dentro del estado nacional deben incorporar-

<sup>90</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 136-138, 301, 307 y 308.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 306, 309 y 310.

se acciones en el campo internacional, mediante el apoyo a organizaciones no gubernamentales como las ya señaladas, la cooperación entre grupos de Estados y a través de la labor en las organizaciones internacionales públicas y privadas.

## XX. LA DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. *Antecedentes históricos*

El político de Estados Unidos de América, Alexander Hamilton, en el debate previo a la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, es uno de los primeros juristas en promover y defender un control descentralizado de la constitucionalidad de las leyes por parte de los órganos jurisdiccionales de ese país. Los argumentos que señaló con acierto este autor para establecer un control judicial de dicha constitucionalidad siguen vigentes. En efecto, indicó que los jueces, aunque no sean representantes del pueblo, pueden impugnar una decisión tomada por los legisladores que si tienen, en cambio, tal carácter porque los jueces están defendiendo la supremacía de la Constitución que es el texto donde está expresada la voluntad soberana del pueblo. Permitir que los legisladores pudieran aprobar leyes que vulneraran el ordenamiento superior, implicaba para él un peligro para dicha supremacía. La argumentación de Hamilton fue retomada por el juez Marshall en el conocido caso de “*Marbury vs. Madison*” en 1803.<sup>92</sup>

A la caída de Robespierre el 9 de Thermidor del año II, el 27 de julio de 1794 de acuerdo al calendario vigente, los revolucionarios franceses se negaron a aplicar la Constitución del año I y elaboraron un nuevo ordenamiento en 1795. En el curso de la redacción de este proyecto, el Abate Sieyès propuso la creación de una jurisdicción constitucional que tenía por objeto la defensa del ordenamiento supremo. A esa propuesta se opuso, entre otros, el jurista Teófilo Berlier que argumentó que no era posible aceptar que cualquier especie de autoridad pudiera reclamar la

<sup>92</sup> Los trabajos de Alexander Hamilton, junto con los de James Madison y John Jay fueron impresos en un periódico titulado *El Federalista*, núm. 78, bajo el seudónimo de *Publio*. Véase, Vázquez, Rodolfo (coord.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 216 y 217.

intervención de un tribunal de esta naturaleza porque sería otorgarle a este último un poder absorbente.<sup>93</sup>

Maurice Hauriou, en su libro *Précis de Droit Constitutionnel*, publicado en 1923, expresó que es una grave cuestión la de determinar si el juez debe o no intervenir en el juego constitucional, lo que tiene ventajas porque se evita el riesgo de que las reglas constitucionales se tornen ineficaces; pero también hay desventajas, en tanto se presta para que el juez intervenga en asuntos políticos. Es preferible, sin embargo, que los jueces intervenga en los asuntos en que se ventila un problema de inconstitucionalidad aunque se trate de labores que por su naturaleza no les correspondan generalmente. La gestión normal de la autoridad política es crear el derecho, pero esta atribución debe ser controlado y quien más competente que el juez para cumplir la labor de asegurar el control de las disposiciones jurídicas. Incluso, no debe escapar a esta labor la reforma constitucional cuando ha sido hecha en forma irregular o cuando dicha reforma contradice la legitimidad de la Constitución, porque ésta se compone de principios que están por encima del texto constitucional. Ahora, en el límite de sus atribuciones contenciosas el juez constitucional, no será el mismo juez que conoce de un problema de ley o de reglamento.<sup>94</sup>

Desde un punto de vista histórico, el gran debate sobre la justicia constitucional se plantea en la década de los veinte en Europa, época precursora de trágicos despotismos y es precisamente en Alemania y en Italia, que no tardan en caer en manos de dictadores, donde más pronto se desarrollan los sistemas de jurisdicción constitucional. Debe recordarse al respecto que Hans Kelsen redactó la Constitución de Austria de 1920 e introdujo en ésta su defensa por parte de un órgano jurisdiccional. El establecimiento de esa protección constituyó, según este gran jurista, su aporte central a esa carta política. La defensa del ordenamiento superior estaba ligada, para él, no sólo a la idea de la supremacía de la Constitución sobre las leyes que aprobara el poder legislativo sino también a su concepción de democracia porque permitía la protección de los derechos de las minorías. Además, expresó que la creación de esta clase de órganos jurisdiccionales constituía incluso una garantía para la voluntad de los parlamentos, contenida en las leyes, porque permitía impedir los excesos de la burocracia que, a través

<sup>93</sup> Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2004, p. 133.

<sup>94</sup> Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, Recueil Sirey, 1923, pp. 302 y 303.

de la aprobación de reglamentos, podía vulnerar las normas de mayor jerarquía de las leyes. Kelsen reconoció que si un tribunal determinaba que una ley era inconstitucional se estaba convirtiendo en un legislador de naturaleza negativa, pero argumentó que ello sucedía en forma extraordinaria y no como una generalidad. De tal manera que en la concepción kelseniana, el establecimiento de un tribunal constitucional tiene una importancia política de primer orden porque constituye la garantía de la paz política en el interior del Estado.

Carl Schmitt criticó, en esa época, el establecimiento de un órgano jurisdiccional con la misión de salvaguardar la Constitución y, en síntesis, expresó que se vulneraba la división de poderes al establecer un tribunal constitucional y se politizaba la justicia. Por otra parte, la justicia no decide por ella sola, sino a través de las normas que le dicta el Parlamento, a las cuales está subordinada. Señaló, además, que sólo en un país como los Estados Unidos de Norteamérica podía concebirse una corte de justicia como guardián de la Constitución porque en esa Nación, las decisiones políticas podían quedar entregadas a las resoluciones de los tribunales. Schmitt era más bien partidario de que en un estado en que privara la función legislativa, como era el caso de Alemania en esos años, fuera el propio Parlamento el defensor del ordenamiento supremo en su calidad de representante del pueblo.

El análisis de las constituciones vigentes permite observar que el establecimiento de tribunales constitucionales es ya una realidad en muchos estados de Europa y América y que han sido las ideas de Kelsen, en esta materia, las que han terminado por lograr mayores adhesiones. Lo expuesto no significa desconocer, en modo alguno, las importantes contribuciones de Schmitt a la teoría constitucional en otros aspectos.

El control del ordenamiento supremo sólo es posible, para Pedro de Vega, cuando existe una Constitución rígida, lo que involucra que es posible distinguir entre normas superiores y leyes ordinarias que tienen un rango inferior, y cuanto está presente el principio de la supremacía constitucional. Dicho ordenamiento, además, debe ser real y no semántico, es decir, debe ser aplicado, respetado, y de ninguna manera puede constituir un texto que sólo existe nominalmente. Frente a la crisis jurídica, política e ideológica de la Constitución, cabe preguntarse, en la actualidad, que sentido tiene la defensa de la carta política y la respuesta es que las ideas de democracia y libertad siguen presentes en nuestras sociedades y es a

través de las Constituciones que dicha defensa es posible y adecuada, aunque con ciertas limitaciones.<sup>95</sup>

El control de la constitucionalidad queda entregado en los diversos estados a tribunales especiales de naturaleza constitucional; a la cabeza del poder judicial, como es el caso de México, en que esta fiscalización es de competencia de la Suprema Corte —salvo el caso del recurso de amparo—, o bien en otros países existe una vigilancia más o menos difusa por parte de diversos tribunales. Sea cual fuere la solución que se haya adoptado existe una crítica a esta atribución que tienen los jueces porque implica que sus resoluciones impugnando la validez de una ley aparecen como de superior jerarquía a la de los órganos legislativos que tienen representación popular, calidad que no tienen los miembros de un poder judicial.

El propósito de garantizar el cumplimiento de la Constitución otorga legitimidad a los tribunales constitucionales en tanto deben hacer respetar lo acordado por el poder constituyente, según la idea de Kelsen. Por ello, este pensador, propuso en Europa un control constitucional centralizado, idea que se ha extendido a muchos estados de otros continentes. Sin embargo, la idea del jurista austriaco no fue la de crear un órgano exclusivo que impidiera que otros órganos o personas pudieran cumplir la tarea de interpretar el ordenamiento superior. Y la labor más trascendente de este tipo de tribunales será precisamente el de averiguar si una ley se ajusta o no a esa normatividad y si ello no ocurre dichos tribunales procederán a anular la ley respectiva. De tal manera que el papel de esta clase de tribunales será el de legislar negativamente.<sup>96</sup>

La defensa jurídica de la Constitución o el control jurisdiccional de la constitucionalidad, es necesario para Ulises Schmill, debido a que los órdenes jurídicos positivos se presentan, analizados históricamente, como un conjunto de normas que están ordenadas en forma jerárquica. Al partir de esta base y de la consideración de que existe una norma superior a la que deben ajustarse el resto de las normas de un ordenamiento jurídico tanto en sus aspectos procesales como materiales, surge el principio de la supremacía constitucional y la exigencia de que esas normas respeten el ordenamiento superior.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Vega, Pedro de, *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, 1987, pp. 284, 285 y 299.

<sup>96</sup> Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 27, pp. 34 y 35.

<sup>97</sup> Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad en México”, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *cit.*, nota 92, pp. 276-278.

Ulises Schmill, siguiendo a Kelsen, agrega que es necesario que exista un órgano de control que vele por la constitucionalidad de las leyes tanto en su proceso de formación como en su aspecto material. La inexistencia de una instancia competente, en este sentido, hace que las normas del ordenamiento supremo sean facultativas o manifestaciones de buenos deseos. Estima, además, que el control de la constitucionalidad es una función jurídica que debe ser entregada al orden constitucional y no a alguno de los órdenes que le están subordinados como sería el federal o el estatal. Si esta función se adscribiera al orden federal y a sus órganos, se establecería una superioridad de ese ámbito sobre el estatal y se produciría una fractura del mismo. En cambio, no se produciría esa ruptura si el control permanece en el orden constitucional. Al analizar las funciones del Poder Judicial de la Federación en México, advierte de que éstas pueden pertenecer a los dos órdenes mencionados lo que significa que también sea órgano, a la vez, de ambos. De esta manera, cuando ejercita las funciones que en materia de amparo, le concede el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicho poder está actuando como órgano del orden constitucional.<sup>98</sup>

Georges Burdeau con relación a las formas de efectuar el control de la constitucionalidad, señala que pueden ser descritas por sus propiedades que se han definido a partir de varias distinciones y clasificaciones. Esta clase de control puede ser efectuado por un órgano político o por uno de naturaleza jurisdiccional; centralizado o descentralizado; por vía de acción o de excepción; y *a priori* o *a posteriori*. Cuando interviene una autoridad política sus decisiones las toma con base en sus preferencias políticas; pero si es una autoridad jurisdiccional sus resoluciones las debe fundar en motivos de derecho. En un sistema descentralizado como el de Estados Unidos de América, por ejemplo, el control de constitucionalidad es considerado como una prolongación normal de la función de los jueces y todos los tribunales pueden ejercerlo. Estos pueden y deben rehusarse a aplicar una ley inconstitucional y pueden ellos mismos examinar las peticiones de las partes y determinar si están o no en contravención a las normas de la Constitución. Al sistema señalado se opone el centralizado, donde la jurisdicción constitucional está reservada a un tribunal especial creado al efecto. Es el modelo que se sigue en Alemania,

<sup>98</sup> Schmill, Ulises, "Régimen político e interpretación constitucional en México", *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 92, pp. 291 y 292.

Italia, Francia y España. Los integrantes de esta jurisdicción son elegidos por autoridades políticas y deben tener una calificación jurídica. Las razones por las cuales se ha elegido esta última opción se debe a que en estos países existe una pluralidad de regímenes jurisdiccionales y no hay una unidad como en los estados anglosajones, lo que podría originar una jurisprudencia constitucional contradictoria. Además, los jueces no tienen el prestigio que poseen los magistrados de los países anglosajones y no están en condiciones, en consecuencia, de asumir la responsabilidad de censurar la obra de los legisladores. De tal manera que los tribunales ordinarios no pueden conocer problemas de constitucionalidad de las leyes, pero pueden someter a la corte constitucional un litigio en que se presenten problemas de inconstitucionalidad.<sup>99</sup>

Decía Burdeau que el control de la constitucionalidad de las normas puede ser también por la vía de la acción o la excepción *a priori* o *a posteriori*. Es por la vía de la acción cuando se ataca la ley solicitando el conocimiento de la jurisdicción constitucional. Por la vía de la excepción es posible este control en Estados Unidos de América, Alemania, Italia y España. En Francia *a priori*, se trata de impedir la promulgación de la ley, o bien en Alemania, se pretende *a posteriori* anular la ley.<sup>100</sup>

## 2. *Las críticas al control judicial de la constitucionalidad*

Las críticas y apoyos al control judicial de las leyes han estado basadas diversos argumentos. Uno de éstos, que puede considerarse de carácter histórico, señala que en el proceso de elaboración de la Constitución de Estados Unidos de América, por ejemplo, no participaron las mujeres, las personas que carecían de cierta situación económica ni la gente de color, en consecuencia, no estaba claramente reflejada la voluntad del pueblo norteamericano en dicho ordenamiento supremo. En consecuencia, se justifica el control judicial de las leyes. La consideración señalada podría ser válida para el proceso de generación de la carta magna que se ha mencionado, pero no es útil si estamos en presencia de un proceso constituyente realmente democrático.

<sup>99</sup> Burdeau, Georges, *Droit Constitutionnel*, 25 ed., París, Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 1957, pp. 77 y 78.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 79.

Hay otro argumento que se opone al control por los tribunales de la constitucionalidad de las leyes y que versa sobre la interpretación del ordenamiento supremo y señala que los jueces al desentrañar el sentido de una norma de la Constitución no se limitan a averiguar lo que la regla prescribe debido a que los ordenamientos supremos no pueden ser tan extensos y siempre dejan tareas pendientes en el proceso de individualización de las normas. Es por ello, que los jueces al interpretar las disposiciones de una carta magna agregan a su texto soluciones normativas que no estaban de manera explícita incorporadas a ésta. No se puede afirmar, en tal situación, que se impugna una ley que no se está respetando la voluntad suprema del pueblo contenida en la Constitución porque en casos como el señalado, el juez está actuando como un verdadero legislador y concentra en sus manos un trascendente poder de decisión. Con base en esta argumentación Alexander Bickel en su obra *The least dangerous Branch* y Lawrence Tribe en *American Constitutional law* criticaron el control de constitucionalidad de los jueces por considerarlo antidemocrático.<sup>101</sup>

Gargarella reconoce el carácter antidemocrático del control judicial, pero señala que han surgido otras justificaciones y críticas que conviene analizar. En relación con los órganos políticos no puede sostenerse en la actualidad que los órganos legislativos y ejecutivos representen convenientemente la voluntad de los ciudadanos de un país porque por norma general son mandatarios de intereses económicos o de poder ajenos a los ciudadanos o bien representan sus propios intereses políticos, lo que por lógica se refleja en la legislación que se aprueba por dichos poderes. De tal manera que el déficit democrático que afecta las decisiones de los jueces en una impugnación de una ley inconstitucional estaría compensado por la carencia también de representación de quienes intervienen en el proceso legislativo. Sin embargo, si entendemos que la Constitución está indisolublemente unida al principio democrático que es el fundamento último de esta forma de organizar una comunidad política no podemos justificar las carencias de un poder con las insuficiencias de los otros porque de lo que se trata es avanzar en el proceso de democratización de las constituciones. Por otra parte, los tribunales no son ajenos a las presiones externas, no es excepcional que carezcan de independencia frente

<sup>101</sup> Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control de constitucionalidad de las leyes”, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 92, pp. 218-222.

a los otros poderes y tampoco son modelos de imparcialidad y honestidad. De tal manera que, según estas tesis, seguiría cojeando la justificación de la revisión de las leyes por parte del Poder Judicial.<sup>102</sup>

La necesaria protección de los derechos de las minorías es otro argumento que se ha esgrimido para justificar la intervención judicial en estos casos porque las constituciones suelen poner ciertos límites a los acuerdos de las mayorías en beneficio de ciertas minorías y los jueces deben garantizar estos últimos derechos. Si bien es efectivo que los jueces no son elegidos por un sistema de mayoría, ello no involucra que sean representantes de la variedad de minorías que conforman una Nación ni que estén identificados con los legítimos intereses de los indígenas, inmigrantes o ciertos grupos religiosos.

Con base en el razonamiento judicial y su imparcialidad se ha pretendido, asimismo, defender el papel que juegan los tribunales en el control de la constitucionalidad de las leyes. Éstos por el rol que desempeñan estarían en mejores condiciones de resolver los casos conflictivos debido a su preparación, a que deben fundar y motivar sus resoluciones y porque pueden actuar en forma más imparcial. De los tres poderes, dice John Rawls, “los jueces son las únicas criaturas de razón que dejan de lado sus propias convicciones para actuar conforme a un deber de civilidad y emitir una sentencia que los ciudadanos acepten razonablemente”. Gargarella estima, sin embargo, que Rawls se está refiriendo a unos jueces ideales que será difícil encontrar en la realidad.<sup>103</sup>

Las críticas a la justicia constitucional, las clasifica Pedro de Vega señalando que son de carácter estructural y otras de naturaleza funcional. Las primeras, expresan que la jurisdicción constitucional, al extenderse considerablemente, ha acentuado el poder de los jueces en desmedro de las atribuciones del Ejecutivo y Legislativo, lo que se puede traducir en una quiebra de la teoría de la división de poderes e históricamente, se pasaría de un Estado legislativo o administrativo, a un estado jurisdiccional, según expresiones que utiliza Carl Schmitt. Esta argumentación pecaría de ideológica porque la teoría de la división de poderes estaría ya periclitada y en atención a que acrecentar la influencia del Poder Judicial es más bien compensar desequilibrios históricos que reforzar la autoridad de los jueces. Las críticas de naturaleza funcional, serían, en cambio, más

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 223-225.

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 227-232.

trascendentes porque en la resolución de los asuntos constitucionales, se trasuntan problemas políticos o de poder, lo que puede significar la judicialización de la política o la politización de la justicia con previsibles y adversos resultados para esta última. Como se deriva de lo señalado en párrafos anteriores, no han faltado quienes observen que en la justicia constitucional es posible avizorar al amenazante Leviatán de los tiempos modernos. Sin embargo, la defensa de la Constitución no implica preservar el estado liberal de derecho concebido en su forma clásica sino garantizar los valores que inspiraron desde sus inicios al movimiento constitucionalista en su sentido democrático.<sup>104</sup>

Sobre las sentencias que se dicten en materia constitucional, naturalmente éstas tienen similar fuerza vinculatoria a la de cualquier resolución que cause ejecutoria. Subsiste, no obstante, el problema de determinar si la propia interpretación contenida en un fallo es o no vinculante. Ahora sí se acepta la obligatoriedad de la interpretación se irá restringiendo la libertad de los jueces ordinarios cada vez que exista un pronunciamiento de un tribunal constitucional o de quien haga las veces de tal.

Aragón expresa que una Constitución no podría sobrevivir sin la existencia de controles sociales y políticos, pero además no podría “ser” tal sin la existencia de un control jurídico de carácter jurisdiccional que es el más “regular” porque éste es la base en que descansa el estado constitucional de derecho. De tal manera que el control jurisdiccional aparece como necesario para el concepto y la existencia misma del ordenamiento supremo.<sup>105</sup>

Holmes señala sobre el tema que la institución central de la democracia liberal no es la corte constitucional sino el parlamento y que sólo los gobiernos que surgen de un régimen parlamentario pueden combinar la legitimación con la efectividad y la representación con la gobernabilidad. Al partir desde este punto de vista, los tribunales con competencia en materia constitucional no deben concebirse a sí mismos ni pretender presentarse como los guardianes verdaderos de los intereses del pueblo y, en consecuencia, no deben agrandarse en forma miope, ni pueden “autoinflacionarse” porque no sobrevivirán si el sistema en que están insertos se derrumba. Por estas razones, a su parecer, el control judicial de la consti-

<sup>104</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 95, pp. 305 y 308.

<sup>105</sup> Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 49, p. 172.

tucionalidad debe ser selectivo y utilizar su discreción para minimizar el daño que se ocasiona a las legislaturas.<sup>106</sup>

### 3. *Los medios de defensa constitucional*

Häberle, señala que el arsenal de instituciones, competencias y procedimientos que existe para defender la Constitución es muy abundante y cita, por ejemplo, que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 es particularmente inventiva al respecto porque dispone de todos los medios inimaginables para defender ese ordenamiento. Reconoce que los instrumentos jurídicos son relevantes en la protección de una Constitución, pero para él, un texto fundamental sólo puede ser efectivamente protegido políticamente, es decir cuando existe “voluntad de Constitución” y esta desenvuelve su fuerza normativa de manera perdurable. Entre las posibles regulaciones que deben consagrarse jurídicamente propone las siguientes:

- Las limitaciones al proceso constituyente, entre las que se deben contar el respeto a la dignidad humana, derechos humanos en general, democracia, división de poderes y otros determinantes que hay que encontrar en la cultura de cada nación. Cabe mencionar al respecto que en la Constitución provisional de 1993 en Sudáfrica, se establecieron principios generales para la elaboración de la Constitución definitiva de 1996.
- Las limitaciones a ciertas modificaciones constitucionales, o sea el establecimiento de “cláusulas de eternidad” con el objeto de preservar la identidad del estado constitucional como el artículo 288 de la Constitución de Portugal.
- Proteger el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales como lo hace, por ejemplo, el artículo 31, inciso 3, frase 2 de la Constitución de Polonia.
- La prohibición de rupturas o quebrantamientos adicionales como lo determinado en el artículo 49, inciso 1, frase 1 de la Ley citada.
- Las garantías para el “orden fundamental de libertad y democracia” como lo establece ese ordenamiento respecto de sus enemigos. Como es el caso de lo dispuesto en el artículo 21, inciso F de esa Ley

<sup>106</sup> Holmes, Stephan, *op. cit.*, nota 58, pp. 159 y 160.

que declara inconstitucionales los partidos que por sus objetivos o por la conducta de sus militantes cuando tengan la finalidad de dañar u suprimir el orden señalado o poner en peligro la República Federal de Alemania.

- La determinación de los llamados “estados de excepción”, “emergencias de estado” o “estados de sitio” que debe tener por objeto el reestablecimiento tan pronto como sea aconsejable de la normalidad constitucional.
- El establecimiento del derecho de resistencia que constituiría el último recurso de los ciudadanos para la defensa de su constitución, lo que está prescrito en el artículo 20, inciso 4 de la Ley Federal de Bonn que determina: “Contra todo aquel que se proponga suprimir este orden, tienen todos los alemanes el derecho a la resistencia cuando no sea posible otro remedio”. Incluso Häberle es partidario de la desobediencia civil, como un sistema de “alerta temprana” capaz de sensibilizar a la comunidad de ciertos hechos como la contaminación del ambiente aunque acepta, como Rawls, que quien ejerza este derecho pueda estar sujeto jurídicamente a sanción porque la justificación de esa desobediencia debe ser de naturaleza ética.<sup>107</sup>

En México, los medios de defensa constitucional más conocidos son el juicio de amparo, su revisión y queja, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Deben mencionarse también, al seguir los criterios del maestro alemán, entre otras, las siguientes normas de nuestra Constitución que en síntesis expresan:

- El artículo 136 que determina, en síntesis que la carta política no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia y tan pronto el pueblo recobre su libertad se reestablecerá su vigencia.
- El artículo 29 que faculta al Ejecutivo, bajo determinadas condiciones, para suspender garantías en todo el país o en lugar determinado, bajo ciertas condiciones, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Como es lógico, es posible igualmente encontrar otras disposiciones de nuestra Constitución que también

<sup>107</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 287-294.

constituyan una defensa de ésta como son principalmente: las relativas a la división de poderes; las que establecen la Comisión Nacional de Derechos Humanos; el artículo 14 que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna; el artículo 16 que exige mandato judicial fundado y motivado para que una persona pueda ser molestada en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; y el artículo 20 que establece las garantías que en todo proceso penal tiene el inculcado.

Y en especial corresponde mencionar el artículo 3o., fracción II, inciso a que establece que el criterio que orientara la educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios y además será “democrático, considerando a la democracia no sólo como una estructura jurídica, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Desafortunadamente, este postulado programático de la carta política, que promueve también la igualdad no ha sido cumplido como corresponde y en vez de procederse a una redistribución de los ingresos ha existido un proceso de acumulación de la riqueza y una serie de regímenes tributarios especiales que han favorecido a ciertos grupos empresariales en perjuicio de la mayoría de los habitantes del país y en desmedro del avance del estado constitucional, democrático y social, lo que se ha reflejado asimismo en el campo de la seguridad pública, afectando en forma grave la paz y tranquilidad de la población.

## XXI. EL CONTROL DEL PODER

La noción sobre el control del poder es posible encontrarla en la antigua sociedad griega y en las preocupaciones de Platón en *La República* y en forma más compleja en Aristóteles en su *Política*. Diego Valadés destaca los aportes que hacen en el pensamiento clásico, en Roma, Gracano Junio en su obra *Potestatribus*, Cicerón en *Las Leyes*, III.9 y especialmente Marco Aurelio que a su experiencia como hombre de estado unía sus principios de ética política que se reflejan en su obra *Pensamientos*. También es significativa la labor de Tácito con su trabajo *Sobre las costumbres de los germanos o Germania*, quien sirvió de inspiración a las

ideas de Montesquieu. Más tarde Hobbes en el *Leviatán* demuestra igualmente su interés sobre el tema y señala que entre el pueblo y el senado romano existió una real separación de poderes y calificó esta situación como democrática, pero expresa al mismo tiempo la idea de que debe respetarse la unidad del estado.<sup>108</sup>

Son, sin embargo, Locke y Montesquieu, quienes hacen un aporte más fundamental a la teoría clásica de la separación de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial. John Locke (1632-1704) en sus dos *Treatises on Civil Government* tiene como propósito principal explicar los fundamentos y el soporte de un orden jurídico y declara que todo poder público deberá utilizarse sólo para salvaguardar la paz, la seguridad y el bienestar del pueblo con exclusión de cualquier otro propósito. Dentro del marco de una Constitución, ubica al poder legislativo como poder supremo y decisivo, por encima del poder judicial y de toda norma consuetudinaria, pero debe gobernar de acuerdo con las leyes existentes y no con arreglo a ordenanzas temporales y no puede disponer en forma arbitraria de vidas y haciendas. Los jueces deben ser neutrales y honrados y decidir las controversias de acuerdo a esas leyes. Además, nadie tiene poder absoluto sobre sí mismo ni sobre los demás, aunque no se establece una sanción si se vulnera este principio, y el pueblo tiene el derecho a librarse de quienes no defienden sus intereses, es decir tiene el derecho a la revolución.<sup>109</sup> Locke señaló además que el poder judicial y el administrativo se confunden en uno, el ejecutivo. Sobre su obra cabe expresar que hizo hincapié en la separación de poderes y pasó por alto el enlace entre éstos y que si bien su pensamiento no es totalmente original, tuvo una positiva influencia en la Constitución inglesa y se le consideró una especie de padre espiritual de la ilustración europea occidental.<sup>110</sup>

Es Charles Louis S. de Montesquieu (1689-1755), sin embargo, quien en forma más clara y con mayor profundidad expuso la doctrina de la separación de poderes en su libro *El espíritu de las leyes*. Para éste pensador, el derecho está orientado a la idea de justicia y debe juzgarse de acuerdo a ésta. Señala que el derecho positivo sólo logrará una cierta aproximación a la justicia por lo que se presenta el problema de determi-

<sup>108</sup> Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 28, pp. 137-143.

<sup>109</sup> Friedrich, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp.152-156.

<sup>110</sup> *Historia del mundo moderno*, Barcelona, Sopena, 1971, t. V, pp. 84 y 86.

nar las bases en que debe presentarse esta aproximación, lo cual no debe resolverse en general sino que corresponde a cada comunidad política examinar este asunto. Esta idea tiene una gran relevancia porque trata de explicar el derecho y las leyes dentro del contexto de un sistema cultural determinado. Es conocida también su distinción entre las tres formas de gobierno: república, monarquía y despotismo.<sup>111</sup> Su extraordinario aporte es su clásica división de poderes. Expresa, en síntesis, de que el poder legislativo hace leyes transitorias o definitivas o deroga las existentes; el poder ejecutivo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y prevé invasiones; el poder judicial castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Cuando el ejecutivo y el legislativo se reúnen en una misma persona o en el mismo cuerpo no hay libertad porque puede temerse que se aprueben y ejecuten leyes tiránicas. Si el poder judicial no está separado de los otros poderes se puede disponer arbitrariamente de la vida y libertad de las personas.<sup>112</sup>

La concepción clásica de la separación de poderes ha naturalmente evolucionado y se ha puesto el acento más bien en una separación de funciones que no es tajante porque la facultad de iniciar leyes, por ejemplo, no es privativa sólo del legislativo sino también del ejecutivo y éste interviene igualmente a través del veto y en la promulgación de la ley. El propio legislativo cumple también funciones judiciales, como es el caso de la declaración de procedencia, o bien de naturaleza judicial cuando conoce del juicio político. El Poder Judicial, en algunos estados, tiene la facultad de iniciar leyes en lo que respecta a su régimen interno y cumple funciones administrativas dentro de este mismo ámbito. La creación de órganos constitucionales autónomos ha significado asimismo una evolución en la teoría de la separación de poderes en tanto ciertas atribuciones de los poderes clásicos son entregadas a estos órganos.

Dentro del ámbito de la defensa de la constitución, se ha abierto camino en la doctrina, en la última época, aunque ha sido poco analizado en profundidad, el tema del control del poder en forma diferente a la ya tradicional concepción de la separación de poderes. Manuel Aragón expresa que este nuevo concepto tiene en la protección de los ordenamientos supremos no sólo una connotación política sino también jurídica y muy trascendente porque la Constitución debemos entenderla, además como

<sup>111</sup> Friedrich, Carl Joachim, *op. cit.*, nota 109, pp. 157 y 158.

<sup>112</sup> Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2001, p. 67.

un instrumento de limitación y control del poder. Si se pretende que la Constitución sea norma, se aplique y no sea un postulado programático debe contarse con una teoría del control “constitucionalmente adecuada”, para usar una terminología usada por Böckenförde, y debe plantearse como teoría de un tipo concreto de ordenamiento supremo que sea democrático y sólo con base en este tipo de normatividad puede configurarse el estado constitucional como forma política. Y lo primero que debe hacerse es comprobar la hipótesis de que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución.<sup>113</sup>

No es concebible la Constitución como norma y menos en el Estado social y democrático de derecho a menos que descansa en la existencia y efectividad de los controles del poder. Es por ello que dichos controles se han ampliado y enriquecido en la teoría y también en la práctica constitucional, como salvaguarda de una compleja división y conjunto de restricciones al poder. En apoyo a esta tesis, se encuentra la creación de tribunales constitucionales o la competencia que se ha otorgado a los jueces en general (en otros estados) para conocer casos de inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos u otros actos del poder público; la sumisión de la administración a la ley; la creación de nuevas figuras de fiscalización como el ombudsman, el control parlamentario de las actividades administrativas e incluso la formación de instrumentos transnacionales de control.<sup>114</sup>

El tema del control del poder debe ser visto en la actualidad con especial atención, para Diego Valadés, porque la disminución indiscriminada de las funciones estatales va en desmedro del estado de bienestar que es uno de los pilares de sustentación del propio poder, lo que hace necesario poner énfasis en los procesos democráticos de legitimación de éste. Por otra parte, existe una tendencia que reclama para la sociedad civil una mayor participación en los instrumentos del poder y que requiere su ciudadanización, tanto en los órganos administrativos como en los partidos políticos. Los controles pueden ser internos y consisten en las medidas de autolimitación que los propios poderes se aplican; o bien, externos, cuando participan ciertos agentes de la sociedad como son los medios de comunicación, las organizaciones ciudadanas y los electores. Los controles internos a su vez pueden ser políticos que son los más dinámicos, inteligibles y

<sup>113</sup> Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 81-83.

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 103.

eficaces, para Valadés, porque sus resultados se producen de inmediato y con efectos generales; o bien, jurídicos, que dependen de la labor de los diferentes tribunales. Además, el control del poder no debe comprender sólo a aquéllos de naturaleza formal sino que debe abarcar a todos los agentes que lo ejercen, tengan o no una investidura formal. De lo contrario estaríamos en presencia de un poder ajeno a toda medida de limitación, lo que involucra una omisión que puede hacer peligrar al constitucionalismo moderno.<sup>115</sup>

Uno de los rasgos característicos de las democracias occidentales, expresa Burdeau, es el lugar incontestable que ocupan los poderes de hecho que rivalizan con los poderes establecidos jurídicamente y tratan de sustituirlos o de subordinarlos a sus exigencias. Estos poderes de facto se pueden presentar incluso como rivales del Estado o bien tratar de convertirlo en instrumento de sus reivindicaciones. Si el Estado falta a su rol de dar protección a las personas y no les garantiza su asistencia frente a estos poderes, el porvenir que se avecina es de nuevo el feudalismo. Entre estos poderes se encuentran los partidos políticos, grupos profesionales y grupos de presión que pueden actuar separadamente o en forma conjunta. Sin embargo, la referencia no comprende a los cuerpos intermedios que aceptan los intereses colectivos, pueden realizar una labor constructiva y están dentro del sistema sino a los que son hostiles a él.<sup>116</sup>

Habermas, al referirse al tema del control del poder, expresa que el eje de la crisis que se presenta en la actualidad es la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo de derrumbe del principio de la división de poderes en un Estado con tareas que son crecientes y cualitativamente nuevas. La administración clásica se concentraba en las tareas de preservar el orden en una sociedad y sólo intervenía cuando se perturbaba el orden económico existente; en lo demás quedaba abandonado a sus mecanismos de autorregulación. Sin embargo, esta situación cambió cuando el Estado tuvo que intervenir en labores de planificación, regulación y control político así como buscar la satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos. La administración moderna, se ha especializado, en cambio, en dar prestaciones y fomentar estas tareas y tiene el problema de contar con leyes que pretenden dirigirlas y controlarlas, pero no se tiene certidumbre sobre sus resultados. El au-

<sup>115</sup> Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 28, pp. 2, 3 y 51.

<sup>116</sup> Burdeau, Georges, *op. cit.*, nota 63, t. VII, pp. 82, 86 y 88.

mento de las tareas de regulación ha producido, por una parte, la autonomización del aparato administrativo frente a un legislador que se marginaliza, y por la otra, el estado se observa envuelto en negociaciones con grandes organizaciones y asociaciones que cada vez más se sustraen a normas imperativas y que sólo resultan accesibles a medios persuasivos de comunicación en que no se encuentra el deber de obediencia. Lo que produce como resultado devastador el que actores sociales dotados de poderes paraconstitucionales de negociación destrozan el marco constitucional. Incluso los partidos políticos se convierten, en carteles de poder que en igual forma se autonomizan. Pero la crisis del derecho tiene salida porque la fuerza sociointegradora del derecho no ha quedado desbordada, al decir de Habermas. Para solucionar este conflicto, propone una institucionalización distinta de la división de poderes y no está de acuerdo en concebir el aparato estatal como una fuerza democráticamente “sitiada”. El Estado tiene que proseguir su labor de hacer valer los intereses públicos, no puede intervenir en las negociaciones colectivas como un participante más, sino que debe imponer sus decisiones. Y contra la autonomización del poder ilegítimo, Habermas postula tener “un espacio público informado, despierto, móvil, desconfiado, que influya sobre el complejo parlamentario e insista en hacer que se cumplan las condiciones de nacimiento del derecho legítimo”. Para ello, promueve una ampliada participación de los ciudadanos, la domesticación del poder de los medios de comunicación a través de la regulación jurídica, la mediación de los partidos políticos no estatalizados, la incorporación en las Constituciones de elementos plebiscitarios como referendos e iniciativas populares, el establecimiento de procesos democráticos de base en la designación de candidatos y en la toma de decisiones de los partidos políticos.<sup>117</sup>

Finalmente, los problemas y excesos que ocasiona el ejercicio del poder son de notable complejidad y satisfacerlos con propuestas sólo jurídicas constituye realmente un intento utópico. La solución de los problemas del poder implica un conjunto de medidas en que van unidos los aspectos políticos, sociales, económicos y jurídicos. Muchos de estos aspectos pueden ser instrumentados en una Constitución, otros en el resto del ordenamiento jurídico, pero es la comunidad política en su conjunto por medio de sus instituciones y organismos los que deben establecer los

<sup>117</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 516-528.

medios para defender sus intereses fundamentales, combatir la corrupción, la concepción patrimonialista del gobierno, el enriquecimiento ilícito, la violación de los derechos humanos e incluso las prácticas políticas ajenas a los intereses de la nación.

## XXII. EL CONTROL DEL PODER Y LA DESAPARICIÓN DE PODERES EN MÉXICO

Los sistemas de control del poder en México y el tema de la desaparición de poderes se mencionan sólo en forma somera debido a que el objeto de este capítulo es examinar aspectos teóricos relativos a la materia constitucional. Sin embargo, cabe hacer referencias a ciertas normas de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en este apartado, porque de alguna manera están relacionadas con la defensa de la Constitución y al considerar que cada vez que una autoridad se excede de sus atribuciones es posible que esté transgrediendo igualmente las normas del texto supremo o de las disposiciones que la complementan.

Valadés señala que la instauración del sistema representativo en México, a comienzos del siglo XIX, más que concebirse como un medio de expresión de la sociedad, y más que una preocupación de carácter democrático, tuvo como objetivo controlar el establecimiento de una autoridad absoluta. Buscar la racionalización del ejercicio del poder y la legitimación de su origen fue la finalidad principal en ese entonces.<sup>118</sup>

Los sistemas de control del poder vigentes en la actualidad en el país persiguen, en cambio, el respeto de las garantías individuales frente a los abusos del poder y el respeto a la supremacía constitucional y a la legalidad establecida. Están constituidos por el juicio de amparo, el recurso de revisión y la queja; la controversia constitucional; la acción de inconstitucionalidad; el juicio político; y la declaración de procedencia. En esta ocasión la referencia se hará a las dos últimas instancias que tienen lugar en el Congreso Nacional. El juicio político se sigue a ciertos servidores públicos señalados en el artículo 110 constitucional, que comprenden, en forma principal, a funcionarios federales, del Distrito Federal y estatales de los tres poderes tradicionales por haber incurrido, en el ejercicio de sus funciones, en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho según el 109 constitucio-

<sup>118</sup> Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 28, p. 339.

nal, fracción I. Arteaga señala que es un procedimiento de excepción porque el Congreso de la Unión sólo en forma aislada y ocasional abandona sus funciones propias y se aboca a la de juzgar. Es un juicio uninstitucional, sumarísimo, no hay recursos y termina con una resolución que absuelve al servidor público o bien lo condena a las sanciones de destitución o inhabilitación contenidas en el párrafo tercero de esa norma. La resolución de la Cámara de Diputados por la cual acuerda proceder contra el acusado tiene el efecto de determinar que el reo se encuentra subjujice y requiere al Senado para que se constituya en jurado de sentencia.<sup>119</sup> En el caso del presidente de la República, durante su encargo, éste sólo puede ser sometido a juicio político por traición a la patria y delitos graves del orden común, conforme al párrafo tercero de la disposición citada. Si se trata de funcionarios de los Poderes de los estados de la Federación, el juicio político sólo procede en conformidad con el título cuarto de la Constitución por violaciones graves a ésta y a las leyes federales que de ella emanen así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. La resolución en estos casos será declarativa y se enviará a la Legislatura local respectiva para que proceda como corresponde.

La declaración de procedencia la determina la Cámara de Diputados para proceder penalmente contra ciertos funcionarios federales o del Distrito Federal por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo; o para proceder contra ciertos funcionarios estatales, por delitos federales, según el artículo 111 de la Constitución. Esta declaración no tiene el valor de sentencia ni prejuzga sobre la inocencia o la culpabilidad del acusado. El efecto de la declaración de procedencia, en el caso de los funcionarios federales o del Distrito Federal es que son separados de su encargo en cuanto estén sometidos a proceso penal y quedan a disposición de la autoridad judicial. Si se trata, en cambio de funcionarios estatales, la declaración de procedencia se comunica a la Legislatura local respectiva para que proceda como corresponda. Las normas de la Constitución en esta materia están complementadas por ciertas reglas que aún se encuentran vigentes de la parcialmente derogada Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y por las disposiciones de la vigente Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, cuyos artículos transitorios segundo y tercero derogan

<sup>119</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1999, pp. 702 y 703.

ciertos títulos de la anterior para el ámbito federal. En atención al fuero que tienen los funcionarios que son sometidos a este procedimiento, se considera que la declaración de procedencia es en realidad un medio de control del poder porque a través de ésta se le despoja de esa garantía y se pone a disposición de la autoridad judicial competente a los funcionarios señalados precedentemente como a cualquier otro habitante de la República.

En la Constitución existen también otras formas de control del poder que se refieren a las facultades que tiene el Congreso de la Unión para supervisar la labor del Poder Ejecutivo. El artículo 69 constitucional dispone al respecto que el presidente de la República, en la apertura del primer periodo de sesiones ordinarias, presentará un informe por escrito en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país. Cada una de las Cámaras realizará un análisis de la información entregada y podrá solicitar al titular del Ejecutivo ampliar la información mediante preguntas por escrito y podrá asimismo citar a los secretarios de Estado, al procurador general de la República y a los directores de las entidades paraestatales que comparecerán y rendirán informes bajo protesta de decir verdad. Corresponde a la Ley del Congreso de la Unión y a sus reglamentos regular el ejercicio de la facultad que tienen ambas Cámaras. Cabe expresar que la redacción anterior del artículo citado, que fue modificado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de agosto de 2008, exigía la asistencia del presidente de la República, pero en el texto actual de esa norma ya no se requiere esa comparecencia y basta con que el informe se remita por escrito. Otra novedad de la versión vigente del artículo 69 constitucional es que la comparecencia de los funcionarios que se han señalado al Congreso debe hacerse bajo protesta de decir verdad. De esta manera se exige a esos servidores públicos que se apeguen a la verdad en sus declaraciones y en caso de no hacerlo estarían cometiendo un ilícito que está tipificado en el artículo 247 fracción I del Código Penal Federal que a la letra expresa: “Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad”. La pena que se establece es de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa. El establecimiento de la protesta señalada tuvo por objeto que los servidores públicos concurrieran al Congreso a informar lo que estaba ocurriendo en sus respectivas dependencias o entidades sin tratar de ocultar o deformar la realidad.

En el artículo 93 constitucional, a su vez, establece que los secretarios de despacho, una vez que se haya abierto el periodo ordinario de sesiones, darán cuenta al Congreso del estado en que guarden sus respectivos ramos. Además, la convocatoria a comparecer la puede efectuar cualquiera de las cámaras a dichos secretarios, al procurador general de la República, a los directores y administradores de las entidades paraestatales y a los titulares de los órganos autónomos, para que informen bajo protesta de decir verdad cuando se discute una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivos ramos o actividades para que respondan interpelaciones o preguntas. Conforme al penúltimo párrafo de la norma citada cualquiera de las cámaras podrá también requerir información y documentación a las dependencias y entidades del gobierno federal, mediante preguntas por escrito, las cuales deben ser contestadas en un término no mayor de 15 días naturales a partir de su formulación. Las comparecencias de estos servidores públicos se deben realizar igualmente bajo protesta de decir verdad, conforme a la reforma publicada igualmente el 15 de agosto de 2008.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se puede concluir que el Congreso de la Unión tiene constitucionalmente facultades para enterarse de la labor del presidente de la República y de los altos funcionarios públicos que manejan las dependencias de la administración pública federal centralizada y las entidades de la administración descentralizada, la que se extiende igualmente a los órganos autónomos. Estas facultades son útiles, de la misma manera, para controlar el poder de estos servidores públicos y velar por el respeto a la Constitución y a las normas que la complementan.

Además, el artículo 74 de la Constitución otorga facultades a la Cámara de Diputados para revisar la cuenta pública del año anterior con el propósito de evaluar los resultados de la gestión financiera, comprobar si ésta se ha ajustado a los criterios señalados en el presupuesto y verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas respectivos. Esta revisión, en resumen, se refiere tanto a ingresos como egresos y se realiza por la cámara a través de la entidad de fiscalización superior de la Federación más conocida como Auditoría Superior de la Federación. El plazo que tiene el Poder Ejecutivo para presentar dicha cuenta es hasta el 30 de abril del año siguiente, término que se puede ampliar, pero no podrá exceder de 30 días naturales. La Cámara de Diputados, a su vez, debe concluir la revisión de esa cuenta a más tardar el 30 de septiembre

del año siguiente. Además, esa entidad debe rendir un informe a la cámara, que contiene conclusiones de carácter técnico. La entidad anteriormente citada, en síntesis, puede determinar responsabilidades sino existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados; hacer observaciones a la cuenta respectiva; realizar auditorías, y emitir recomendaciones para la mejora en el cumplimiento de los programas respectivos. La cámara, a su vez, podrá evaluar el desempeño de dicha entidad y requerirle informes sobre la evolución de sus trabajos de fiscalización.

Las normas relativas a los principios por los cuales debe regirse la entidad de fiscalización superior de la Federación y sus atribuciones están contenidas en el artículo 79 constitucional cuya última reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 2008. En esa norma se señala también que tendrá autonomía técnica y de gestión y que el nombramiento de su titular se efectúa por la Cámara de Diputados por las dos terceras partes de sus miembros presentes. Cabe destacar que dicha entidad está facultada para fiscalizar en forma posterior los ingresos y egresos, el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales. En la reforma señalada se detallaron las facultades que tiene esa auditoría para fiscalizar directamente los recursos federales que administren los Estados, el Distrito Federal, los municipios y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, con excepción de las llamadas participaciones federales que son los recursos transferidos que no tienen un destino específico de gasto, por lo que pueden ser empleados para cualquier función de gobierno. La facultad de fiscalizar se extiende, además, a cualquiera persona física o con personalidad jurídica, pública o privada, que maneje recursos federales. La reforma del artículo 79 permite a la Auditoría mencionada ejercer más eficientemente sus labores de fiscalización y constituye una forma de control del poder relativo a la gestión de los ingresos y egresos de los recursos federales.

Indudablemente hay otras normas de la Constitución que constituyen asimismo formas de control del poder y que sería largo enumerar, porque hay una serie de disposiciones que deben respetar quienes ejercen el poder bajo pena de ser sancionados. A título de ejemplo, se puede mencionar el párrafo final del artículo 1o. que prohíbe toda forma de discriminación; el artículo 6o. que dispone que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa; y el artículo 20

que señala las garantías que en todo proceso penal tienen el inculpado, la víctima o el ofendido. El artículo 126 que dispone que no puede hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto y determinado en una ley posterior; y el artículo 134 que constituye una salvaguarda para que los recursos económicos del gobierno federal y del Distrito Federal se administren con eficiencia, eficacia y honradez.

Incluso, el artículo 28, párrafo segundo de nuestra ley fundamental regula ciertos poderes de hecho o de facto en tanto prohíbe “los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que establecen las leyes” y señala que se castigará severamente

...toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; y todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o del alguna clase social.

Por su parte, el artículo 136 dispone, en síntesis, que la Constitución no perderá su fuerza y vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia, y tan luego como el pueblo recobre su libertad se reestablecerá su observancia y serán juzgados los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión como los que hubieren cooperado con ésta de acuerdo a la propia Constitución y a las leyes que en su virtud se hubieran expedido.

En materia de supresión de poderes, como en nuestro orden jurídico existe un sistema presidencialista no está establecido un sistema de desaparición de poderes del titular del Ejecutivo por parte del Congreso Nacional. En caso de falta absoluta y temporal, renuncia o licencia del presidente de la República, lo que existe es un sistema de nombramientos de interinos, sustitutos o provisionales por el Congreso Nacional, o en su defecto por la Comisión Permanente, en ciertos casos, conforme a lo determinado por los artículos 84, 85 y 86 constitucionales. En caso de ausencia del titular del Ejecutivo del territorio nacional, sea que se requiera

o no permiso del Congreso, no se nombra interino de acuerdo a lo prescrito en el artículo 88 constitucional.

En caso de que no se encuentren en sesiones el Senado y la Cámara de Diputados, interviene la Comisión Permanente que está integrada por 37 parlamentarios de los cuales 19 serán diputados y 18 senadores. Tanto en las cámaras como en dicha Comisión la falta de uno de sus miembros se traduce en que son sustituidos normalmente por los suplentes respectivos, según el artículo 76 constitucional.

Respecto al nombramiento de los jueces de la Suprema Corte, los artículos 76 fracción VIII y 96 constitucionales, determinan que la designación y el reemplazo de los ministros los realiza el Senado. Los magistrados y jueces, incluyendo a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el artículo 110 constitucional, pueden ser sujetos de juicio político y ser destituidos de su cargo e inhabilitados para desempeñar cargos de cualquier naturaleza en el servicio público. Cabe destacar asimismo que el artículo 100 constitucional relativo a la organización y atribuciones del Consejo de la Judicatura, le otorga facultades, entre otras, para remover a magistrados y jueces que no cumplan con la ley. Similares atribuciones tienen los consejos de la Judicatura de las entidades federativas respecto de los magistrados y jueces estatales. De tal manera que el control del poder es también aplicable en el ámbito del Poder Judicial con la finalidad de defender la Constitución y el orden jurídico en general.

Hace falta legislar, en cambio, de acuerdo a la opinión de algunos analistas, para controlar la actuación de los diputados y senadores del Congreso de la Unión respecto de los cuales sólo es posible, en la actualidad, someterlos a juicio político o bien desaforarlos si han cometido delitos ya sea del orden federal o comunes. En otros países, existe la figura de la revocación del mandato que consiste en un procedimiento para destituir a los representantes o mandatarios elegidos antes de que se cumpla el plazo fijado para su actuación y cuyo objeto radica en mantener constantemente responsables a los funcionarios frente a sus electores. Se trata en este caso de una gestión que se basa en el principio de la soberanía popular y, en consecuencia, la ciudadanía debe iniciar un procedimiento de esta naturaleza a través de una petición a la autoridad competente, que puede ser un órgano electoral. Se está en presencia de una institución que tiene una naturaleza esencialmente política porque no se trata de fincar responsabilidades de orden jurídico.

La Constitución de Bolivia que se aprobó en 2009 contiene en los artículos 157 y 240 la revocación del mandato de diputados y senadores y dispone que se pierden esos mandatos bajo las siguientes condiciones: debe haber transcurrido al menos la mitad del mandato, no se puede pedir la revocación en el último año del respectivo cargo y sólo se puede solicitar por una vez; y procederá la revocación por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el 15% de los votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público. El artículo 170 de la Constitución de Bolivia incluye también la revocación del mandato del presidente de la República y una vez que ésta procede debe cesar de inmediato en sus funciones. Las demás normas sobre esta materia se incluyen en la ley complementaria que se dicte al respecto y ambas cámaras tienen competencia para su aprobación.

El periodo de vigencia de los diputados en México es de solamente tres años; existe además un alto número de éstos, y un referéndum revocatorio tendría que ser organizado por la autoridad e involucraría costos que son altos y es recomendable evitarlos. Por lo expuesto, no parece aconsejable el establecimiento de la revocación del mandato de estos representantes. Además, existen otras soluciones que se podrían analizar como suprimir los diputados plurinominales, que no han sido elegidos por la ciudadanía sino por las cúpulas partidarias, y establecer la reelección de los que hayan sido designados por los ciudadanos. De esta manera se puede favorecer a los representantes que hayan cumplido sus funciones y sancionar a los mandatarios negligentes.

La situación es distinta respecto del mandato del titular del Ejecutivo y senadores cuyo periodo es de seis años por lo que en estos casos sería conveniente buscar mecanismos efectivos de revocación con participación popular para evitar la permanencia en el cargo de personas incompetentes o que no velen reiteradamente por los intereses generales de la nación. Podría proceder la revocación, por ejemplo, a través de un plebiscito. En el caso del Ejecutivo, de no ser posible la solución anterior, al menos, se podría acotar sus atribuciones y entregar al Congreso, por ejemplo, la facultad de designar o ratificar al gabinete, por una mayoría calificada, por los últimos tres años. Se trata como se comprenderá, de un tema complejo, de difícil solución que excede los límites e intenciones de este trabajo y que depende asimismo del contexto de la situación política del país.

La desaparición de poderes en las entidades federativas, en cambio, sí está regulada en forma más detallada. Debe recordarse al respecto el

artículo 76, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que faculta al Senado de la República, cuando han desaparecido todos los poderes constitucionales de un estado, para nombrar un gobernador provisional, quien convocará a elecciones de acuerdo a las leyes de ese mismo estado. Este nombramiento lo realiza la Cámara señalada con la aprobación de las dos terceras partes de los senadores presentes, a propuesta en terna del presidente de la República. En caso de receso, el nombramiento lo hará la Comisión Permanente. El funcionario así nombrado no podrá ser gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que el expidiere. Esta norma tiene un carácter complementario porque regirá siempre que las Constituciones de los estados no prevean el caso.

A su turno, las legislaturas locales, conforme al artículo 115, fracción I, párrafo tercero,

...por acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros presentes, podrán suspender ayuntamientos, declarar que éstos han desaparecido y suspender o revocar el mandato a algunos de sus miembros, por alguna de las causas graves que la ley local prevenga, siempre y cuando sus miembros hayan tenido oportunidad suficiente para rendir las pruebas y hacer los alegatos que a su juicio convengan.

Los dos párrafos que siguen de esta norma permiten la entrada de suplentes o que se celebren elecciones y en caso de que ello no sea posible, las legislaturas locales designarán de entre los vecinos a los consejos municipales que terminarán el periodo respectivo. Dichos consejos estarán formados por el número de integrantes que establezca la ley, los que deberán cumplir los requisitos de elegibilidad que corresponden a los regidores.

La llamada “desaparición de poderes”, normada en el artículo 76 mencionado, según Valadés, involucró un poderoso instrumento contenido en la Constitución de 1857, mediante una reforma realizada en 1874, y que se incorporó en la Constitución de 1917, que durante décadas fue usada por los presidentes para asegurarse la sujeción política de los gobernadores de los Estados y se traduce en una más de las amplias facultades que la Constitución entrega al titular del Ejecutivo y que acentuaba las características autoritarias del sistema presidencial de México.<sup>120</sup>

<sup>120</sup> Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 28, p. 397.

Todas las normas citadas constituyen formas de control del poder de los servidores públicos porque es característica de las Constituciones limitar el ejercicio del poder en resguardo de los intereses superiores de la República, de la Federación, Distrito Federal, estados y municipios y para el respeto de los derechos fundamentales de los habitantes del país.

Por otra parte, los artículos 108 y algunas disposiciones de los artículos 109 y 113 constitucionales contienen también ciertas formas de control del poder que consisten en perseguir la responsabilidad administrativa de ciertos servidores públicos y se reputan como tales a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública Federal o del Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorga autonomía quienes serán responsables por los actos u omisiones que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Por reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007 y del 7 de mayo de 2008, se modificó el artículo 134 de la Constitución relativo al manejo de recursos por parte de los servidores públicos y se les requiere, en resumen, que los manejen con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados, con el propósito de obtener para el Estado las mejores condiciones disponibles en diversos factores. Estos recursos deben manejarse, además, con imparcialidad sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos; y la propaganda que se difunda deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. Esta propaganda, en ningún caso deberá incluir nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción generalizada de cualquier servidor público. Estas normas contienen claramente un control de quienes tienen el poder o la atribución de manejar los recursos públicos y está sancionado violar las normas constitucionales de acuerdo con la legislación complementaria que está vigente.

Los gobernadores de los estados, los diputados a las Legislaturas Locales, los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, serán responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales de acuerdo al párrafo tercero de la regla señalada en el párrafo anterior.

Conforme al artículo 109, fracción III de la Constitución se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de su cargo, empleo o comisión. Los procedimientos para la aplicación de sanciones se desarrollarán autónomamente, lo que quiere expresar que si hay responsabilidades administrativas, civiles o penales, cada acción seguirá el procedimiento respectivo, pero no se puede sancionar dos veces por un hecho de la misma naturaleza. También la Constitución obliga a dictar normas penales en materia de enriquecimiento ilícito que deben sancionarse, aparte de la pena respectiva, con el decomiso del producto del delito. Termina el artículo 113 constitucional prescribiendo que las leyes sobre responsabilidad administrativa de los servidores públicos determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar los principios que se señalan al comienzo de este párrafo. Se estima que estas normas sobre responsabilidad complementadas por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos constituyen formas de control del poder que constituyen además una salvaguarda de los principios y normas constitucionales que deben respetar los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, empleos o comisiones.

### XXIII. LA CONSTITUCIÓN COMO PROYECTO

La última función de la Constitución, expresa Häberle sobre el tema, se refiere a la realidad y a su configuración y se trata de un asunto que ha emergido a un primer plano en época reciente. El Estado constitucional pretende que sus textos se hagan realidad, que se cumplan en el plano social. Que la normatividad, como decía Heller, se transforme en normalidad. Este Estado constitucional pretender regular y configurar lo que acontece de acuerdo a sus textos pero igualmente se guía por dichos documentos. En definitiva, las constituciones se dirigen a una “mayor cantidad de realidad”, lo que involucra que las posibilidades o esperanzas que contienen los textos constitucionales deben convertirse en hechos para el desarrollo, bienestar y seguridad de quienes habitan en nuestras comunidades políticas.<sup>121</sup>

<sup>121</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 122 y 123.

Las Constituciones democráticas, agrega Habermas, deben entenderse como proyectos en los que diariamente laboran el Poder Legislativo, la justicia y la administración y por cuya prosecución se pugna en el espacio público político. Pero no sólo estos poderes intervienen en dicha concreción porque sin la fuerza innovadora de los movimientos sociales y sin las imágenes y energías utópicas no es posible transformar en realidades las expectativas normativas contenidas en un ordenamiento supremo.<sup>122</sup>

Un arquitecto elabora un proyecto, construye un edificio y de esa manera termina su labor. En el mundo político jurídico que rodea el estado y a la Constitución, de acuerdo a Bidart, no sucede lo mismo ya que nada queda hecho totalmente y por siempre porque hay un quehacer que nunca se detiene, hay un proseguir en renovado dinamismo. El proyecto que contiene la Constitución es obligatorio y exigible aunque con temporalidades que son diferentes.<sup>123</sup>

El proyecto que contienen los ordenamientos supremos no deben fosilizarse sino que debe ajustarse a la cambiante realidad política, económica y social de los estados y tener presente las transformaciones que se producen en el contexto internacional con el objeto de ampliar y hacer realidad las expectativas del pueblo soberano en las diversas comunidades políticas.

<sup>122</sup> Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 2001, p. 147.

<sup>123</sup> Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 35, pp. 98-100.