

## LAS DECISIONES FUNDAMENTALES

*Las decisiones planteadas de modo inmediato con la situación política no pueden, naturalmente, ser soslayadas en la Constitución, pues si no, ésta no existiría.*

SCHMITT

### I. LA TEORÍA

La teoría de las decisiones fundamentales de un orden jurídico se debe a Carlos Schmitt. Para el tratadista alemán, una constitución son las decisiones conscientes que la unidad política se da a sí misma. Estas decisiones determinan la forma concreta que adopta la unidad política que decide.

Schmitt, al analizar la Constitución de Weimar, concluyó que las decisiones fundamentales que ésta contenía eran: 1) el principio de soberanía, por medio del cual se decidía que Alemania fuera: a) una república, b) democrática y c) federal; 2) la idea de la representación, y 3) la decisión a favor del estado burgués de Derecho con sus principios: a) derechos fundamentales, y b) división de poderes.

Estas decisiones son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política, y sobre ellas descansan todas las demás normas del orden jurídico.

Estas decisiones no pueden ser reformadas por el congreso o el parlamento, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo.

La constitución integrada por las decisiones fundamentales, en conjunto, no puede ser tocada por los poderes estatales; pero esto no significa que para la defensa de la constitución como un todo, no se puedan suspender en situaciones de excepción determinados derechos, como sería el caso de los derechos fundamentales cuando temporalmente se les pone fuera de vigor.<sup>1</sup>

Schmitt afirmó que si en una constitución no se decide sobre alguna de estas decisiones fundamentales, tal ordenamiento no es una constitución. Si el Congreso Constituyente evade alguna decisión, entonces ésta recae fuera de la Asamblea, por vía violenta o pacífica.

El maestro de la Universidad de Berlín contrapone a las decisiones la idea del compromiso.

<sup>1</sup> Carlos Schmitt, obra citada, p. 31.

Distingue dos clases de compromiso: el auténtico y el compromiso no auténtico o apócrifo. El primero es una declaración objetiva, lograda mediante una transacción, así la Constitución de Weimar no decidió sobre la alternativa: ordenación burguesa o socialista de la sociedad, sino que dio una transacción, una resolución mixta.

En cambio el compromiso no auténtico o de fórmula dilatoria, son aquellos que alejan y aplazan la decisión, son aquellos cuya misión consiste “en encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibológica la cuestión litigiosa misma”. Se diferencia del compromiso auténtico, en que el dilatorio deja la resolución indecisa; en cambio en el compromiso auténtico sí hay una resolución precisa que se logra mediante la confrontación de intereses opuestos. En la Constitución de Weimar un ejemplo de compromiso no auténtico es la relación Estado-Iglesia, cuyos vínculos no se separaron.

Los derechos fundamentales y la división de poderes son principios jurídico-políticos. Son jurídicos por estar sometidos a un sistema cerrado, o identificados a ese sistema cerrado de normas jurídicas. Y son políticos por su conexión directa e inmediata con el estado. Estos dos principios —escribió Schmitt— son las dos partes de una decisión, aquella a favor del estado burgués de Derecho que implica en sí, los límites al estado y las garantías a una serie de libertades humanas.

El principio de soberanía y de representación son decisiones político-formales, porque determinan la forma de la organización política de la comunidad.

Heller se preguntó quién decide sobre el ser y la forma de la organización política. Para él, sólo existe estado cuando un poder de la comunidad decide por sí mismo su organización. Para Heller una “Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas”. Y basado en esta definición, criticó a Schmitt, por considerar la Constitución como decisión, y por haber olvidado la existencia de las normas; éstas y las decisiones no son “cosas opuestas sino condiciones recíprocas” al Estado. Heller afirmó que no existe ninguna constitución política como *estatus* real que además de ser decisión, no sea un ser formado por normas. Heller escribió que la idea de ciertos principios jurídicos materiales, que son inmutables, procede del derecho natural, y criticó que se considere la división de poderes y los derechos fundamentales como principios independientes entre sí, ya que ellos se condicionan recíprocamente. El autor de la *Teoría del Estado* y de *La Soberanía* pensó que era discutible que la estructura federal fuera una decisión fundamental de la Constitución de Weimar; en cambio no encontraba la razón por la cual Schmitt declaró que la separación Estado-Iglesia no era una decisión, sino un compromiso, ya que para Heller la separación de las dos instituciones antes mencionadas, es tan fundamental como la idea federal del Estado.

Según Heller, Schmitt incurrió en el mismo error que Kelsen: la unilateral-

alidad. Mientras que para Kelsen, la constitución es la norma fundamental de origen lógico; para Schmitt es decisión; olvidándose ambos que: "Toda teoría que prescindiera de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad estatal y es, por eso, falsa ya en su punto de partida."

Para Heller la constitución es decisión y norma. Entiende por decisión la declaración que brota del ser, del ser como unidad de voluntad, con poder y autoridad normados, para que sean capaces de acción.<sup>2</sup>

La crítica de Heller a Schmitt es un paso más en la evolución del pensamiento jurídico. Del decisionismo se pasa a la concepción del derecho como orden concreto: donde el sistema de normas es únicamente una de las partes del orden jurídico y en él se inserta la decisión como voluntad y acción.

El gran mérito de Schmitt fue poner de relieve que hay ciertos principios fundamentales en el orden jurídico, los cuales son inmutables mientras así lo quiera el pueblo, único hacedor y reformador, en su caso, de las decisiones de su voluntad.

Schmitt tomó la idea del decisionismo de Hobbes y de Donoso Cortés. Este último escritor planteó la necesidad que existe de que alguien decida. Pero en tanto, para Schmitt la decisión es acción, para Donoso es palabra, y lo que es peor, es la palabra de la Iglesia. Donoso se cerró las puertas de la política para abrirse las de la religión.<sup>3</sup>

Caamaño Martínez piensa que la teoría decisionista ha tenido un papel relevante para combatir al positivismo jurídico y al normativismo kelsiano, y dice que esta última doctrina, es teoría que no admite más realidad que la natural, pero después quiere construir el mundo jurídico, "prescindiendo de esta realidad y reduciéndolo a un sistema de juicios lógicos y de formas a priori. Pero el concepto de decisión tampoco resuelve el problema capital de lo jurídico: la unión de lo ideal y de lo fáctico".<sup>4</sup>

Aunque la teoría de la decisión esté ya superada, aún podemos hablar de decisiones fundamentales.

Entendemos por decisiones fundamentales los principios rectores del orden jurídico. Los que marcan y señalan el ser del orden jurídico. Son la esencia misma de ese derecho. Si alguno de ellos falta, ese derecho se quiebra, para convertirse en otro. En cambio, si alguna otra norma es suprimida, ese orden jurídico no se altera, ni se modifica esencialmente; expresar cuáles son las decisiones fundamentales de un orden jurídico, es decir lo que él es.

Las decisiones fundamentales no son universales, sino están determinadas por

<sup>2</sup> Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México, 1942, pp. 219, 278, 306-307-308.

<sup>3</sup> Luis Legaz y Lacambra, *Horizontes del Pensamiento Jurídico*, Barcelona, 1947, pp. 322-23.

<sup>4</sup> José Caamaño Martínez, *El Pensamiento Jurídico-Político de Carl Schmitt*, La Coruña, 1930, p. 170.

la historia y realidad socio-política de cada comunidad. Las decisiones fundamentales son principios que se han logrado a través de luchas. Son parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad.

Luis F. Canudas piensa que las decisiones políticas fundamentales de la Constitución de 1917 son:

- a) En el Estado mejicano, la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo;
- b) En el Estado mejicano, todo poder público dimana del pueblo;
- c) En el Estado mejicano, el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno;
- d) El Estado mejicano, es un Estado que adopta la forma republicana de gobierno;
- e) El Estado mejicano es un Estado federal;
- f) El Estado mejicano es una democracia constitucional de carácter representativo;
- g) El Estado mejicano reconoce los derechos individuales públicos de los hombres, y los derechos sociales;
- h) En el Estado mejicano existen tres poderes, a saber: legislativo, ejecutivo y judicial;
- i) En el Estado mejicano, el municipio libre, es la base de su división territorial y de su organización política y administrativa.”<sup>8</sup>

Las cuatro primeras decisiones, que apunta Canudas, en realidad son una: la idea de la soberanía; lo novedoso en su clasificación es que incluye al municipio libre como una decisión política fundamental. Considerando que la finalidad del municipio libre es la descentralización del poder, que núcleos pequeños se gobiernen, creemos que esta idea —aunque avanzada— ya está incluida dentro de la noción del sistema federal, puesto que las finalidades coinciden, aunque no podemos desconocer que en el municipio —en principio— se logra con mayor efectividad la descentralización del poder, por constituir grupos de población más reducidos que las entidades federativas, y en donde generalmente, los hombres se conocen, y eligen para dirigir al municipio, a personas que han tratado personalmente o, cuando menos, que les son conocidos en forma cercana.

Nosotros consideramos que en México, como en casi todos los países actuales, encontramos cuatro primeras decisiones fundamentales: soberanía, sistema representativo, derechos humanos y división de poderes.

Además, México tiene tres decisiones fundamentales que no se encuentran en todas las naciones.

<sup>8</sup> Luis F. Canudas O., *Irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución*, en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. No. 18, 19, 20, México, 1943, pp. 107-108.

En el siglo pasado México vivió una pesadilla constante, una historia increíble. Y estas guerras, estas luchas estuvieron determinadas por dos ideas: el deseo de la Iglesia de dominar al poder civil y crear una teocracia; y el anhelo de unos, de centralizar el poder y de otros, de descentralizar.

Centralismo o federalismo, separación del Estado y la Iglesia o su unión, son decisiones importantísimas en México que le han costado al país la vida de muchos hijos y el recuerdo amargo de muchos decenios.

Si bien la división de poderes es una forma para asegurar la libertad, en México se ha querido reglamentar un procedimiento y proceso constitucional para garantizar en la manera más plena los derechos y libertades que la constitución otorga a los hombres. Nos referimos al juicio de amparo.

Podemos dividir las decisiones fundamentales en materiales y formales. Las materiales son la substancia del orden jurídico. Son una serie de derechos primarios que la constitución consigna y las formales son esa misma substancia, sólo que en movimiento: son los principios que mantienen la vigencia y el cumplimiento de las decisiones materiales.

En México, son decisiones materiales: soberanía, derechos humanos, sistema representativo y supremacía del poder civil sobre la Iglesia. Son decisiones formales: división de poderes, federalismo y el juicio de amparo.

Hemos asentado que decir qué es un orden jurídico, es enunciar cuáles son sus decisiones fundamentales. Para conocer qué es la Constitución Mexicana de 1917, hay que analizar sus decisiones fundamentales.

Analizamos nuestras decisiones fundamentales en el orden siguiente:

1) Los derechos humanos, 2) La soberanía, 3) La división de poderes, 4) El sistema representativo, 5) El sistema federal, 6) La supremacía del Estado sobre la Iglesia, y 7) El juicio de amparo.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS

El hombre, ser que se mueve por sí como los animales, se diferencia de éstos por la voluntad y la inteligencia. Estos dos elementos constituyen los medios con los cuales se construye su destino, y el ser biológico como tal, se convierte en persona; es decir que el hombre, por el fenómeno natural de existir, tiene derechos y obligaciones. Algunos escritores piensan que la persona tiene una dignidad intrínseca por el hecho de estar en relación directa con lo absoluto.<sup>6</sup> Pensamos que no es correcto plantear en esta forma el problema, sino que la dignidad de la persona radica en su destino, y nadie puede legítimamente impedir a otro la realización de su fin. El hombre sólo puede realizar su destino dentro de la comunidad social, y esta comunidad no tiene otro fin que servir

<sup>6</sup> Jacques Maritain, *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle*, Nueva York, 1942, pp. 14-15.

al hombre. El fin de la comunidad es la realización de una obra en común<sup>7</sup> y la obra en común consiste en que cada hombre viva como persona, es decir, que venciendo las estructuras económicas, tenga tiempo para dedicar al ocio, a sus diversiones y sobre todo a la cultura. El destino del hombre es realizarse como tal, alcanzar su esencia de libertad, y cumplir correctamente, en la medida de sus posibilidades particulares, el trabajo que le ha tocado realizar en su lapso de vida.

El hombre se percató de que es imposible vivir —vivir, no biológicamente, sino como persona— si no se le aseguraban ciertos derechos, que él sentía como suyos. Los derechos humanos son límites exteriores de existencia. Son las bases de la actuación humana, y al saber que ellos no serán violados, el hombre se moviliza con libertad para lograr el destino de que hemos hablado.

Los derechos humanos, históricamente, están comprendidos en dos declaraciones: la del hombre y del ciudadano y la de derechos sociales. La base de estas declaraciones es la misma: que el hombre se realice como hombre. Una declaración complementa a la otra. Son los dos brazos de un mismo cuerpo.

Problema de gran trascendencia es la naturaleza de los derechos humanos: ¿Existen principios inmutables que conforman a los derechos humanos, o es el orden jurídico quien los crea? ¿Puede un estado dejar a sus ciudadanos sin otorgarles o sin reconocerles estos derechos?

La noción del derecho natural está íntimamente ligada a la idea de derechos humanos. Debemos preguntarnos qué es el derecho natural, y asentar que es un viejo juicio que en su evolución ha recorrido los más diversos matices.

Hesíodo reconoció la existencia de normas de origen divino, y pensó que la labor de los hombres era descubrir ese derecho divino para hacer su propio derecho, el cual debería estar inspirado en Dike (la justicia).<sup>8</sup>

Para Heráclito, la fuente y alimento de todas las leyes humanas es la ley divina.

El pensamiento de Protágoras es confuso; aparentemente sigue un positivismo jurídico, pero si se examina su mito según el cual Zeus, compadecido de los hombres envió a Hermes para que les infundiera la idea del derecho, de la ética y de la política, se podría aceptar que admite la idea de una ley superior a la humana; sin embargo lo interesante es que para el célebre pensador, esta ley suprahumana no tiene un contenido inmutable, ni universal, sino que, basándose en la idea de lo bueno y de lo justo, la asamblea del pueblo dictaría las leyes imperativas para la comunidad.

Gorgias expresó que lo natural era el gobierno del más fuerte, el débil debía someterse al poderoso, pues la naturaleza así lo establecía.

<sup>7</sup> Jacques Maritain, obra citada, pp. 31-32.

<sup>8</sup> La exposición doctrinaria del derecho natural está principalmente basada en el libro de Alfred Verdross: *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, traducción de Mario de la Cueva, México, 1962.

La sofística planteó en toda su amplitud el problema del derecho natural (*fisis*). Calicles desarrolló la doctrina de Gorgias y la perfeccionó.

Sócrates, por considerar injusta una orden de los treinta tiranos, no la obedeció; el hecho tiene importancia ya que el filósofo había negado anteriormente la posibilidad de resistir activamente a las leyes de la ciudad. Sócrates admitió que el derecho debía emanar de la naturaleza humana, no creyó posible la antinomia: *nomos-fisis*. Sin embargo su vida, sus ideales (*fisis*) fueron sacrificados por una decisión arbitraria (*nomos*).

Platón aceptó la idea del derecho natural, basado en la idea del bien, y afirmó que leyes contrarias a esta idea del bien no son verdaderas leyes. Para Platón el conocimiento del derecho natural se logra a través de la razón.

Para Aristóteles existe un derecho natural que se encuentra en la misma naturaleza humana, el cual es válido para todos los hombres, ya que por el solo hecho de ser hombre se tienen ciertos derechos, y es la naturaleza humana la que los conforma como el lance de ser un animal político.

Desenvolvimiento decisivo para la idea del derecho natural es la teoría estoica, donde el *logos* (divinidad de la *stoa*) todo lo infunde y determina, tanto en el campo racional como en el irracional. El *logos*, razón universal, dice qué es lo que se puede hacer, y qué no. Todos los entes, incluso el hombre, participan en el *logos* (panteísmo), por lo cual las normas que emanan de este principio son universales y eternas.

Para Cicerón todo lo que acontece tiene que delimitarse dentro de las leyes divinas, y es en este pensamiento donde la "ley eterna" adquiere sus características posteriores: eterna, inmutable, santa, celestial. La teoría de Cicerón fue determinante para el pensamiento, e influiría posteriormente en las ideas de los primeros padres de la Iglesia. El autor de *De legibus* piensa que para que una ley sea la justa debe derivarse de la ley eterna. Cicerón no distinguió entre ley eterna y natural pues para él, Dios y naturaleza eran lo mismo.

La base del pensamiento cristiano está en la Biblia, y según ella, el derecho natural está inscrito en la conciencia humana, o como usualmente se dice: en el corazón de los hombres, pero objetivamente estos principios se encuentran en el decálogo. (Carta a los romanos de San Pablo.)

La patrística representa un movimiento sumamente importante, es San Agustín, el Águila de Hipona, quien alcanzó la mayor esplendor en este movimiento ideológico.

El obispo de Hipona distinguió entre ley eterna, natural y humana. Estas tres leyes —cual pirámide kelseniana— están enlazadas de más a menos y toman su contenido y validez una de otra. La ley eterna es la voluntad divina que ordena y dirige todo el universo. Es la ley universal e inmutable. La ley natural es la ley eterna que ha sido grabada en la mente humana. No son la misma, sino —metáfora elegante— que la ley eterna es una especie de sello grabador y la ley natural el sello grabado en la cera. La ley humana se desprende de las dos anteriores

leyes, y sólo es obligatoria en cuanto esté de acuerdo con sus progenitoras. Esta tesis es revolucionaria, puesto que permite violar la ley humana o temporal, si es contraria a la natural, ni que hablar de la eterna. Santo Tomás en líneas generales siguió el pensamiento del autor de *Las Confesiones*.

A pesar de que los pensadores posteriores se alejaron del pensamiento agustiniano, la idea del derecho natural siguió siendo determinada por el pensamiento religioso. Oldendorp identificó derecho natural con la equidad, pero deja su determinación al legislador y al juez en los casos concretos.

Los españoles Vitoria y Suárez están encuadrados dentro de las tres leyes, o sistema silogístico de San Agustín. Para los fines que perseguimos no nos interesa poner de manifiesto las diferencias de opiniones.

Lo importante es que se tiene la idea de una serie de principios que preponderan sobre la ley humana, y ésta no puede violarlos. Las ideas religiosas basan esta serie de principios en una divinidad, en algo fuera de lo humano, y es el temor divino o quizá sea mejor decir religioso, lo que las hace construir su idea de la ley natural. Con algunas excepciones (Platón, Aristóteles) el pensamiento del derecho natural que recorre la época analizada es primordialmente religioso. Es un pensamiento que si bien protegió al hombre, lo hizo indirectamente. Así la teoría agustiniana es una teoría que tuvo sus miras en un cielo, pero también constituyó una defensa del hombre. El rey, el tirano o el dictador no podía crear las leyes con cualquier contenido, sino que tenía que amoldarse a los dos derechos superiores que lo antecedían.

A principios del siglo xvi, la problemática fue cambiada radicalmente. Los nuevos conceptos del derecho natural se bifurcaron en tres direcciones: a) la primera, representada por Vázquez, Althusius y Grocio. Podemos afirmar que es en cierta forma la prolongación de las ideas cristianas; b) la segunda postura tuvo como base las pasiones humanas para la elaboración de sus doctrinas. Los principales expositores fueron: Hobbes, Locke y Rousseau; c) la tercera rama es la representada primordialmente por Pufendorf y Wolff, quienes basaron su idea en la razón.

Vázquez de Menchaca estableció que los derechos naturales e inmutables tenían por fin alcanzar la felicidad humana, y que el contenido de ellos era la idea de libertad e igualdad. Lo importante de esta doctrina fue que su autor trató de aplicar la idea del derecho natural a los problemas sociales.

Althusius siguió en líneas generales al autor indicado en el párrafo anterior.

Grocio distinguió entre fuente inmediata y fuente mediata del derecho natural. Afirmó que la primera era la naturaleza misma del hombre, la cual lo compelia a vivir en sociedad, y señaló como fuente mediata a Dios. Pero dijo que aunque no existiera Dios, el derecho natural conservaría su vigencia, pues la recta razón humana (que es la naturaleza social) le señalaba lo bueno, lo que es acorde según nuestra naturaleza humana. Importante es poner de relieve que Grocio manifestó que el contenido concreto del derecho natural era deter-

minado por la historia, las sentencias judiciales, y por las obras de historiadores, filósofos, poetas y oradores.

Hobbes entendió que el derecho natural era libertad ilimitada y la utilización de todos los medios necesarios para salvar la existencia de los múltiples peligros que la asediaban. Todo era permitido —según el derecho natural— para protegerse uno mismo, valiéndose de sus fuerzas como mejor pudiera. Pero ello traía como consecuencia inevitable una vida de guerra, para lo cual entraba en juego la ley natural, que mostraba la ventaja de la paz y la facilidad de conservar la vida.

La razón acepta la ley natural como medio necesario —aunque no único— para lograr, en unión de las armas, la paz indispensable para la convivencia social de los hombres.

Pufendorf creyó que la razón era el instrumento por medio del cual se podía deducir la ley natural, y que se lograba a través de la contemplación de la naturaleza humana. La base de su especulación es que el hombre necesita vivir en sociedad, ya que Dios le ha concedido una naturaleza social. Pufendorf escribió que los fundamentos del derecho natural eran: amar a Dios y al prójimo.

Para Wolff el derecho natural está determinado por el perfeccionamiento del hombre y de la sociedad (ideas ya apuntadas anteriormente por Leibniz), de lo que se deduce que el postulado principal del derecho natural es aquel que ordena a los hombres realizar las obras que tienden a su perfeccionamiento, y alejarse de aquellas que lo separan de él, pero el derecho natural, también, nos compele a tratar de lograr —en cuanto podamos— el perfeccionamiento de los demás.

Wolff afirmó que la naturaleza humana es universal e inmutable, y apuntó que la ley natural es también universal e inmutable.

El siglo XIX marca nuevos derroteros en la evolución del derecho natural. Fichte señaló la existencia de un derecho originario que tienen todos los hombres: el derecho a la libertad individual, pero también afirmó que este derecho sólo se podía realizar dentro de la comunidad humana.

El pensamiento de Hegel significa un momento decisivo. Afirmó que el Estado es la voluntad suprema, y sobre la voluntad estatal no existe ningún ordenamiento ya que el Estado es soberano. Verdross dice: “El mérito de Hegel —como el del último Fichte— consiste en haber combatido la concepción individualista del derecho natural, colocando otra vez a la sociedad como punto central de la filosofía del derecho.”<sup>9</sup> Creemos que la afirmación del teórico alemán contemporáneo se debe a la idea sobre la libertad que sostenía Hegel; sin embargo en el filósofo alemán no cabe la idea del derecho natural.

Marx pensó que la idea de los derechos del hombre, como declaraciones, es

<sup>9</sup> Alfred Verdross, obra citada, p. 250.

una idea egoísta, por considerarla como una "mónada" y no como miembro de una sociedad.

Por positivismo se entiende la corriente filosófica que niega la existencia de un derecho natural.

Bergbohm, para impugnar la existencia del derecho natural adujo tres argumentos: 1) que la moral está condicionada por las costumbres de la comunidad y por el tiempo, 2) que el derecho vale únicamente en una época histórica concreta, y 3) que la idea del derecho positivo excluye la idea de cualquier otro derecho.

La corriente positivista alcanzó un desarrollo colosal. Toda la ciencia jurídica, cada una de sus ramas, se vio determinada por las nuevas ideas que proclamaban que sólo el derecho positivo tiene existencia. Podemos decir que fue la teoría de la soberanía del derecho positivo.

La historia de las ideas nos demuestra que toda teoría extrema provoca una reacción que —conforme a leyes físicas— siempre es de igual magnitud y en sentido contrario. Los iusnaturalistas enderezaron sus críticas al positivismo y crearon, basados en ideas ya expuestas, nuevas teorías, que se han bifurcado en diversas direcciones. Las dos guerras mundiales conmovieron al pensamiento e hicieron que las doctrinas actuales se inclinen por el iusnaturalismo, por la existencia de un derecho natural.

¿Adónde nos ha conducido la exposición sintética y rápida de la evolución del derecho natural? ¿Cuál ha sido la razón de la importancia que le hemos concedido al tema para abrir este paréntesis en la exposición de los derechos humanos?

Consideramos que encima del derecho positivo sí existe una serie de principios inviolables. Estos principios son la idea de libertad, dignidad e igualdad, principios que históricamente se han conquistado y que son parte preciosa del acervo cultural humano. Principios universales porque la historia de los pueblos coincide en su lucha por hacerlos objetivos. Libertad, dignidad e igualdad de los hombres como principios superiores contra los cuales no puede ir ningún ordenamiento jurídico, y ellos conforman y determinan una serie de derechos que según la nación y la época se manifiesta en derechos humanos. Pero, como todo hombre por el hecho de ser hombre, porque ha sido la causa por la cual peleó el hombre contra el opresor, y murieron millones de hombres; todo ser humano, ya sin importar ni el lugar y el tiempo, tiene derecho a exigir respeto por su calidad de hombre y ciudadano del mundo. Por esto la idea de los derechos humanos se internacionaliza.

Los derechos humanos se plasman porque el hombre sintiendo su esencia de ser libre luchó por ella, y ganó. Porque el hombre quiere vivir, y vivir, como tanto se ha afirmado, y ya hemos dicho, no quiere decir vivir una existencia biológica, sino vivir humanamente, con dignidad, con un mínimo de derechos asegurados frente al Estado y a la economía.

Si tuvimos que recorrer una serie de doctrinas, lo hicimos para llegar a una conclusión, la cual hemos asentado en parte, pues esos derechos ganados en la historia, no crean del hombre una “mónada”, como creyó Marx, sino que hacen del hombre una persona, hacen que el hombre aspire a superarse y logre dentro del marco social la realización de su finalidad. No de una finalidad aislada egoísta y pobre, sino de una finalidad social, de una finalidad, ya no sólo enmarcada en límites nacionales sino con una perspectiva más amplia: la realización de un destino, entre millones de destinos, como hombre y ciudadano de un mundo.

Sin lugar a dudas, la primera vez que en la historia se dio una declaración de derechos humanos fue en los Estados Unidos de Norteamérica, en el siglo xviii; sin embargo encontramos ciertos antecedentes, ellos no son muy claros —lo admitimos— pero interesa ver que desde épocas remotas se trató de asegurar un mínimo de derechos. Estos antecedentes, también, se diferencian de las declaraciones de derechos del siglo xviii, porque en los siglos xiii y posteriores, aunque son victorias de los hombres, no son expedidas por ellos mismos, sino por el rey, y con marcado tinte aristocrático.

La Carta Magna inglesa de 1215 contiene una serie de limitaciones al poder público. El artículo 48 fue redactado así: “Nadie podrá ser arrestado, aprisionado, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según las leyes del país.” El precepto estableció la garantía de ser juzgado por sus iguales (pares) lo cual trajo consigo una ventaja inmensa. Se rompió el poder del rey como juez y podemos afirmar que fue una descentralización del poder judicial.

En 1394 reinaba en Castilla Don Pedro, quien dio el Fuero Viejo de Castilla. El sabor aristocrático del ordenamiento es evidente, pero contiene una serie de derechos interesantes. Este código tiene una preocupación fundamental: reglamentar los derechos y obligaciones de los “fijodalgos”. Establecía el derecho de audiencia: “ningún fijodalgo non debe tomar conducho en lo del Rey, nin en lo del abadengo, que es tanto como lo del Rey e si lo tomare, aquel a quien lo tomare deve ser oído, maguer non venga con Merino nin con Jues, ni con Mayordomo. . .”<sup>10</sup> También admitió preceptos como los que reconocían el derecho a la vida, a la integridad corporal, y a la inviolabilidad del domicilio.<sup>11</sup>

En 1689, en Inglaterra, se dictó una ley de derechos individuales. Contiene trece artículos: libertad de conciencia para los protestantes, libertad en la elección de los miembros del parlamento, prohibición expresa al rey para realizar actos contra derecho, para suspender o dispensar la ejecución de las leyes, emitir moneda o mantener ejércitos dentro de la nación en tiempo de paz.

Sin embargo, la primera vez que se anuncian como declaración de derechos del hombre, es decir en forma de catálogo, se encuentra en las constituciones de

<sup>10</sup> *Los Códigos Españoles*, tomo 1, Madrid, 1872, p. 259.

<sup>11</sup> *Los Códigos Españoles*, obra citada, pp. 261, 266 y 276.

las colonias norteamericanas: las de Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte de 1776, la de Vermont de 1777, la de Massachusetts de 1780, la de New Hampshire de 1783, pero la primera de todas las constituciones norteamericanas que incluyó una declaración de derechos, fue la del Estado de Virginia, cuyo congreso celebró sesiones del 6 de mayo al 29 de junio de 1776. Esta constitución contuvo un preámbulo intitulado *Bill of Rights*, y se declaró que esos derechos eran la base y fundamento del gobierno.

Los derechos consagrados por la Constitución de Virginia fueron: que todos los hombres son libres e iguales y tienen derecho al goce de la vida, a la felicidad y a la seguridad; que en el pueblo reside todo poder; que la finalidad del gobierno es el beneficio común y deber suyo es proporcionar felicidad y seguridad, y si no lo logra, la comunidad tiene el derecho de modificar su gobierno; que ningún hombre tiene derecho a recibir privilegios exclusivos de la comunidad; que los poderes deben funcionar por separado; que las elecciones deben ser libres y los hombres tienen el derecho de sufragio, siempre y cuando se interesen por la comunidad; que la expropiación de bienes por utilidad pública, sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento del afectado; que todo hombre tiene determinadas garantías en los procesos criminales, y las enumera; que no deben imponerse ni castigos crueles ni fianzas y multas excesivas; que a nadie se le puede detener si el delito no está determinado y basado en pruebas; que las controversias sobre propiedad deben ser resueltas por jurado popular; que la libertad de prensa es uno de los bastiones de la libertad y por ningún motivo se puede restringir; que en tiempos de paz no debe existir ejército y si lo hubiere debe estar subordinado al poder civil; que en un mismo territorio debe haber un solo gobierno y no varios; que al pueblo sólo se le asegura su libertad “mediante la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales”, y que cada hombre puede libremente escoger su religión.<sup>12</sup>

Como claramente se ve, la declaración de derechos de Virginia es amplia y como ya asentamos tiene el honor de ser la primera en su género, y en ella se basaron directa o indirectamente las posteriores declaraciones de derechos.

El 9 de julio de 1789 nació en Francia la idea de redactar una constitución que tendría como preámbulo una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Dos días después, Lafayette señaló la utilidad de una declaración de derechos: ellos recordarían a los hombres los sentimientos innatos que se tienen grabados en el corazón, y pensó que para amar la libertad, bastaba con conocerla.

Los proyectos para la mencionada declaración fueron numerosos: Lafayette, Sieyès, Mounier, Targert, Servan, Crènière, Thouret, Desmeuniers. D’Avaray,

<sup>12</sup> Jorge Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, 1908, pp. 233-238.

Rabaud de Saint-Etienne, Gouges-Cartou, el comité de los 5 (Desmeuniers, el obispo de Langres, Tronchet, Mirabeau y Rhédon) Laborde, Virieu, Volney y algunos otros que propusieron proyectos de artículos como D'André, Camus, Boislandry, etcétera.

La declaración francesa, en cierta manera, se inspiró en las declaraciones norteamericanas. Catorce veces se aludió a ellas en el debate francés.

El 17 de agosto Mirabeau leyó el proyecto del comité de los 5, que contenía 19 artículos, el cual fue la base sobre la cual se basó la redacción final de la Declaración de 1789.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 contiene una exposición de motivos; en parte de ella se lee: "...considerando que la ignorancia, el olvido, el menosprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre..." La tesis de esta exposición de motivos está inspirada en el fondo por las ideas de Rousseau: el hombre por naturaleza es bueno. Se creyó, ingenuamente, que con exponer las ideas, éstas se cumplirían. Se estaba viviendo la época liberal-burguesa de marcado tinte individualista. Hoy vivimos una época aún burguesa pero matizada con ideas sociales. La declaración de que nos estamos ocupando contiene 17 artículos: afirmación de que los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, que la soberanía reside esencialmente en la nación, que el límite de la libertad individual es la libertad de los demás miembros de la sociedad, que se puede hacer todo lo no prohibido por la ley, que la ley debe ser la misma para todos, que los hombres sólo podrán ser detenidos o procesados en los casos y con las formalidades que la ley establece, se consigné el principio de que no se puede imponer ninguna pena si no existe una ley anteriormente establecida, garantizó la libertad de expresión, de escritura y de imprenta, estableció el principio de que todo hombre debe ser considerado inocente hasta que se le declare culpable. Se manifestó una obligación: contribuir a los gastos públicos. De singular importancia es el artículo 16, que asentó: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución." Este artículo elevó a nivel supremo el principio de la división de poderes, sin él la nación podía tener una constitución física: el conjunto de relaciones podía tener una constitución física: el conjunto de relaciones que necesariamente se llevan a cabo en toda comunidad, pero sin poseer una constitución jurídica: las normas que tienen por objeto asegurar la libertad, la libertad para y por la libertad.

La declaración recibió un torrente de críticas, pero entre las más acres, se encuentra la de Edmundo Burke, quien se manifestó en contra de los principios

abstractos y abogó por principios concretos, claros y precisos. Paine se encargó de refutar a Burke, la idea que late en todo el libro se halla en la introducción escrita por Brailsford que comienza con la célebre frase de Franklin: "Donde hay libertad, allí está mi patria."

La declaración francesa de 21 de junio de 1793 es mucho más explícita y generosa que su antecesora. Los más importantes y novedosos preceptos, no contenidos en la declaración de 1789 son: que el fin de la sociedad es la felicidad común, que la ley debe proteger al hombre contra la tiranía de los gobernantes, que nadie puede ser declarado culpable sino después de haber sido oído, que la aplicación retroactiva de las leyes es un crimen, que el hombre no es una cosa que pueda venderse, que el Estado tiene el deber de poner los medios necesarios para que todos reciban enseñanza, que la soberanía radica en el pueblo, que las funciones públicas no son distinciones ni recompensas, sino deberes. Dos artículos nos parecen de especial interés: el 23 y el 33. En el primero de ellos se dice: "La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y conservación de su derecho. Esta garantía se apoya en la soberanía nacional." Este artículo es un precedente de las declaraciones sociales, pues trata de que cada hombre goce de todos sus derechos, y lo impone como una obligación social, y como en la misma declaración se estableció que el fin de la sociedad es la felicidad común, si somos consecuentes con las ideas, ningún hombre es feliz ni libre, si es explotado y no se reconoce su dignidad. He aquí por qué las ideas fracasaron y no lograron su cometido. La declaración fue importante: trató de detener una de las reglas de la historia, proveniente desde la antigüedad, y expresada por uno de los más ilustres sofistas: el pez grande se come al pequeño.

El artículo 33 expresó: "La resistencia a la opresión es la consecuencia de los derechos del hombre", y es "el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes" cuando se violan los derechos del pueblo.<sup>13</sup> Este precepto consigna como derecho y deber el que el hombre vigile que sus derechos sean cumplidos; si esos derechos no se cumplieren, nace el deber de destruir la situación tiránica que ahoga al individuo.

Mucho se ha discutido si las primeras declaraciones de derechos del hombre fueron las francesas. Creemos que sólo puede considerárselas las primeras desde el punto de vista del sentido universal que tuvieron. Algunos autores arguyen que las declaraciones norteamericanas no fueron tales, porque en un país donde millones de hombres eran esclavos, no podía existir libertad. Este argumento no nos convence, pues hay que recordar la situación de Grecia en su época de oro: democracia, igualdad y libertad para los ciudadanos, con negación de todo derecho para los esclavos.

Históricamente las primeras declaraciones de derechos sí son las norteameri-

<sup>13</sup> José María Gamboa, *Leyes Constitucionales de México*, México, 1901, pp. 138-143.

canas, por haber reconocido los derechos que el hombre por el solo hecho de ser hombre, posee, y que en lenguaje jurídico se dice: todo hombre es persona: es decir, es titular de derechos y obligaciones.

El constitucionalista Sánchez Viamonte, en forma elegante, expone las diferencias entre una declaración y otra: "El sistema sajón de catalogar derechos tenía una finalidad práctica, inmediata y durable, que consistía en oponer la autoridad de la ley a la autoridad de los hombres. La mística democrática de los franceses tenía una finalidad trascendente, ideal, metafísica, que abarca todos los aspectos de la posible perfección humana... La actitud francesa es moral y hasta religiosa. Para los norteamericanos, los derechos del hombre eran un código; para los franceses un decálogo. Los norteamericanos, como los ingleses, se proyectaban hacia atrás, hacia el pasado, para rectificarlo o corregirlo; los franceses se proyectaban hacia adelante, hacia el futuro para construirlo. Por eso es tan diferente el tono emocional de las dos declaraciones y sus términos tan parecidos."<sup>14</sup>

La declaración de los derechos del hombre, como otras tantas ideas, se ha internacionalizado. Varias veces se han dado declaraciones con carácter internacional. La idea de que el Estado tiene el deber de reconocer a todo hombre una serie de derechos, es idea que no se discute. La Organización de las Naciones Unidas reconoce a todo hombre esta serie de derechos. El problema es que como en 1791 y 1793, el poder, cuando así lo decide, pasa sobre estos derechos sin que lo detenga la reglamentación jurídica.

La mayor prueba, la más objetiva de que no se respetan estos derechos, es el estado de intranquilidad en que vive el mundo, es la serie de movimientos que acaecen en América, África, y Asia, con relativa frecuencia. El historiador del mañana describirá el siglo xx como un siglo de injusticias, a pesar de los esfuerzos teóricos para alcanzar una vida de dignidad para el hombre. En esto coincidimos con la última década del siglo xviii.

La declaración de derechos sociales —una de las especies dentro de los derechos humanos— tiene una historia reciente. Imposible fue en 1789 pensar en limitar la economía. Entonces se pensaba que tanto para el interés social como para el individual, lo mejor era dejar que las fuerzas económicas se desarrollaran libremente. El resumen de todas estas teorías es la frase: "Dejar hacer, dejar pasar."

La historia de la declaración de los derechos sociales ya la hemos narrado; al referirnos a los debates sobre los artículos 27 y 123, asentamos los momentos de los cuales nació una nueva forma de considerar los preceptos constitucionales. Después de nuestra declaración de derechos sociales, la Constitución de Weimar de 1919 incluyó entre sus disposiciones una declaración de derechos sociales.

Después de haber recorrido en forma breve la historia de los derechos huma-

<sup>14</sup> Carlos Sánchez Viamonte, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, México, 1956, p. 17.

nos, cúmplenos asomarnos al derecho mexicano para contemplar cuál ha sido su desarrollo y cuáles son los derechos humanos que la Constitución de 1917 reconoce, cuál es su contenido, su clasificación y su alcance.

El año de 1810 es fecha pletórica de significación para los mexicanos. El cura de Dolores había removido las conciencias e iniciado nuestro movimiento insurgente. Hidalgo no se preocupó por redactar un documento, en el cual justificara o manifestara las causas de la independencia. Rayón sí se preocupó por estructurar constitucionalmente al país. Redactó un proyecto de constitución donde encontramos diseminados varios derechos del hombre, se abolía la esclavitud, se establecía la libertad de imprenta, pero con restricciones, se suprimía el tormento, y se instituía la ley inglesa del *habeas corpus*. El proyecto de Rayón influyó en la redacción del Decreto Constitucional de Apatzingán del 22 de octubre de 1814.

La Constitución de Apatzingán es para su época una Norma Fundamental avanzada. Y respecto a nuestro tema contiene toda una enumeración de derechos individuales, que agrupó en su capítulo V, de los artículos 24 a 40, con el título "De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos".

El artículo 24 dice: "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas." Los artículos 25 y 26 establecen el principio de igualdad. Los artículos 21, 22, 23, 27, 28, 29, y 30 y 31 otorgan las garantías de seguridad jurídica que incluyen la garantía social, garantía de audiencia, de libertad física y de legalidad. Los artículos 34 y 35 fijan la garantía de propiedad y los artículos 37, 38, 39 y 40, señalan los derechos de libertad.

Sobre la importancia que tiene la constitución a que nos venimos refiriendo, recurrimos al pensamiento del maestro Alfonso Noriega, quien afirma: "el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814, fue el primer documento constitucional en nuestra patria, que organizó el Estado Mexicano, sobre la base del individualismo; el primero (en México) en formular un catálogo de derechos del hombre, fundados deliberadamente en una tesis individualista —democrática— liberal y el primero en postular la esencia misma del sistema".<sup>15</sup>

En el reglamento político del primer imperio mexicano encontramos una serie de derechos: el de libertad, propiedad, seguridad e igualdad legal, inviolabilidad de la casa, que nadie puede ser preso ni arrestado sino con orden judicial, expropiación de la propiedad por interés común, pero con la debida indemnización, libertad de pensamiento, prohibición del uso del tormento y de la confiscación de bienes.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Alfonso Noriega Jr., "Los Derechos del Hombre en la Constitución de 1814" en *El Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, 1964, p. 421.

<sup>16</sup> Felipe Tena Ramírez, obra citada, pp. 127 y 139.

En el Acta Constitutiva de 1824 se hallan asentados varios principios: libertad de imprenta, justicia expedita, prohibición de ley retroactiva, y leyes y tribunales anteriores a la acción o la omisión tipificada. El artículo 30 del acta estableció: “La nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.”

La Constitución de 1824 no contuvo una declaración de los derechos del hombre; todo lo que encontramos en ella es la sección séptima del título quinto, que se intitula: “Reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y territorios de la federación la administración de justicia”, en este apartado se prohíbe la pena de confiscación de bienes, se prohíbe la aplicación de ley retroactiva, se prohíben los tormentos, se prohíbe el registro de casas, papeles y otros efectos salvo los casos que la misma ley señala. Como la Constitución de 1824 no contuvo una declaración de derechos, algunos autores dicen que la primera declaración de derechos en México fue en 1836, otros aun piensan que en 1857.

Se olvidan de la Constitución de Apatzingán, y de otro dato importante. Las constituciones de Oaxaca y Jalisco contuvieron declaraciones que son completas. La Constitución del estado de Oaxaca fue promulgada el 10 de enero de 1825. Su artículo 7º estableció: “El Estado está obligado a conservar y proteger por leyes sabias y justas, la igualdad, libertad, propiedad y, seguridad de todos los individuos que lo componen, y de todo hombre que habita en él, aunque sea extranjero, y en clase de transeúnte. Por tanto, prohíbe que se introduzcan esclavos en su territorio: se encarga de libertar a los que actualmente existan en él, indemnizando previamente a los propietarios; y declara libres a los hijos que nacieren de aquéllos, desde el día en que sea publicada esta constitución en la capital.” El artículo 9º es de singular importancia: “Los derechos civiles de los oaxaqueños que se les garantizan por esta constitución son:

Primero. La libertad individual y seguridad personal.

Segundo. La libertad de imprenta.

Tercero. El derecho de propiedad.

Cuarto. La igualdad ante la ley.

Quinto. El derecho de petición.

Sexto. El derecho de ser gobernados por la constitución y leyes que sean conformes con ellas.”

El artículo décimo complementa el anterior, al declarar: “En consecuencia de estos derechos, ningún oaxaqueño podrá ser aprisionado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por las leyes, y en la forma que ellas prescriban...” Los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 26 establecen derechos que en parte se pueden derivar del artículo noveno: las casas no pueden ser allanadas, no se puede secuestrar ni examinar libros, papeles, epístolas sino en los casos expresamente determinados por la ley; libertad de disponer

de los bienes, libertad de trabajo, expropiación en caso de “necesidad pública o de utilidad común” con justa y previa indemnización, abolición de la confiscación de bienes, declaración de la igualdad ante la ley, la abolición de distinciones, y privilegios hereditarios, derecho de reclamar la observancia de la ley, y el derecho de sufragio para los oaxaqueños.<sup>17</sup>

La primera ley constitucional de 1836, en su artículo segundo, expresamente declaró: “son derechos del mexicano”, y consignó: sólo mediante orden judicial se podrá poner preso a un hombre; a la autoridad política no le era dable detener a nadie más de tres días, sin ponerlo a disposición de la autoridad judicial y a ésta no le era posible detenerlo por más de diez días sin dictar auto motivado de prisión; el derecho de propiedad y un procedimiento para la expropiación; prohibición de catear casas y papeles, salvo los casos expresamente indicados por la ley; el principio de legalidad; el libre tránsito; libertad de imprenta. Y en el artículo 8º se garantizó el derecho activo y pasivo de voto.

En 1842, la idea de una declaración de derechos del hombre ya ha evolucionado notablemente, es más, podemos afirmar que la idea se ha completado. Son verdaderas y completas declaraciones las que contienen tanto el proyecto de constitución de la mayoría, como el proyecto de la minoría. Son el antecedente inmediato de la declaración de 1857, en especial el proyecto de la minoría.

En el proyecto de la mayoría los derechos del hombre se intitularon “Garantías individuales”, y estaban consignadas en el artículo séptimo que cuenta con quince fracciones.

El proyecto de la minoría en la parte respectiva, se denominó: “De los derechos individuales”, y fue sumamente explícito.

Las bases orgánicas de la república mexicana de 1843 también contuvieron una detallada declaración de derechos.

El Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847 no incluyó una declaración de derechos, esto nos lo podemos explicar, ya que sólo fue un acta de reformas a la Constitución de 1824; sin embargo lo curioso es que estipuló en su artículo quinto que la enumeración de los derechos del hombre se haría en una ley ordinaria.

El 23 de mayo de 1856, Comonfort expidió el Estatuto Orgánico Provisional; en él volvemos a encontrar una completa declaración de derechos.

Acerca de la altura y brillo que revistieron los debates del Constituyente 1856-57 se ha escrito mucho. Los discursos sobresalientes en la mitad del siglo pasado fueron los referentes a los derechos del hombre, pero no hay que olvidar que en 1856 la idea de los derechos del hombre, ya había triunfado. El mérito en 1856 a este respecto es que afinó y pulió las ideas.

<sup>17</sup> Gustavo Pérez Jiménez, *Las Constituciones del Estado de Oaxaca*, Oaxaca, 1959, pp. 70-74.

Uno de los puntos debatidos con más calor fue el referente a la libertad de imprenta. Los discursos, al referirse a este tema, son poéticos: "Si se proclama la libertad de imprenta, ¿para qué cortar al águila sus alas cuando se va a remontar a las nubes? ¿Para qué inventar ligaduras en vez de garantías? ¿Para qué poner al lado de cada derecho una especie de alguacil que lo vigile, lo espíe y lo martirice?"

Sin lugar a dudas, la declaración de derechos el hombre de 1857 está basada en el pensamiento francés del siglo XVIII.

Mario de la Cueva señala y analiza en un ensayo los derechos del hombre en nuestra constitución de mediados del siglo pasado. Nos basamos en el pensamiento del maestro para enumerar los derechos mencionados, que se pueden clasificar en seis grandes grupos, derechos de: 1) igualdad, 2) libertad personal, 3) seguridad personal, 4) libertades de los grupos sociales, 5) libertad política y 6) seguridad jurídica.

Los derechos de igualdad fueron: *a)* todos los hombres son iguales por nacimiento, *b)* abolición de la esclavitud, *c)* desconocimiento de los títulos de nobleza y de las prerrogativas u honores hereditarios, *d)* prohibición de leyes privativas a favor o en contra de algún individuo, y de tribunales especiales y honorarios si no eran en compensación a un servicio público.

Los derechos de la libertad personal se subdividieron en libertades del espíritu y libertades generales de la persona.

Las libertades del espíritu fueron: *a)* de pensamiento, *b)* imprenta, *c)* conciencia, *d)* cultos, y *e)* enseñanza.

Las libertades generales de la persona fueron: *a)* libre tránsito interno y externo, y *b)* portación de armas para la legítima defensa.

Los derechos de seguridad personal fueron: *a)* inviolabilidad del domicilio, y *b)* inviolabilidad de la correspondencia.

Los derechos de las libertades de los grupos sociales fueron: *a)* de reunión y *b)* de asociación.

Los derechos de la libertad política fueron: *a)* libertad de reunión con finalidad política y *b)* libertad de manifestación pública.

Los derechos de seguridad jurídica fueron: *a)* prohibición de la aplicación retroactiva de la ley, *b)* principio de autoridad competente, *c)* el derecho de petición, *d)* la inviolabilidad del domicilio y papeles a menos de disposición judicial, *e)* la fundamentación y motivación que de toda causa legal debe hacer el órgano jurisdiccional, *f)* buena administración de justicia, *g)* el principio de legalidad, de audiencia y de debido procedimiento legal, *h)* abolición de cárcel por deudas civiles, *i)* prisión sólo para los delitos que merezcan pena corporal, *j)* auto motivado de prisión en un término no mayor de 72 horas, *k)* prohibición de malos tratos y gabela, *l)* prohibición de prolongar la ergástula por insolvencia para pagar honorarios, *m)* prohibición de penas infamantes o trascendentes, *n)* abolición de la pena de muerte salvo en los casos señalados por la

constitución, ñ) garantías en los procesos criminales, y, o) jurados populares para delitos penales.<sup>18</sup>

Conocidos los derechos de nuestra Constitución de 1857 reconoció no sólo a los mexicanos, sino a todo hombre, pues su sentido fue universal, afirmamos que fue una de las más amplias y generosas declaraciones del siglo XIX.

Antes de emprender el estudio de este tema en nuestra constitución vigente, enunciamos dos criterios clasificadores: el de Jacques Maritain y el de Linares Quintana, ya que van a ser instrumentos que utilizaremos para precisar el alcance y contenido de nuestro título primero, capítulo primero, en la Constitución de Querétaro.

Maritain divide los derechos humanos en tres grandes grupos, derechos: 1) de la persona humana, 2) de la persona cívica y 3) de la persona social.

Los derechos de la persona humana son: a la existencia, a la libertad personal o sea dirigir su propia vida como señor de sí mismo y de todos sus actos, a perseguir la perfección de la vida humana, racional y moral, a perseguir la vida eterna; derechos religiosos y familiares, a la integridad corporal y a la propiedad.

Los derechos de la persona cívica son: la igualdad administrativa. Estos derechos se traducen en la existencia de seguridad, porque estos derechos deben ser respetados dentro del Estado y son: el derecho de apelar, derecho a ocupar empleos públicos, derecho de sufragio, derecho del pueblo a darse una constitución y decidir su forma de gobierno, derecho de asociación, de libre expresión, de discusión y derechos judiciales.

Dentro de los derechos de la persona social encontramos los derechos de los productores, los consumidores, los técnicos, etcétera, pero de éstos afirma Maritain, con toda razón que los más importantes son los de los trabajadores. Y los derechos de toda persona social son: escoger libremente trabajo, agrupación, justo salario, seguros de enfermedad y vejez, derechos a los bienes materiales y espirituales, y derecho a ser tratado como una persona mayor.

Linares Quintana divide los derechos humanos en 5 grupos: libertad civil, libertad patrimonial, libertad social, seguridad jurídica y la garantía de la libertad.

Los derechos de la libertad civil los divide en dos grupos: los de libertad corporal y los de libertad intelectual.

Los derechos de libertad corporal los subdivide en libertad física y libertad de locomoción y domicilio.

Los derechos de libertad física son: libertad de vivir, integridad física y de defensa propia.

Los derechos de libertad de locomoción y domicilio son: derecho a la inmigración y a establecer el domicilio donde se desee.

<sup>18</sup> Mario de la Cueva, "La Constitución de 5 de febrero de 1857", en *El Constitucionalismo a Medios del siglo XIX*, tomo II, México 1957, pp. 1284-1305.

Los derechos de libertad intelectual son: libertad de expresión, prensa, religión, enseñanza, petición, reunión, asociación e intimidad o secreto. Este último lo subdivide en inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad de la correspondencia.

El segundo grupo de derechos es el de la libertad patrimonial, y lo divide en: libertad de propiedad económica, fiscal, contractual, industrial y comercial. Los derechos de libertad económica los subdivide en derechos de: organización y explotación de la riqueza, propiedad minera y de fuentes naturales de energía, servicios públicos, privilegios, franquicias y recompensas, el régimen bancario y el régimen agrario.

El tercer grupo está constituido por los derechos de libertad social, subdivididos a su vez en: derechos de la libertad de trabajo y de la libertad familiar.

Las libertades de trabajo son: trabajar para obtener una retribución justa, para la capacitación laboral, para exigir condiciones dignas de trabajo, para establecer la preveración de la salud, de bienestar, de seguridad social, respecto a la protección familiar, de mejoramiento económico, de defensa de los intereses profesionales, y de huelga.

Las libertades familiares son: matrimonio, igualdad de los cónyuges y patria potestad, economía familiar, asistencia a la madre y al niño, y seguridad en la ancianidad.

El cuarto grupo está formado por los derechos de seguridad jurídica, y éstos son: irretroactividad de la ley, juicio previo, inviolabilidad de la defensa, juez natural, invalidez de la declaración contra sí mismo si ha sido mediante tormentos, drogas, etcétera, prohibición de la interpretación analógica y extensiva de la ley penal; régimen carcelario e imperseguibilidad de los delitos políticos.

El quinto grupo es la garantía de la libertad, que es el amparo jurisdiccional.<sup>19</sup>

Los derechos del hombre y del ciudadano en la Constitución Mexicana de 1917 están reconocidos en el capítulo primero, del título primero, que se denomina “De las Garantías Individuales”. Como el mismo capítulo (sección I) en la Constitución de 1857 fue titulado “De los derechos del hombre”, autores prestigiados se han dedicado a estudiar las diferencias existentes entre las dos declaraciones de derechos. Otros autores piensan que el problema es únicamente terminológico y que las dos declaraciones coinciden.

La idea de intitular “garantías individuales” a ese capítulo no fue una innovación de Carranza. En 1842, el proyecto de la mayoría, en el lugar respectivo, llevaba por título el de garantías individuales, y en el proyecto de la minoría, de ese mismo año, aunque su sección segunda se intituló “De los derechos individuales”, el artículo quinto decía: “La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías,” O sea, se hizo una declaración genérica, amplia,

<sup>19</sup> S. Linares Quintana, obra citada; la exposición de estos derechos se encuentra en los tomos: III, IV y V.

de que la Norma Fundamental reconocía la existencia de los derechos del hombre, pero como la simple declaración genérica se prestaría a dudas de cuáles son los derechos del hombre reconocidos, la constitución hizo la enumeración de esos derechos y dio la medida de ellos. Y esta medida es lo que son las garantías individuales. Puede existir un derecho del hombre generalmente aceptado, pero por circunstancias de lugar y tiempo, y por su devenir histórico, un país aunque lo reconoce como derecho del hombre, no lo otorga como garantía a los hombres que habiten o se encuentren en su territorio.

El proyecto de constitución de septiembre de 1842 (tercero en ese año) también denominó a este título "Garantías Individuales". Esta idea apuntada, la garantía como medida de los derechos del hombre, ya no se pierde en el derecho mexicano. El acta de reformas de 1847 estableció: "Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, y propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivas."

El estatuto orgánico provisional de la república mexicana de 1856 intituló a esa sección, entonces quinta: "Garantías Individuales."

El artículo primero de la Constitución de 1857 decía: "El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."

Aunque en 1857 esa sección fue denominada "De los derechos del hombre", como ya hemos asentado, creemos que la idea que palpita en el artículo primero, es la misma que en 1842 y años siguientes: Existen derechos del hombre que el pueblo mexicano reconoce, pero este mismo pueblo, al darse su constitución establece cuáles y en qué medida, la Norma de Normas va a otorgar ya en garantías esos derechos que anteriormente ha reconocido, y por esto es que ordena a las autoridades respetar y proteger los derechos que la constitución reconoció.

Afirmamos que la idea del artículo primero en 1857 es clara: reconocimiento de los derechos del hombre y otorgamiento de garantías en la medida que el pueblo lo juzgue prudente.

Y esta tesis no es nueva. José María Lozano, en 1876, publicó su libro, en el cual plasmó sus ideales al respecto. Y bueno es recordar que este autor fue el principal exégeta de la Constitución de 1857 en lo relativo a este tema. Lozano escribió: "en nuestro concepto, los artículos 2 a 29 de la primera, no contienen la enumeración o inventario de los derechos del hombre. La Constitución no los designa ni los enumera, anuncia simplemente que ellos son la base y objeto de las instituciones sociales, y en consecuencia, que las leyes y las autoridades deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución. De esto, inferimos que los artículos 2 a 29 de la sección primera no designan los derechos del hombre, sino las garantías que la misma Constitución acuerda

para hacer efectivos aquéllos. La Constitución establece las garantías para el libre ejercicio de los derechos del hombre.”<sup>20</sup>

El artículo 29 de la Constitución de 1857 establecía la suspensión de las garantías otorgadas en la propia constitución, en ciertos casos y con el procedimiento descrito en el propio artículo. Pensamos que este precepto viene a corroborar nuestra tesis: los derechos del hombre no se pueden suspender puesto que la constitución únicamente los ha reconocido; pero cuando la patria pelagra, la constitución señala que por tiempo limitado, y con carácter general, las garantías que ella otorga sí se pueden suspender.

En el artículo primero de la Constitución de 1917 se lee: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Se ha querido ver en la redacción de nuestro actual artículo primero constitucional un cambio de ideas respecto a 1857. Sin embargo, creemos que en el fondo la idea de este artículo es la misma que en 1857, con una diferencia: nuestra actual Norma fundamental ya no expresó la fuente de las garantías que otorga, sino que omitió este aspecto. Pero que la fuente de nuestras garantías individuales es, como en 1842, 1843 y 1857, la idea de los derechos del hombre, es indudable. Para confirmar la tesis basta observar la similitud que hay en los contenidos de las declaraciones de 1857 y 1917.

Además, en el Congreso Constituyente de 1916-17 no se negó la idea de los derechos del hombre. Su concepción, aunque evolucionada, es la misma que ya la teoría y práctica constitucional mexicana habían aceptado. Para confirmar nuestra aseveración, bástenos enterarnos de uno de los discursos de Múgica, quien dijo: “la Comisión juzgará que esas adiciones que se le hicieron al artículo son las que pueden ponerse entre las garantías individuales que tienden a la conservación de los derechos naturales del hombre. . . tomó la Comisión lo que creyó más conveniente bajo el criterio de que en los derechos del hombre deben ponerse partes declarativas, o al menos, aquellas cosas que por necesidad social del tiempo vinieren a constituir ya una garantía de los derechos del hombre.”<sup>21</sup>

Macías, en un multicitado discurso, manifestó: “Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales.”

A pesar de toda nuestra doctrina constitucional, hay autores que siguen pensando que el contenido de los artículos primero a veintiocho son derechos del hombre y no garantías. Como argumento en contra afirmamos que el derecho a la vida es un derecho pleno, que nadie tiene la facultad de privar de la vida a

<sup>20</sup> José María Lozano, *Tratado de los Derechos del Hombre*, México, 1876, pp. 592-593.

<sup>21</sup> *Diario de los Debates*, tomo 1, pp. 1048 y 1058.

un ser humano; sin embargo, la constitución sólo otorga este derecho en cierta medida. La constitución permite en ciertos casos la privación de la vida, es decir que sólo en cierta medida otorgó el derecho natural a la vida, que reconoce como un derecho humano.

La doctrina extranjera confirma la tesis de que las garantías individuales son la medida de los derechos del hombre. El argentino Joaquín V. González afirma que derechos son “los que corresponden a todo hombre en su calidad de tal y que la Constitución reconoce”, y que las garantías son “todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo argentino, y a todos los hombres, de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo”.<sup>22</sup>

La idea es que la garantía trata de asegurar en forma efectiva el ejercicio de los derechos del hombre.

Si hemos afirmado que en el derecho mexicano, y creemos haberlo demostrado, la idea de garantía no es nueva, en el derecho comparado también es un concepto ya acabado. En 1818, Daunou publicó su libro *Ensayo sobre las garantías individuales*, donde las define, y su definición es acorde con la tesis que hemos asentado. En 1838, Cherbuliez se ocupó del tema en el libro *Théorie des garanties constitutionnelles*, y lo trató con amplitud.

La idea terminológica de hablar de garantías individuales y no de derechos del hombre triunfó en el Constituyente de Querétaro. Así, por ejemplo, en la discusión del artículo sobre enseñanza se habló cuatro veces de los derechos del hombre (tomo 1, páginas 675, 678, 692 y 712) y de las garantías individuales se habló 15 veces (tomo 1, páginas 652, 690, 701, 702, 706, 708, 710, 736, 745, 747, 753, 758, 763, 764 y 771).

*Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas.*

La declaración de derechos humanos que contiene la Constitución Mexicana de 1917 es amplia: abarca más de 80 principios sobre los derechos humanos; su clasificación únicamente se justifica por razones didácticas. No existe ningún derecho que correlativamente no tenga una obligación. No existe ninguna garantía individual que no esté a continuación constreñida por una obligación individual, como tampoco existe una garantía social sin su correlativa obligación social.

Hemos afirmado que los derechos humanos, históricamente, están comprendidos en dos declaraciones, que tienen una misma finalidad: proteger al hombre. Hablar de los derechos del hombre y del ciudadano, sólo tiene sentido si se encuadran esos derechos dentro del marco social. Por esto la frontera entre una declaración y la otra no es nítida.

22 S. Linares Quintana, obra citada, tomo v, p. 331

Hay garantías individuales que es difícil encuadrar dentro de una subclasificación, pues perfectamente se les puede colocar en dos o más subclasificaciones. Pero lo que complica la situación es que existen determinadas garantías que es imposible clasificar por su naturaleza intrínseca; más que derechos son obligaciones, y están colocadas en la sección I del título primero de la constitución; pero la dificultad no es sólo formal sino de contenido; a pesar de ser obligaciones, son derechos en el sentido de que al cumplirse la obligación, redundan en beneficio directo de la persona que se coloca en el supuesto. Más aún, por el hecho biológico de vivir —en un caso— se tiene principalmente la obligación que puede convertirse en derecho. A estas nociones las hemos denominado derechos de naturaleza mixta.

Repetimos que los derechos humanos están conformados por dos grandes declaraciones: I) La declaración de los derechos del hombre como individuo, y II) La declaración de los derechos del hombre como integrante de un grupo social.

La declaración de derechos del hombre como individuo se divide en tres grandes partes: los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.

En la constitución de 1917, las garantías de igualdad son: 1) Todo individuo goza de las garantías que otorga la constitución (artículo 1), 2) Prohibición de la esclavitud (artículo 2), 3) Igualdad de derechos sin distinción de razas, sectas, grupos o sexos (artículo 3), 4) Prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios (artículo 12), 5) Prohibición de fueros (artículo 13), 6) Prohibición a procesar por leyes privativas o tribunales especiales (artículo 13).

Las garantías de libertad se dividen en tres grupos: *a*) Las libertades de la persona humana, *b*) Las libertades de la persona cívica, y *c*) Las libertades de la persona social.

Las libertades de la persona humana se subdividen en libertades físicas y libertades del espíritu.

Las libertades de la persona humana en el aspecto físico son: 1) Libertad de trabajo (artículo 4). 2) Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, si no es por resolución judicial (artículo 4). 3) Nulidad de los pactos contra la dignidad humana (artículo 5). 4) Posesión de armas en el domicilio y su portación en los supuestos que fije la ley (artículo 10). 5) Libertad de locomoción interna y externa del país (artículo 11). 6) Abolición de la pena de muerte salvo en los casos expresamente consignados en la constitución (artículo 22).

Las libertades de la persona humana en el aspecto espiritual son: 1) Libertad de pensamiento (artículo 6). 2) Libertad de imprenta (artículo 7). 3) Libertad de conciencia (artículo 24). 4) Libertad de cultos (artículo 24). 5) Libertad de intimidad, que comprende dos aspectos: inviolabilidad de la correspondencia (artículo 25) e inviolabilidad del domicilio (artículos 16 y 26).

Las garantías de la persona cívica son: 1) Reunión con fin político (artículo 9). 2) Manifestación pública para presentar a la autoridad una petición o

una protesta (artículo 9). 3) Prohibición de extradición de reos políticos (artículo 15).

Las garantías de la persona social son: 1) La libertad de asociación y reunión (artículo 9).

Las garantías de la seguridad jurídica son: 1) Derecho de petición (artículo 8). 2) A toda petición, la autoridad contestará por acuerdo escrito (artículo 8). 3) Irretroactividad de la ley (artículo 14). 4) Privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso (artículo 14). 5) Principio de legalidad (artículo 14). 6) Prohibición de aplicar la analogía y mayoría de razón en los juicios penales (artículo 14). 7) Principio de autoridad competente (artículo 16). 8) Mandamiento judicial escrito, fundado y motivado, para poder ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones (artículo 16). 9) Detención sólo con orden judicial (artículo 16). 10) Abolición de prisión por deudas (artículo 17). 11) Prohibición de hacerse justicia por propia mano (artículo 17). 12) Expedita y eficaz administración de justicia (artículo 17). 13) Prisión preventiva sólo por delitos que tengan pena corporal (artículo 18). 14) Garantías del auto de formal prisión (artículo 19). 15) Garantías del acusado en todo proceso criminal (artículo 20). 16) Sólo el ministerio público y la policía judicial pueden perseguir los delitos (artículo 21). 17) Prohibición de penas infamantes y trascendentes (artículo 22). 18) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito (artículo 23).

Pasamos a comentar brevemente las garantías individuales enunciadas en la Constitución de 1917.

Las garantías de igualdad tienen como fundamento la idea de que todo hombre es persona, que lo desigual por naturaleza, es igual ante la ley por el hecho de ser el hombre un animal volitivo e inteligente. La declaración de independencia de Norteamérica señaló: "sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales", y esta idea es la que se halla en nuestro artículo primero; es una idea universal: todo individuo tiene las garantías que otorga la constitución, y ninguno puede ser excluido sin causa justificada del goce de ellas. El artículo segundo complementa al primero al abolir la esclavitud. Uno de los primeros decretos de Hidalgo fue expedido para abolir el estado inhumano en que se tenía a parte de los mexicanos y desde aquel entonces este problema no ha existido en México.

La distinción biológica basada en caracteres como raza, sexo, o la distinción accidental de grupo, lengua, religión, son caracteres intrascendentes en la idea principal de igualdad.

Una sociedad donde exista la jerarquía social de noble y plebeyo, y donde el trato social se rija por reglas de nobleza, es una sociedad donde la idea de igualdad no existe. Pero más errónea aún es la trasmisión de honores hereditarios, ya que cada uno debe ocupar en la escala social el lugar que su esfuerzo personal le depare. Al abolir estos privilegios, el Constituyente reconoce que México es

tierra de hombres dignos. No puede existir dignidad donde se juzga que por nacimiento uno es más que otro.

La Prohibición de fueros en México es producto de la ley Juárez, que los abolió. Idea conexas es el principio de leyes y tribunales iguales para todos, nadie tiene derecho a privilegios y exclusiones en el ámbito general, abstracto e impersonal de la ley.

Un párrafo bello, y que al mismo tiempo consterna acerca de la libertad, se encuentra en el pensamiento de Rousseau: "El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado." El ser que no es libre no es hombre. La libertad es y ha sido el apetito de todo ente humano, y como afirma Croce, la historia de la humanidad ha sido la lucha por su libertad. La historia de nuestro siglo es y seguirá siendo una lucha constante y enardecida por la esencia del hombre: su libertad. La libertad es el anhelo más caro de la humanidad. La libertad es la divinización del hombre. Por desgracia, en pocos, en muy pocos estados existe libertad. Encontramos un pesimismo universal acerca de la libertad. El gran poeta alemán Schiller expresó: "la libertad sólo existe en el país de los sueños." Las garantías que otorga nuestra constitución, referidas a la libertad, tienen como finalidad materializar ese sueño.

Las libertades de la persona humana en el aspecto físico consisten en asegurar al hombre primordialmente su vida y su libertad de locomoción en los diversos ámbitos.

La libertad de trabajo y de empleo del producto de ese trabajo, es uno de los presupuestos de la relativa felicidad humana, es, según afirma Burgoa, "en lo que se resuelve toda la teleología del hombre dentro de un terreno de normalidad", por ser el medio idóneo que esa persona ha escogido para conseguir los fines que desea lograr. Sin esta libertad el hombre se convierte en un ser infeliz y abyecto.<sup>23</sup> La misma idea vibra en la prohibición a que el hombre pueda pactar su proscripción o destierro, o su renuncia, "a ejercer determinada profesión, industria o comercio".

Las garantías de locomoción interna y externa son de vital importancia. Desdicha inmensa es tener que pedir permiso a la autoridad para transportarse de un lugar a otro. Aún en el siglo pasado, en Francia, la persona que hubiera estado en prisión, al llegar a alguna población tenía que ir con el alcalde para que le firmara su pasaporte de ex-galeote, lo cual traía consigo que no se le quisiera admitir en posadas, restaurantes, etcétera.

Sólo se puede privar de la vida a una persona en los casos que señala la constitución. La garantía consiste en que no se le podrá quitar la vida sino en los supuestos expresamente señalados. El derecho del hombre consiste en que, como ya hemos dicho, a nadie se le puede privar de la vida, pero el Constituyente sólo

<sup>23</sup> Ignacio Burgoa, *Las Garantías Individuales*, México, 1965, p. 286.

garantizó una parte de ese derecho. Valorar esta garantía es entrar en terreno que no nos corresponde.

Las libertades de la persona humana en el aspecto espiritual son la elevación del hombre a su meta: forjarse un destino y realizarlo. Son la aspiración a intervenir en la cultura y en la historia. Mario de la Cueva las define poéticamente y en forma completa nos adherimos al maestro, quien dice: "Las libertades del espíritu son la garantía de la rebelión de Prometeo contra el Olimpo, son el sacrificio de Galileo, la rebelión contra los dogmas y contra los déspotas y la afirmación de que el único camino para alcanzar la verdad, inclusive para llegar a un dios, si es que existe, es la irrestricta libertad del alma humana; son también el derecho humano, más valioso que cualquier otro derecho, para juzgar de la conducta propia, de la actividad de los otros hombres, de las instituciones sociales y de los dioses; son el derecho a la duda cartesiana, punto de arranque de todo conocimiento verdadero, sea material o espiritual, son también el derecho de los hombres a juzgar de sus gobernantes, lo mismo temporales que espirituales; son, en suma, la garantía de la dignidad y de lo eterno del hombre, la fuente de la cultura y las hacedoras de la historia."<sup>24</sup> Son el medio más adecuado e idóneo para ocupar un lugar e influir en el devenir humano.

La libertad de pensamiento es una libertad contra la cual los tiranos nada han podido. En su aspecto interno esta libertad es ilimitada, en el externo se le restringe en ataques a la moral, los derechos de terceros, perturbación del orden público o que sea causa de delito; hay que pensar que si únicamente una persona no es del parecer de todos los demás, se tendría tanto derecho a callarla como derecho sería tratar de acallar a todos los demás. Silenciar un pensamiento es un robo a la generación presente y a la humanidad.<sup>25</sup> Lo importante del pensamiento no es estar en favor o en contra, sino que él es fuente de nuevos pensamientos, de nuevas inquietudes y de nuevas creaciones.

La libertad de imprenta es un derecho correlativo al de pensamiento. Estos derechos son columnas de toda democracia y base de la esencia humana. Jefferson, amante de la libertad, declaró: "en todo país donde el hombre sea libre para pensar y hablar, surgirán diferencias de opinión de las diferencias de percepción y de la imperfección de la razón; que estas diferencias, cuando se toleran, como en este feliz país; para purificarse mediante la libre discusión, no son sino nubes pasajeras que se extienden sobre nuestro país transitoriamente y dejan nuestro horizonte más brillante y sereno. . . y para preservar la libertad del pensamiento humano y la libertad de prensa (es necesario que), todo espíritu esté dispuesto a entregarse al martirio; porque mientras podamos pensar como queramos y hablar como pensamos, la condición del hombre avanzará hacia su perfeccionamiento".<sup>26</sup> A Jefferson le asistió toda razón.

<sup>24</sup> Mario de la Cueva, obra citada, p. 1289.

<sup>25</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, México, 1965, pp. 54-55.

<sup>26</sup> William Ebenstein, *Pensamiento Moderno*, Madrid, 1961, pp. 291-292.

La libertad de conciencia como la libertad del culto interno son de tanta magnitud como las libertades de pensamiento e imprenta. Cada hombre tiene derecho a creer o a no creer en principios religiosos, a entregarse a la idea de un Dios o a no hacerlo, a rendirle culto o no. Pocas cosas son tan repugnantes como la idea de que un estado quiera imponer obligatoriamente a los hombres una religión.

Las inviolabilidades de correspondencia y domicilio son libertades necesarias para la tranquilidad del espíritu y para la intimidad —por eso así las hemos denominado genéricamente— que todo hombre debe tener. Nadie puede dedicarse a ninguna actividad si tiene el temor que su domicilio o su correspondencia puedan ser violadas arbitrariamente, y enterarse o ser del dominio público asuntos que sólo a él conciernen.

Las libertades de la persona cívica tienen por finalidad que el ciudadano intervenga en la vida política del país no sólo en el momento de designar a sus representantes sino que después de este acto pueda controlar la actividad de los gobernantes sin llegar a los extremos de un movimiento armado o de una revolución. Las reuniones de carácter político, así como las manifestaciones para protestar por actos de autoridad son un medio eficaz de presionar al gobierno para que actúe en determinada forma. En estas manifestaciones se expresa en forma palpable la opinión pública o parte de ella.

La prohibición de extradición de reos políticos tiene como base la idea de la dignidad humana y de la tierra de libertad: México te protege porque todo hombre tiene el derecho de actuar y luchar políticamente dentro de márgenes amplios, como él lo crea más conveniente, pero sin lesionar los intereses sagrados de la sociedad.

Las garantías de la persona social se otorgan porque el hombre realiza sus fines con mayor facilidad asociado que solo. La vida moderna no se puede entender sin la existencia de estas agrupaciones: sociedades civiles, mercantiles, cooperativas, mutualistas, etcétera. Aun el derecho de sindicalización, como garantía individual frente al Estado, encuentra su base en el artículo noveno constitucional.

Las garantías de seguridad jurídica tienen por finalidad proteger la realización de la libertad y de la igualdad. Son el instrumento protector por medio del cual se reglamentó la observancia de la igualdad y la libertad. En las primeras declaraciones históricas pero sobre todo en los antecedentes que señalamos a esas declaraciones, las garantías de seguridad jurídica son las más importantes, porque presuponian la existencia de los derechos de libertad e igualdad, y los querían asegurar.

Ignacio Burgoa define las garantías de seguridad jurídica como “el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum*

de sus derechos subjetivos".<sup>27</sup> La idea de Burgoa es que son los instrumentos para asegurar los derechos subjetivos, pero la importancia de ellos, es que dan seguridad al hombre, puesto que el acto de autoridad que no respetara a cualesquiera de ellos, sería antijurídico, y abriría las puertas para que el hombre se opusiera a la arbitrariedad de la autoridad.

La segunda declaración integrante de los derechos humanos: la declaración de los derechos del hombre como parte de un grupo social, se divide en cuatro grandes apartados: a) el régimen patrimonial, b) el régimen laboral, c) el régimen familiar y d) el régimen de la información.

El régimen patrimonial está contenido en dos artículos: el 27 y el 28 constitucional.

Las garantías sociales patrimoniales del artículo 27 son: 1) la propiedad de las tierras y aguas del territorio nacional corresponde originariamente a la nación, la cual tiene el derecho de constituir la propiedad privada, 2) el régimen de expropiación, 3) la propiedad privada está subordinada al interés social, 4) el régimen de concesiones administrativas, 5) prohibición de latifundios, 6) autorización de monopolios en determinados servicios públicos, 7) capacidades e incapacidades para adquirir el dominio de tierras y aguas, 8) el régimen comunal en la explotación de tierras, bosques y aguas, 9) el régimen ejidal, 10) el régimen de la pequeña propiedad agrícola y ganadera.

Las garantías sociales patrimoniales del artículo 28 son: 1) prohibición de monopolios y estancos, 2) prohibición de exención de impuestos y prohibición a título de protección a la industria, 3) declaración expresa de qué instituciones no son monopolios.

Las garantías sociales del régimen laboral se dividen en los derechos del trabajador al servicio de una empresa, y los derechos de los trabajadores al servicio de los poderes de la unión y del gobierno del Distrito Federal.

Los derechos del trabajador al servicio de una empresa son: 1) jornada máxima de trabajo diurna y nocturna, 2) protección a la mujer y a los menores de 16 años, b) prohibición de trabajo a menores de 14 años, 4) descanso hebdomadario, 5) protección especial a la mujer durante la gravidez, después de ella, y al infante, 6) salario mínimo indispensable para llevar una vida digna, 7) igualdad de salario, sin diferencia de sexo o nacionalidad, 8) inembargabilidad, compensación o descuento del salario mínimo, 9) participación en las utilidades de la empresa, 10) pago de salario en moneda de curso legal y prohibición de las tiendas de raya, 11) salario doble por trabajo extraordinario, 12) derecho de servicios necesarios a la comunidad, 13) derecho de asociación, 14) derecho de huelga, 15) resolución de conflictos mediante la conciliación y el arbitraje, 16) en caso de despido, sin causa justificada, opción

<sup>27</sup> Ignacio Burgoa, obra citada, p. 440.

del trabajador a indemnización o a que se cumpla el contrato, 17) establecimiento de una serie de condiciones nulas.

Los derechos del trabajador al servicio de los poderes de la unión y del gobierno del Distrito Federal son los mismos derechos establecidos a favor del trabajador en general, amén de los siguientes: 1) vacaciones mínimas de 20 días al año, 2) designación del personal por conocimientos y aptitudes, 3) derecho de escalafón.

Las garantías sociales del régimen familiar son: 1) el patrimonio de familia (artículo 123, A. XXVIII) y 2), sólo el trabajador responde de las deudas contraídas a favor de parientes o dependientes (artículo 123, A. XXIV).

La garantía social del régimen de la información se encuentra contenida en el artículo 6.

Las garantías sociales son aquellas que protegen al hombre como integrante de un grupo social; en cambio las garantías individuales protegen a todo hombre. Se protege a los grupos sociales más débiles, a los que históricamente han vivido oprimidos. Es una declaración dinámica, con fuerza impositiva. Quiere que el trabajador y el campesino lleven una vida digna. La idea es asegurar esos mínimos jurídicos para que basados en ellos, estos grupos sociales logren nuevas y abundantes conquistas. La esencia de los derechos sociales son las necesidades apremiantes de estos grandes núcleos de la sociedad. Basados en esta idea de necesidad, es que hablamos de régimen familiar: se protege el patrimonio familiar, conjunto de bienes, indispensables para asegurar un mínimo de seguridad a la familia. Y la falta de responsabilidad que la familia tiene respecto a las deudas que el trabajador ha asumido en beneficio de ella, responde a la misma idea del patrimonio familiar.

Únicamente cuando el Estado detiene al poderoso y protege al débil, ese organismo coactivo del derecho merece llamarse Estado.

Los derechos sociales aseguran al hombre que vivir no es sinónimo de sufrir, y le dan aliento para gozar de la existencia y tratar de superarse. La idea de los derechos sociales lleva implícita la noción de: a cada quien según sus posibilidades y sus necesidades, a partir del concepto de igualdad de oportunidades.

La declaración de derechos sociales es el complemento a la declaración de derechos individuales para lograr la justicia, una justicia social, donde la equidad (individualización de la justicia a los grupos sociales más débiles) logre una nación digna, una nación sin injusticias que la sangren y la denigren.

Ya hemos asentado que no existe un derecho sin su correlativa obligación. Pero existen en el capítulo I del título I de nuestra constitución, preceptos que son de naturaleza mixta, pues intrínsecamente son derechos y obligaciones. Ellos son: la educación y los servicios sociales y profesionales obligatorios. Estos preceptos de naturaleza mixta son un apéndice a las dos declaraciones enunciadas.

La educación, de la cual ya hemos hablado, está reglamentada en nuestro

artículo tercero, y dispone que la primaria será obligatoria. La educación es el derecho a instruirse para poder realizar el destino personal; pero es también una obligación que el Estado tiene de proporcionar al hombre los medios para alcanzar su destino, el que tiene que realizarse en sociedad.

La educación es una función social. Cualquiera puede exigir al Estado que le proporcione los medios para adquirir los conocimientos, y poder ejercer un oficio o una profesión; todos tenemos el derecho de ser instruidos para realizar una labor útil en la sociedad.

La parte final del párrafo segundo del artículo quinto establece: “Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.”

Este párrafo establece una obligación, pero también es primordialmente, un derecho que el servicio será retribuido; y la obligación consiste en corresponder a la sociedad los sacrificios que ésta realizó para que otro ciudadano lograra una educación.

El problema actual en lo referente a los derechos humanos es que en su movimiento de tesis, antítesis y síntesis, están llegando a la síntesis, que por naturaleza intrínseca son derechos y obligaciones, sin que se pueda separar nítidamente la obligación del derecho. La antítesis a esta síntesis es imposible predecirla, pero en el momento actual el cambio lleva la idea de que todo derecho, como toda obligación, no pueden referirse al hombre como ser aislado, sino como sujeto de una función social, y que las declaraciones de libertad, igualdad y dignidad son aseguradas por la libertad, la igualdad y la dignidad.

Los derechos humanos son el estandarte primordial de la felicidad humana. Y todo hombre debe estar decidido a luchar por la plena realización de todos y cada uno de estos derechos, otorgados constitucionalmente como garantías.

### III. LA SOBERANÍA

Estado y soberanía son los conceptos vertebrales de la ciencia política. La soberanía —como afirmó Jellinek— es un concepto polémico; y en su evolución histórica, parece increíble, ha recorrido los más variados matices. Soberanía es una noción abstracta que al aplicarse refleja fuertes y complejas consecuencias jurídico-políticas. Por ello, los escritores han plasmado sus ideas sobre este tema, con el propósito de otorgar la victoria política a un hombre, a un grupo de hombres o a toda una comunidad. Soberanía, tras haber sido un concepto, como veremos, esencialmente defensivo de un nuevo sistema político, es en nuestros días un elemento de ataque, es la concepción material y formal que caracteriza determinantemente el sistema de gobierno en una sociedad.

Soberanía es la diferencia específica del Estado moderno. Es su característica principal y a veces su verdugo, por entregar al hombre a la opresión y a la tiranía, en lugar de ayudarlo en su lucha por conseguir la libertad.

El artículo 39 de la Constitución Mexicana de 1917 dice: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente 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."

Para poder comprender el significado y alcance de nuestro artículo nos es preciso encuadrar la idea de soberanía en el devenir histórico, y después sintetizar los pensamientos relevantes acerca de este tema, los cuales, contemplados a través de nuestras diferentes constituciones, nos darán los contornos precisos y el pleno significado del artículo transcrito líneas arriba.

La historia ha sido dividida, con propósitos pedagógicos, en varias etapas. Al caer Roma en el año de 476 en poder de los bárbaros, empezó la época denominada edad media que duró casi un milenio. Cuando los turcos, en 1453, se apoderaron de Constantinopla y destruyeron los últimos vestigios del imperio romano de oriente, se cerró ese periodo histórico.

La Edad Media puede ser dividida en 2 épocas: la edad media baja y la alta. La alta edad media, en particular, estuvo organizada bajo la idea de la *civitas* máxima. Unidad política controlada por el imperio. Unidad religiosa regida por la Iglesia de Roma. Dentro de estas unidades se establecieron reinos cuyos reyes recibían tal título del emperador. Estos reinos estaban ocupados por un conjunto de señores feudales, quienes competían en poder y señorío con los propios reyes.

A principios del siglo XI, la Iglesia empezó a luchar, primero por independizarse de las presiones políticas del imperio, y después para dominarlo, creando una especie de teocracia universal. Su base doctrinal fue la antigua tesis de Gelasio y sus dos espadas; y los dos principales hechos de su nueva línea de acción fueron: a) el fortalecimiento de los poderes obispaes, convirtiendo a los obispos en unidad de poder eclesiástico, y agrupándolos alrededor del poder papal; y b) la creación de una serie de monasterios bajo una sola autoridad, la del abad de Cluny. Estos monjes, basados en su propio sistema, fueron los defensores de una organización centralizada.<sup>28</sup>

Pero el acontecimiento principal en esta primera lucha, fue el episodio conocido como la guerra de las investiduras. Los emperadores estaban acostumbrados a designar a los obispos, y en general al alto clero. En 1075, el papa Gregorio VII prohibió esta facultad al gobierno laico. El emperador, Enrique IV, disgustado con la política de Gregorio, trató de deponerlo (1076). El papa respondió excomulgando al emperador y dispensó a los vasallos de éste del juramento de fidelidad. Conocido es el episodio de Canossa, donde el emperador, de rodillas y descalzo, pidió el perdón papal, el cual le fue otorgado. Enrique IV aparentemente se había sometido a la autoridad religiosa, pero, en realidad,

<sup>28</sup> George, H. Sabine, *Historia de la Teoría Política*, México, 1965, pp. 174-176.

siguió luchando contra su adversario. En 1080, el emperador trató de substituir al papa por un antipapa; Gregorio VII, herido en su orgullo, apoyó a Rodolfo de Suabia en sus pretensiones imperiales.

El acontecimiento relatado es de suma importancia pues definió las relaciones entre la Iglesia y el imperio, que en los años siguientes fueron de inquietud, y dieron pábulo a una literatura abundante, parte apoyando al imperio y parte a la iglesia.

Otro momento decisivo en esta evolución histórica aconteció en 1214. El rey francés Felipe II, apoyado por los barones y señores feudales, derrotó en la batalla de Bouvines al emperador Otón. Esta batalla decidió el poder del rey sobre el imperio. Freiherr Von der Heydte piensa que ya estamos presenciando el nacimiento del Estado nacional. Sin duda fue un gran paso, pero aún no estaba concluida la serie de conflictos que desbarataron las ideas de Cicerón y Santo Tomás, y después, de Dante y de Wolff, del mundo como una unidad, como una *civitas* máxima.

Ocho decenios después del primer triunfo francés, el rey de la antigua Galia, Felipe el Hermoso, decretó el pago de impuestos al clero. El papa Bonifacio VIII, en 1296, publicó la bula *Clericis laicos*, donde prohibía al clero pagar cualquier tributo sin su autorización. El rey francés no obedeció la orden papal, y el clero de Francia apoyó a su monarca. Como los señores feudales, después de una serie de luchas, ya se habían sometido a la autoridad real, al vencer Francia al imperio y a la Iglesia (episodio de Avignon), nació como Estado nacional, es decir, con una proyección hacia el futuro, según la frase de Ortega y Gasset, como una unidad que reconoció un poder: al rey, que había destruido los estamentos feudales y construido una nación. Había hecho posible la idea que tiempo después Renán expondría: Francia se constituía por el plebiscito cotidiano de todos los franceses.

Nos es imposible detenernos en la interesante literatura que brotó de estas últimas luchas que sostuvo Francia (Gil de Colonna, Dante, Juan de París, Guillermo de Occam, Marsilio de Padua.)

El Estado nacional nació con una característica, antes no conocida, y que es el sello que individualizó este hecho sociológico. La característica fue la idea de la soberanía. La soberanía nació de las luchas sostenidas por el imperio, el Estado francés, la Iglesia y los señores feudales entre sí. El nacimiento del Estado, cuya esencia es la soberanía, ocurrió a fines de la alta edad mdia.

Algunos autores, entre ellos Marcel de la Bigne y Mario de la Cueva, opinan que el concepto de soberanía se encuentra ya en la idea de autarquía de la cual habló Aristóteles en su *Política* (I, 1252, b).

Para Jellinek, autarquía y soberanía son conceptos diferentes. Autarquía significa autosuficiencia. Un Estado podía para los griegos estar subordinado a

otro estado, pero si podía satisfacer sus necesidades por él mismo, era autárquico. Aristóteles habló de independencia, pero no en el sentido de poder supremo, sino como sinónimo de autosuficiencia para satisfacer las necesidades.

El concepto de autarquía no implica idea política ni jurídica, sino —según Jellinek— ética.

Jellinek para confirmar su tesis señaló el sentido de autarquía en el pensamiento cínico y estoico, donde significó la cualidad esencial del sabio.<sup>29</sup>

Roma y la antigüedad no conocieron la idea de soberanía, lo cual es explicable, ya que al mundo antiguo le faltó “lo que únicamente podía traer a la conciencia el concepto de la soberanía: la oposición del poder del Estado a otros poderes”.<sup>30</sup>

Mario de la Cueva no está de acuerdo con las ideas de Jellinek; para él, el teórico alemán calla que las *polis* griegas lucharon por su independencia contra los persas y romanos, y cita a Aristóteles, para quien —afirma— el hombre que no es libre no alcanza el ideal de autosuficiencia, y que entonces esta persona no conduce “una vida perfecta, bella y feliz”. Para reafirmar su consideración, De la Cueva hace notar que el autor de la *Ética nicomaquea* se basó para su famosa clasificación de las formas de gobierno en el titular del poder supremo.<sup>31</sup>

Si nos acogiéramos al primer argumento del jurista mexicano, llegaríamos a la conclusión de que desconocemos cuando una tribu al ser atacada, rechazó la invasión. Tal vez en una civilización oriental, al defenderse los pueblos de Gengis Kan; o cuando Ilión se defendió de la liga helénica.

Asimismo, el segundo argumento del tratadista de derecho laboral y político, en la cita que hace de Aristóteles, concuerda, según nuestro modo de ver, con la idea que Jellinek le asigna a la palabra autarquía. Pero no podemos negar que el tercer argumento esgrimido por De la Cueva tiene fuerza; sin embargo, pensamos que la *polis* griega tuvo por finalidad ser autosuficiente, y que el problema del titular del poder supremo fue cuestión secundaria para ellos, ya que efectivamente existía un gobierno democrático.

De la Cueva percibe la dificultad y sutileza del tema que está tratando, por lo cual declaró: “Lo que hay de exacto en la exposición de Jellinek es que el concepto de soberanía, tal como se concibe en nuestros días, no fue objeto de una consideración y de un análisis minucioso por parte de los pensadores griegos; lo cierto es que los hechos precedieron a la idea y a su elaboración doctrinal.”<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Jorge Jellinek, *Teoría General del Estado*, México, 1958, pp. 355-357.

<sup>30</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 359.

<sup>31</sup> Mario de la Cueva, *Estudio Preliminar a La Soberanía de Hermann Heller*, México, 1965, p. 8.

<sup>32</sup> Mario de la Cueva, *Estudio...*, p. 8

La última afirmación del jurista mexicano es completamente cierta: las luchas medievales arrojaron como resultado un concepto nuevo: la soberanía, y en esa realidad, se basó el pensamiento político para tratar de explicar algo que les era desconocido.

Podemos concluir que la noción de autarquía no significa soberanía, pero sí que el concepto de autarquía es una idea ético-sociológica, que en forma vaga y nada precisa es antecedente de la idea de soberanía.

La soberanía (etimológicamente significa sobre todo poder; *super-omnia*) tiene dos aspectos, el interno y el externo. Provisionalmente, podemos decir que el aspecto interno es la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes; y el aspecto externo es ese pueblo que con los atributos de supremo e independiente se presenta en el consorcio universal de naciones. Estos conceptos los afinaremos después de la exposición doctrinal que a continuación elaboramos.

La edad media realizó los acontecimientos y hechos de los cuales brotó la soberanía. Desde el renacimiento a nuestros días encontramos el deseo de explicar la naturaleza de esta noción política.

En 1513, el célebre escritor florentino terminó su obra *El Príncipe*, en ella no se refiere expresamente a la soberanía, pero sí podemos tomar conclusiones valiosas del pensamiento que escindió en dos el campo de la moral y de la política.

Es el primero en denominar "Estado" a la nueva organización política, y su deseo estribó en que los estados contaran con gobernantes poderosos, los cuales prácticamente no tuvieran restricciones ya que el gobernante construye toda institución, sea ésta moral, religiosa, política, jurídica o económica.

Este gobernante hace el derecho desvinculado de toda idea divina. Al florentino no le interesan ideas abstractas, sino las comunidades que ve y las ve vivir. No importa —afirmó— quién expida las leyes: el pueblo, una oligarquía o el príncipe; pero lo que se le exige al legislador es que sepa su arte de gobernar y lo emplee si es necesario sin límite alguno para lograr un gobierno fuerte, punto indispensable para que los hombres puedan ser felices.

La primera sistematización del concepto de soberanía la encontramos en *Los seis libros de la República* de Juan Bodino. El teórico francés estudió una realidad nueva y trató de definirla. Hay definiciones que siempre se repiten, se escriben y comentan, una de ellas es la oración de Bodino: "República es el gobierno justo de muchas familias y de lo que les es común, con suprema autoridad".

Bodino, que escribió décadas después que Maquiavelo, no utilizó la palabra Estado, sino república, (*res publicae*), siguió la tradición antigua (Aristóteles, Santo Tomás, pero sobre todo nos recuerda a Cicerón), y al término definido unió la idea elemental de toda asociación, el núcleo de toda sociedad: la familia.

Pero la reunión de estas familias no podía ser una sociedad formada por la

fuerza, por el dominio o el terror, sino tenía que ser el reino de la justicia, o sea, el cumplimiento de un derecho justo.<sup>33</sup>

Esta reunión de familias tiene un rasgo común: el deseo de agruparse para conseguir un mismo fin: lograr mediante el trabajo de todos una existencia más placentera, más fácil, la cual no se lograría de no existir esa reunión de familias.

Pero esa reunión de familias que forma una república, no posee una organización anárquica, sino que, para ser en realidad una república, necesita otro elemento: la suprema autoridad.

En el concepto de suprema autoridad, que otros traducen como poder soberano, encontramos la idea de soberanía, que definió como “la puissance absolue et perpetuelle d’une République, que les latins appellent maiestatem. . .” (libro I, cap. 8).

Antes de analizar el concepto, bueno es transcribir dos párrafos de Bodino, los cuales completan su pensamiento y nos permiten interpretarlo: “Car si nous dissons que ce lui à la puissance absolue, qui n’est point suget aux lois, il ne se trouverai Prince au monde souverain, vu que tous les princes de la terre sont sujets aux lois de Dieu, de la nature, et à plusieurs lois communes a tous les peuples” y “La première marque de souveraineté est donner la loi aux sujets.”<sup>34</sup>

Para Bodino, soberanía es un poder absoluto y perpetuo.

Por absoluto entiende el pensador francés la potestad de dictar y derogar las leyes. Esta idea ha levantado multitud de críticas, se ha dicho que el pensamiento de Bodino lleva al totalitarismo, sin embargo, el autor de *La República* escribió frases que nos hacen comprender su pensamiento; así, en el párrafo transcrito, observamos que los príncipes están sujetos a las leyes comunes de todos los pueblos. El príncipe tiene el poder de dictar leyes y de derogarlas, pero de derogar las leyes civiles, nunca las divinas; o sea, la actuación real está limitada en márgenes precisos los cuales no pueden traspasarse.

Por perpetuo entiende el poder irrevocable, el poder por tiempo ilimitado. Pero este pensamiento no se puede separar del carácter de absoluto, ya que si el príncipe viola las leyes que no puede tocar, incurre en el delito de lesa majestad divina, y se abren las puertas a un movimiento para destruir al arbitrario legislador.

La soberanía es la facultad de dar leyes a todos los ciudadanos, pero nunca recibirlas de éstos.

Bodino afirmó que el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (inter-

<sup>33</sup> Mario de la Cueva, *Teoría General del Estado*, México, 1961, tomo II, pp. 401-402.

<sup>34</sup> Manuel Pedrosa, “La Relación entre Derecho y Estado y la idea de Soberanía”, en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, 1950, núm. 46, pp. 125-127.

gentes). Vivía en el siglo XVI, cuando el movimiento doctrinal internacionalista estaba en todo su apogeo. Bodino conoció el aspecto exterior de la soberanía, y basado en la teoría de Aeneas Sylvius, deseó una unidad universal.

¿Quién es el titular de la soberanía para Bodino? La respuesta ha sido sumamente debatida y se han proporcionado las más diferentes soluciones; sin embargo, el término definido es república, y ésta es el justo gobierno de muchas familias con suprema autoridad, ¿quién tiene la suprema autoridad: la república o las familias? Un párrafo que nos puede ayudar es: "Hay mucha diferencia del Estado al gobierno civil." Bodino diferenció entre Estado y gobierno, entre la estructura y la manera en la cual se manda en esa estructura. Podemos concluir que para Bodino el soberano es quien gobierna, ya sea el príncipe, un grupo o el pueblo.

Pero no hay que olvidar que Bodino era francés y admiraba a su rey, por haber sido la monarquía la creadora de su Estado, y en forma sentimental deseaba que el soberano fuera el rey, sin descartar las otras posibilidades. Y en el siglo XVI, en Europa, el poder supremo lo poseía el rey, se estaba viviendo un régimen absolutista.<sup>35</sup>

Marsilio de Padua en 1324, y Johannes Althusius en 1603, se plantearon la cuestión —difícil de responder en aquella época— de si el titular de la soberanía era el pueblo o el rey. En verdad, sus pensamientos se prestan a varias interpretaciones; nosotros pensamos que el problema lo resolvieron a favor del pueblo. Marsilio escribió: "el legislador o causa primera y eficiente de la ley lo es el pueblo o el cuerpo entero de los ciudadanos o su parte de más valor". Y Althusius manifestó: "La potestad de dictar el derecho del Estado y de obligar a su cumplimiento, pertenece al pueblo o a todos los miembros que se unen para formar el Estado."<sup>36</sup>

Para Grocio el titular de la soberanía es el derecho natural, el cual no cambia y permanece estable. Si en un Estado quien manda es el pueblo, el príncipe, o una oligarquía, es problema intrascendente, siempre y cuando se respeten los postulados del derecho natural.

Esta interpretación se deduce de algunos párrafos de su obra *De Jure Belli ac Pacis*: "El derecho natural es de tal modo inmutable, que ni Dios mismo es capaz de cambiarlo. . . ni aún por Dios puede lograrse que dos veces dos no sean cuatro, así tampoco esto: que lo que por intrínseca razón es malo, no sea malo."<sup>37</sup>

En la evolución del concepto de soberanía, uno de los momentos más importantes es el duelo dialéctico que se desarrolla en la tesis y antítesis sobre el titular de la soberanía: si la titularidad corresponde al príncipe o al pueblo. Dos tita-

<sup>35</sup> Mario de la Cueva. *Teoría General*, pp. 409-410.

<sup>36</sup> Mario de la Cueva. "La Idea de la Soberanía", en *Estudios sobre el Derecho Constitucional de Apatzingán*, México, 1964, p. 262.

<sup>37</sup> Hermann Heller. *La Soberanía*, México, 1965, p. 86.

nes del pensamiento tomaron posturas opuestas y de sus doctrinas se derivaron nociones que imperan aún en nuestros días: Hobbes y Rousseau: el mundo que les tocó vivir, aunado a sus sentimientos e impulsos personales, determinaron su pensamiento.

Hacia 1640 reinaba en Inglaterra Carlos I, quien violando la tradición sajona de las libertades, quiso imponer tributos sin la aprobación del parlamento. Su absolutismo llegó al grado de ordenar la detención y condena de ciudadanos sin ningún procedimiento jurídico. El descontento en la gran isla europea fue enorme, a más de que la esposa francesa y católica del rey, por todos los medios posibles, se dedicó a atacar la religión anglicana para implantar la que ella profesaba.

Contra la tiranía se levantaron varios grupos rebeldes. Uno de ellos fue el movimiento de los niveladores, cuyo caudillo fue Cromwell. Bien conocido es el hecho de que la cabeza de Carlos I cayó, y que la familia real huyó a Francia; entre el séquito que acompañaba a la reina destronada se encontraba Tomás Hobbes.

En 1651 apareció en Londres la obra *Leviatán*, que contiene las ideas principales de Hobbes: el hombre es egoísta; vivió en estado de naturaleza, donde todos eran iguales y poseían las mismas libertades; y donde cada hombre debía realizar los actos que le permitieran conservar la vida: a lo cual denominó derecho natural.

Esa vida natural, donde cada uno tenía derecho a todo cuanto su poder y fuerza le proporcionaran, creó un estado constante de guerra y caos, pero el hombre —animal racional— sintió la necesidad de vivir en tranquilidad sin la angustia constante de la lucha. La ley natural, principio que emana de la razón, indujo al hombre a crear la sociedad civil (contrato social).

Como la simple asociación no resolvió sus problemas, los hombres hicieron otro contrato, el de gobierno, en el cual todos entregaban la suma de sus poderes al monarca (entendido en *latu sensu*); éste a cambio garantizaba la paz, pero para ello no se obliga absolutamente en nada y hacia nadie. Podemos decir que era un contrato unilateral, ya que todos los deberes correspondían sólo a una de las partes.

Hobbes, aterrorizado por las luchas civiles que había presenciado, deseaba un monarca absoluto, anhelaba un ser capaz de impedir otras guerras, y para ello pensaba que tenía que poseer poderes ilimitados; contra ese ser no cabrían apelaciones, “ni es susceptible de ser penado: es el supremo custodio de la paz y la más alta autoridad en materia de fe. Es legislador, juez supremo, señor de la paz y de la guerra y de todos los servicios; tiene el derecho de recompensar y castigar *praeter legem*, y es, por último, la fuente de todos los honores y dignidades”.<sup>38</sup> La unidad del Estado es el poder y quien lo detenta es el titular de la soberanía.

<sup>38</sup> Jorge Jellinek, obra citada, pp. 377-378.

Veamos, ahora, la antítesis de Hobbes. En el siglo XVIII se vivía en Europa, ya fuera un régimen absolutista o el despotismo ilustrado. A Medios de ese siglo se oyó la voz de uno de los hombres que más han defendido la libertad y la igualdad.

Rousseau, quien confirma la aseveración de Unamuno de que el hombre antes que racional es sentimental, llevó una vida apasionada. Perseguido por sus ideas, atravesando disfrazado las fronteras de un país a otro, se entregaba al placer de disfrutar plenamente de la vida. Los peligros jamás lo amedrentaron, sino que fueron impulsos para su obra. Una obra que la humanidad respeta y conserva entre sus pensamientos más valiosos.

Para Juan Jacobo, el *homo homini lupus* de Hobbes, no existió, y afirmó que el hombre es bueno por naturaleza y que tiene una finalidad que es la libertad.

*Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* es el título del ensayo con el cual se presentó en el concurso que había convocado la academia de Dijon. No ganó esa vez el concurso como había acontecido cinco años antes, en 1794, con su trabajo *Discurso sobre si el restablecimiento de las ciencias y las artes ha contribuido al mejoramiento de las costumbres*, ensayo que le dio fama, a los 38 años de edad.

Pero en 1754, las hojas de su manuscrito se perdieron, los académicos de Dijon, asustados del contenido de la obra, destruyeron el manuscrito. Rousseau lo reconstruyó.

La segunda parte del famoso ensayo comenzaba con estas palabras: "El primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir: 'esto es mío', y halló gentes bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, asesinatos, cuántas guerras, miserias y cuántos horrores habría evitado al género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes arrancando las estacas de la cerca o cubriendo el foso: "Guardaos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra de nadie." Después, agregó al explicar la historia de las desigualdades sociales: "Si seguimos el progreso de la desigualdad en estas diversas revoluciones, hallaremos que el establecimiento de la ley del derecho de propiedad fue su primer término."

Fácil es explicarnos la decisión de la academia y que el triunfo le fuera otorgado al abate Talbert.

En ese ensayo, Juan Jacobo se propuso una explicación histórico-descriptiva para concluir que la propiedad privada ha sido la causa principal de la desigualdad entre los hombres. En este aspecto, Rousseau es el antecedente inmediato al pensamiento de Marx.

Ocho años después de escrito ese ensayo, se publicaron sus dos obras principales *Emilio* y el *Contrato Social*.

"El hombre ha nacido libre y está en todas partes encadenado", reza la primera frase del *Contrato Social*; toda la obra es una invitación al hombre

para que rompa las cadenas y consiga la libertad, palabra que apasionó al autor ginebrino.

Para Rousseau el hombre vivió una etapa de naturaleza donde fue totalmente libre. La obra de Juan Jacobo es la proposición a regresar al estado en que el hombre es libre.

Juan Jacobo nunca creyó como Hobbes, en la existencia real y verdadera de un contrato, sino que fue la idea explicativa de la necesidad de cierto orden, en el cual no se sacrificara en nada la libertad humana; por esto escribió, hay que “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y mediante la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo más que a sí mismo”. Esta es la idea vertebral del *Contrato Social*: que los hombres se asocien para que hagan su historia y su orden jurídico, que les permita realizar su esencia de igualdad, sin sacrificar ninguna de sus libertades.

Una idea sumamente discutida del autor de *Julia o la nueva Eloísa*, es la anterior idea de la voluntad general: se ha dicho que es la voluntad de todos los asociados, pero párrafo importante es: “Hay, con frecuencia, bastante diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general. Esta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra se refiere al interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares.” La voluntad general es la sociedad, cuya finalidad es que todos los hombres puedan vivir como hombres. La Soberanía —declaró— es el ejercicio de la voluntad general, y esta soberanía nunca es enajenable, prescriptible o divisible. De estas características se deducen otras, pero la soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general, y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede ahogar, pero no suprimir.

La soberanía radica por esencia en el pueblo,<sup>38a</sup> éste es el principio y fin de toda la organización política. El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes.

El pueblo es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes, que son las guías de la voluntad creadora.

El pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores: “. . . el

<sup>38a</sup> Además de los autores que ya hemos mencionado, son antecedentes de la idea rousseauniana de que la soberanía reside en el pueblo los pensamientos de Hotman y de Jean Le Boucher, éste último escribió que: “El poder de ligar y desligar, a este respecto, reside perpetuamente en los pueblos y estados, que son eternos guardianes de la soberanía, jueces de los cetros y de los reinos, por ser el origen y fuente de ellos, como quienes han hecho los reyes no por necesidad o coacción, sino por su libre voluntad”. Hotman escribió en 1575 y Le Boucher en 1594: véase Bertrand de Jouvenel, *La Soberanía*, Ediciones Rialp, Madrid 1957, pp. 373-374; a su vez, Héctor González Uribe, *Teoría Política*, Editorial Porrúa, México, 1972, pp. 320-321, señala a otros autores como antecedentes de este pensamiento de Rousseau, como son: Juan de Mariana, Vitoria, Fox Morcillo, Soto, Suárez, Vázquez de Menchaca y Luis de Molina.

acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores; puede nombrarlos, o destituirlos cuando le plazca; no es cuestión para ellos de contratar, sino de obedecer, y encargándose de las funciones que el Estado les impone no hace sino cumplir con su deber de ciudadano, sin tener en modo alguno el derecho de discutir las condiciones.”

Pensamiento de Rousseau es la idea de la democracia. La célebre definición de Lincoln acerca de la democracia está inspirada en Juan Jacobo.

Libertad, dignidad e igualdad —viejas ideas griegas— son la base del pensamiento del ginebrino. Son su anhelo, son todo el motivo de sus obras. Son la determinación constante de su vivir. El hombre que no es libre no vive, podemos afirmar que se parece a una planta, que absorbe agua para subsistir, pero que no tiene historia, ni destino, ni sentimientos que satisfacer. Vivir es hacerlo con dignidad, igualdad y ¡libertad!

Del pensamiento de Rousseau podemos desprender los dos aspectos de la soberanía: el interno, los hombres libres deciden su forma de gobierno que no puede ser otra que la democracia, y nombran a quienes van a dirigir la organización política, quienes actúan dirigidos por la voluntad del pueblo.

El aspecto externo es la libertad entre todas las naciones, es igualdad entre los pueblos. Es el mismo principio que rige la vida interna, sólo que proyectado al consorcio de naciones que forman toda la comunidad humana.

Mario de la Cueva afirma que: “El Contrato pertenece a las grandes utopías políticas de la historia: es la visión de un soñador de la igualdad y de la libertad de los hombres, de un alma atormentada, que expresó en las páginas del libro la generosidad de su pensamiento y su amor por la libertad, lo cual explica, a nuestro entender, la influencia que ejerció sobre el mundo intelectual y sobre la Revolución Francesa, así como también que fuese fuente de inspiración de los insurgentes de América, particularmente de los hacedores de la primera guerra de independencia de Venezuela y del generalísimo Morelos.”<sup>39</sup>

Se ha afirmado que un Estado está constituido por tres elementos: pueblo, territorio y gobierno.

Para Hobbes, el titular de la soberanía es el detentador del poder.

Para Rousseau, el titular es el pueblo.

Un pensamiento anterior a los dos señalados fue el expuesto por el francés Loyseau, quien distinguió entre soberanía en abstracto y soberanía en concreto. La soberanía en abstracto, según este autor, corresponde al territorio; en cambio la soberanía en concreto la posee quien es el titular de dicho territorio.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Mario de la Cueva, *La Idea de...*, p. 278.

<sup>40</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 375. Loyseau definió a la soberanía como un colmo de poder y admitió dos clases de poder: la del particular sobre la cosa y ese colmo de poder. Para él, la soberanía se caracteriza por encontrarse “Sin limitación de poder ni

Para Loyseau, la soberanía reside en el territorio.

El internacionalista Vattel basó la idea de soberanía en la nota de independencia respecto a cualquier otro poder. En su obra *Le Droit des Gens* se encuentra un párrafo que resume su pensamiento: "toda nación que se gobierna a sí misma bajo cualquier forma que sea, sin dependencia de ningún extranjero, es un Estado soberano".<sup>41</sup>

Los estados generales de Francia en el año de 1789, produjeron su famosa declaración de derechos (de la cual hemos hablado en el capítulo anterior) donde fue pregonada la idea de la soberanía nacional: la nación, como titular de la soberanía. Más que una teoría los estados generales trataron de plasmar una realidad.

Nadie discute que uno de los grandes filósofos en la historia ha sido Hegel.

Las teorías de Hegel han sido muy discutidas. Su idea de soberanía se presta a diferentes interpretaciones.

De manera general podemos afirmar que los dos elementos primordiales en la filosofía política del teórico alemán son: el método dialéctico y la teoría del Estado nacional como fuente de todo poder político.

Hermann Heller en la página 87 de su obra *La Soberanía* escribió: "Todavía para Hegel, el pueblo, como unidad de voluntad, es el sujeto presumible de soberanía", pero en páginas posteriores declaró: "Hegel creyó que con la idea de la soberanía del Estado se conseguía la reconciliación entre las ideas de la soberanía del pueblo y de la soberanía del monarca",<sup>42</sup> o sea, Heller pensó que por algunos párrafos de la obra hegeliana, se podía afirmar que Hegel le atribuyó al pueblo o al monarca la idea de soberanía, pero que por otros párrafos concluyó: la soberanía es el Estado.

Para César Sepúlveda la teoría de Hegel es ecléctica —en principio coincide con Heller— por encontrar que la soberanía del Estado está basada, según Hegel, en la idea de la soberanía nacional y en la soberanía del monarca.<sup>43</sup>

Mario de la Cueva realizó una síntesis del pensamiento hegeliano, y respecto a la soberanía afirmó que Hegel la atribuyó al Estado, pero no se detiene en la explicación de las aparentes contradicciones de la doctrina. Es más, no cita ningún párrafo donde se hable del pueblo. De la Cueva hace dos afirmaciones rotundas: "Hegel es el verdadero creador de la doctrina de la soberanía del Estado" y "Con Hegel se inicia la era de la soberanía imperialista."<sup>44</sup>

Creemos que no podemos dar nuestro punto de vista sobre este tema en la

de autoridad, pues será necesario un superior para mantener esta limitación", véase Bertrand de Jouvenel, obra citada, pp. 320-322.

<sup>41</sup> César Sepúlveda, *Derecho Internacional Público*, México, 1964, p. 81.

<sup>42</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 161.

<sup>43</sup> César Sepúlveda, obra citada, p. 79.

<sup>44</sup> Mario de la Cueva, *Estudio...*, pp. 38-39.

teoría hegeliana, sin antes transcribir los párrafos más importantes —en nuestra opinión— que ponen de relieve el pensamiento que nos ocupa.

En su *Filosofía del Derecho* definió el Estado como “la voluntad divina, en el sentido de que es el espíritu presente en la tierra, que se despliega para convertirse en la forma y organización real de un mundo”. En la misma obra (creemos que es el párrafo que aclara su pensamiento), escribió: “Podemos hablar de ‘soberanía del pueblo’ en el sentido de que un pueblo, en general, es autosuficiente respecto de los demás, y constituye un Estado propio, como por ejemplo, el pueblo de la Gran Bretaña; pero el pueblo escocés, el irlandés, el de Ghana, Ceilán, etcétera no son pueblos soberanos hasta tanto que no dejen de tener sobre sí soberanos o rectores.”

“También se puede hablar de la soberanía interior que reside en el pueblo, siempre que hablemos, en general, sobre la totalidad del Estado tal y como antes hemos dicho, es decir de la soberanía que corresponde al Estado. Pero la acepción común que los hombres de nuestro tiempo dan a la soberanía popular es la de algo opuesto a la soberanía que tienen los monarcas. Así contrapuesta la soberanía popular a la soberanía del monarca, se convierte en una noción confusa basada en la idea inculta de pueblo. El pueblo sin su monarca, y la articulación inmediata del todo que esto supone, es una masa informe y no un Estado. Carece de aquellas características —soberanía, gobierno, justicia, magistraturas, clases sociales, las cuales se fundamentan precisamente en la totalidad que desde sí misma configura. En aquellos momentos en los que falta una articulación de la vida del Estado, desaparece el abstracto indeterminado que en la manera general llamamos pueblo.” “Si el Estado es espíritu objetivo, el propio individuo solo, en cuanto miembro del Estado, tiene objetividad, verdad y eticidad. La unificación, en cuanto tal, es propiamente el verdadero contenido y fin del individuo, y el destino individual consiste en vivir la vida universal.”

La soberanía, para Hegel, reside en el Estado. Al hablar de soberanía del pueblo y del monarca, no lo hace con la misma acepción que cuando habla de la soberanía del Estado. El Estado como voluntad divina, como la objetivación del espíritu divino es el soberano, la organización real de la comunidad, compuesta de pueblo y monarca que no son en realidad soberanos.

Hegel al hablar de soberanía del pueblo se refiere al viejo concepto aristotélico de autarquía (autosuficiencia), pero el pueblo no puede existir sin su articulación inmediata que es el monarca, al cual llama soberano, porque como elemento formador de la organización política, tiene tanto valor como el pueblo.

Pueblo y monarca configuran un ser con clases sociales, magistrados, organismos de servicios públicos, etcétera. Pero tanto el monarca como el pueblo se tienen que respetar mutuamente, y jamás violar la ley, que es el principio de la seguridad y la abolición del despotismo.

Hegel distinguió entre soberanía interna y externa. La soberanía interna corresponde al Estado, y la externa a la comunidad que no tiene sobre sí a ningún otro poder (“otros soberanos o rectores”).

El Estado como voluntad divina es algo abstracto que sólo se objetiva por medio de la constitución: “El ente abstracto del Estado sólo adquiere vida y realidad mediante la Constitución pero con ésta surge también la distinción entre los que mandan y los que obedecen, los gobernantes y los gobernados.” O sea que ni el pueblo ni el monarca pueden ser soberanos, ya que son delimitados por un ser superior a ellos.

Y cabe hacer notar que Hegel distinguió entre gobernantes y gobernados. Los gobernantes son tan soberanos (autosuficientes) como los gobernados. Esto nos conduce a concluir que el filósofo alemán nunca identificó Estado con gobernantes, es decir que la soberanía nunca reside en los gobernantes, porque ellos no son sino una parte del Estado (como articulación).

A nuestro entender el pensamiento de Hegel no es absolutista, porque la comunidad no se puede regir por el capricho, sino por la ley, y su concepto de libertad —tan debatido— es un pensamiento que tiene actualidad: el hombre tiene una libertad abstracta, la cual sólo se puede concretar dentro del marco social. El interés propio nunca puede privar sobre el interés universal. Sobre este punto, nos parecen esclarecedores estos renglones: “lo individual es esencia, pero tiene su efectividad universal inmanentemente como género más próximo. Su efectividad y determinación vital para lo universal las consigue sólo en cuanto pertenece a determinada corporación, sociedad, etcétera, a través de la cual alcanza, según sus condiciones, la situación social que le corresponde”.

La interpretación de Heller a la idea de la soberanía de Hegel no nos parece apropiada. Con la de Mario de la Cueva no coincidimos en líneas generales, porque no nos parece que Hegel sea el iniciador del imperialismo, primero porque cada Estado es voluntad divina que no se puede subordinar, y segundo porque cada Estado debe ser autárquico.

El titular de la soberanía es el Estado. Tal afirmación es confusa porque nos plantea la necesidad de precisar qué es el Estado, por ello los teóricos del Estado liberal-burgués, no se ocuparon de la doctrina hegeliana. Necesitaban una fórmula que protegiera la libertad burguesa y la propiedad. Atribuir la soberanía ya fuera al rey o al pueblo tampoco satisfacía sus propósitos. La fórmula que les permitió conseguir su fin fue: declarar que la soberana era la constitución; despersonalizaron el concepto para concluir que los hombres estaban gobernados, no por otros hombres, sino por las leyes. Esta idea basada en nociones antiguas, dominó el pensamiento europeo de 1815 a 1848,<sup>45</sup> y como espectáculo —en drama ibseniano— regresa a nuestros días, con nuevos matices, pero sin cam-

<sup>45</sup> Carlos Schmitt, obra citada, p. 9.

biar esencialmente. Nos referimos a Kelsen, de quien hablaremos en el lugar oportuno.

Emparentado con el pensamiento anterior, se encuentra la teoría del jurista holandés Krabbe, quien también despersonalizó el concepto, para afirmar que el orden jurídico era el soberano y que los hombres no estaban gobernados por gobernantes, pues nadie tiene el derecho de mando sobre ninguna persona, sino que somos gobernados por las normas, que contienen un poder espiritual. Uno de los principales párrafos de Krabbe es: "En nuestra época, ya no vivimos bajo el dominio de personas, sean naturales o jurídicas, sino bajo el dominio de las normas o, lo que es igual, de fuerzas espirituales. Estas fuerzas son las que dominan en el mundo contemporáneo, usando esa palabra en su más amplio sentido."<sup>46</sup>

Marx, y decenios después Lenin, no estudiaron la idea de soberanía, a pesar de ser una noción que afecta directamente su teoría del proletariado. En su anhelo de libertad, Marx y Engels, que deseaban que se acabara la explotación y dominio del hombre por el hombre, se inspiraron en el pensamiento de Saint-Simont. Engels declaró: "En lugar del gobierno sobre la personas, se colocará la administración sobre las cosas y la dirección de los procesos de la producción."

Del pensamiento marxista podemos deducir que tanto Marx como Engels y Lenin, por su deseo de abolir la explotación humana, despersonalizaron el concepto de soberanía para después no darle importancia.

Distinto a nosotros piensa Miguel Villoro, para quien Marx y Lenin llegaron a una idea absolutista de la soberanía, parecida al pensamiento hegeliano.<sup>47</sup>

Las teorías de Zorn, Gerber y Borel, según Carré de Malberg, se pueden resumir o condensar en que todas ellas consideran la soberanía como la competencia de las competencias, lo cual significa que quien posee esa totalidad de competencia, puede fijarse libremente las tareas y actividades que desee cumplir.<sup>48</sup>

Aparentemente en estas teorías el problema de la titularidad de la soberanía no tiene importancia, pero no es así, pues sus tesis son opuestas a Hegel, ya que para ellas, la soberanía no puede ser poder del Estado, sino sólo un atributo de él. En verdad estas teorías no son muy claras; así, Gerber declaró: "Las expresiones soberanía del príncipe, soberanía del pueblo y soberanía de la nación, sólo son frases que se aplican a distintas teorías políticas. Con el concepto de soberanía no tiene relación alguna estricta el concepto del derecho del monarca, lo que no obsta para que soberanía y principios monárquicos se confundan a

<sup>46</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 89.

<sup>47</sup> Miguel Villoro, "Tres Sentidos de la palabra Soberanía", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 1962, p. 701.

<sup>48</sup> Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, 1959, p. 90.

menudo.” Este párrafo tiene el valor de haber distinguido claramente que la soberanía y el órgano estatal son nociones diferentes.

En estas teorías la soberanía no radica en el Estado, pero tampoco en el monarca, como se desprende de las líneas de Gerber. Entonces, ¿quién es el titular de la soberanía? Todo parece indicar que, según ellas, es el pueblo.

Otro valor en estas doctrinas es que ponen de relieve que la soberanía había servido para encubrir situaciones reales a través de teorías políticas creadas con esa finalidad determinada.

En los últimos decenios del siglo XIX por soberanía generalmente se entendía el poder soberano del Estado.

Para Haenel, el soberano es la función suprema de la legislación. Para Rehm el soberano es el derecho público que es parte del poder del Estado, etcétera.<sup>48a</sup>

De esta multitud de teorías, una tiene particular importancia para el desenvolvimiento del concepto de soberanía: la del ilustre maestro de Heidelberg, Jorge Jellinek.

Su libro *Teoría General del Estado*, publicado en 1900, es por antonomasia el libro de ciencia política de principios de siglo. En el capítulo catorce de la mencionada obra trata con detenimiento el concepto de soberanía.

Para Jellinek el Estado es una corporación territorial dotada de un poder de mando originario.<sup>49</sup>

Soberano, es aquel poder que no conoce a ningún otro poder como superior a él. El es poder independiente, ilimitado e ilimitable.

Es supremo porque sobre él no puede existir ningún otro poder. Es independiente, en sentido jurídico, pero no real; y es ilimitado al darse el orden jurídico. En realidad, para Jellinek la nota de ilimitabilidad no significa un poder absoluto, sin límites, como veremos más adelante.

Para Jellinek, la atribución soberana es del Estado, pero su acepción de Estado es totalmente diferente a la dada por Hegel. Para el maestro de Heidelberg, Estado es un territorio sobre el cual se logra una unidad entre el pueblo y los

<sup>48a</sup> Héctor González Uribe, obra citada, p. 330, realiza una síntesis de las ideas denominadas *doctrinarismo* y afirma: “Hacia mediados del siglo XIX apareció en Francia una corriente de pensamiento político llamada *doctrinarismo*, que intentaba armonizar los principios revolucionarios con los del tradicionalismo monárquico. Su filosofía fue el *eclecticismo* y sus representantes principales fueron Royer Collard, Benjamín Constant, Guizot y Víctor Cousin”.

“El doctrinarismo no elaboró una verdadera teoría de la soberanía, de acuerdo con los principios de la Ciencia Política, sino que, basándose en combinaciones y acomodamientos circunstanciales, estimó que la soberanía era ejercitada en parte por el rey —que representaba la tradición— y en parte por el pueblo —representante de la fuerza actual—. Sus combinaciones prácticas, empero, fueron estériles, y buscó entonces, aunque en vano, basarse en la “soberanía de la razón” y en la “soberanía de la justicia”, que resultaron fórmulas vagas y sin contenido.”

<sup>49</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 386.

que gobiernan, con la característica de que sobre ese territorio, el poder supremo es ese Estado y ningún otro, porque si no fuera así, esa unidad no sería soberana.

No se puede afirmar que Jellinek siga una tesis absolutista ya que el Estado necesita poseer un orden jurídico, "con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado".<sup>50</sup> Este orden jurídico obliga tanto a los gobernados como al poder del Estado.

Aclara que soberanía no es sinónimo de ilimitabilidad, sino de autolimitación del Estado, por medio de la cual se autodetermina jurídicamente y se obliga a respetar su orden jurídico.

El campo de libertad del hombre dentro del Estado parece ser un pensamiento contradictorio en Jellinek. En el libro que venimos comentando escribió que el Estado no podía ampliar sus competencias, pues si el Estado empezaba a ampliar la esfera de su competencia, los hombres se convertirían en esclavos del Estado, con una capacidad jurídica mínima.<sup>51</sup>

En una conferencia dictada en Heidelberg, declaró que existe una relación entre Estado y libertad, y que el poder del Estado estaba en proporción con la extensión de las libertades de los hombres, y que mientras la extensión de esas libertades avanzara, la actividad del Estado sería menor.<sup>52</sup> En estas nociones se ha querido encontrar una idea absolutista; sin embargo, la conferencia terminó con estas palabras: "La dignidad de la humanidad está en vuestras manos. Conservadla. Se hundirá con vosotros pero se elevará también con vosotros."<sup>53</sup> El conferenciante se dirigía a hombres, no al Estado.

Una conclusión de gran valor es que para él, la soberanía no es nota esencial del poder del Estado, porque pueden existir Estados no-soberanos como los Estados que forman un Estado federal, los cantones suizos, etcétera.

"Soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente"<sup>54</sup> dándose sus propias leyes, obrando conforme a ellas, y determinando la función administrativa y judicial.

Si bien Jellinek habló de la soberanía del Estado, lo hizo entendiendo que Estado es unidad de los elementos que lo conforman. Creemos que esta teoría no niega los derechos humanos ni está emparentada con el pensamiento absolutista, ni que su concepto de Estado sea abstracto,

Pero del pensamiento de Jellinek, existen las más variadas interpretaciones: así, para Miguel Villoro, la doctrina europea se distingue por la afirmación de

<sup>50</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 389

<sup>51</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 393.

<sup>52</sup> Jorge Jellinek, "El origen de la idea del Estado Moderno", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 43-44, México, 1961, p. 526.

<sup>53</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 534.

<sup>54</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 404.

que el Estado es el titular de la soberanía y que el único tratadista europeo que se ha opuesto a esta concepción ha sido Jellinek.<sup>55</sup>

Desde luego, no estamos de acuerdo con Villoro; a nuestro ver, no sólo interpretó erróneamente a Jellinek, sino que se olvidó de toda la corriente europea que asignó la titularidad de la soberanía al pueblo.

Para terminar de comentar el pensamiento de Jellinek, hay que decir que distinguió entre soberanía interna y externa. El carácter interno es el poder de auto-organización, es el poder supremo. El carácter externo estriba en que el Estado es independiente en sus relaciones con los otros Estados.

Si nosotros creemos que las ideas de Jellinek no se pueden encuadrar dentro de una tesis absolutista, no podemos afirmar lo mismo de su contemporáneo Von Treitschke, para quien el Estado es siempre una fuerza ética y un gran bien moral. Para él, el titular de la soberanía es el Estado y no se puede admitir que los gobernados puedan oponerse a una soberanía que según ellos no fuera moral.

Deifica al Estado y piensa que como en algunas organizaciones de la antigüedad, el hombre debe ponerse al servicio del Estado, "a cuyo esplendor y grandeza había de sacrificarse toda otra consideración".

No conforme con su pensamiento totalitario, criticó la democracia. Afirmó que las democracias son compelidas por dos elementos: la envidia y el gusto del pueblo por las figuras heroicas.<sup>56</sup>

El político norteamericano Robert Lansing es partidario de una soberanía que resida en el mundo. Concibe a la humanidad como unidad, como un solo cuerpo; al pensamiento anterior agregó que de la naturaleza de las cosas se deduce que "in this unorganized mass of humanity there must be a certain body of individuals possessing a physical might sufficient to compel obedience by every member of the human race throughout the world. Such superior physical might constitutes sovereignty, and, since its only limit is the earth, it may properly be termed World Sovereignty". Aclara Lansing que "the existing of such supreme force is self-proving"; y basado en esta idea concluye: "the dominant body of individuals possess the World Sovereignty and it is self the World Sovereignty".<sup>57</sup>

Esta teoría no debía denominarse soberanía del mundo, sino soberanía de la fuerza. Un grupo de individuos impondría obediencia a la humanidad, pudiendo ser bondadosos o tiranos, pero su capricho se realizaría por el hecho de poseer la fuerza. Es una teoría totalitaria.

Gioberti, José Manuel Estrada y Mauricio Hauriou, regresan en forma curiosa a viejas tesis medievales, para afirmar que la soberanía radica en Dios.

Las teorías examinadas, en una forma u otra, con excepción de la tesis liberal-burguesa, apoyan la existencia del concepto de soberanía. Si bien es cierto que sus diferencias son de esencia, y que en el problema de la titularidad de la sobe-

<sup>55</sup> Miguel Villoro, obra citada, p. 685.

<sup>56</sup> William Ebenstein, obra citada, pp. 513-518.

<sup>57</sup> Hermann Heller, obra citada, pp. 103-104.

ranía se han afirmado las más contrarias opiniones, todas ellas tienen una nota común: la soberanía es característica esencial del Estado.

Todas estas teorías concluyen que soberanía es independencia interna y convivencia con los Estados. Aplicando el método dialéctico a la evolución de este concepto, decimos que la tesis se da en la baja edad media, es la inexistencia de la soberanía en el mundo del ser. La antítesis es: la soberanía como nota esencial del Estado, con las características de independencia e igualdad externa. La síntesis: no sólo el Estado es soberano, hay una escisión en esta noción, pues existe una diversidad de grupos que también son soberanos.

Pasamos a ocuparnos de esta síntesis dialéctica.

En general, a esta síntesis se le puede denominar pluralismo. Bodenheimer piensa que esta corriente se caracteriza por la aseveración de que el Estado no tiene el monopolio en la creación del derecho, ya que dentro del Estado existen grupos y asociaciones que crean derecho, y son de igual categoría que él. Dentro del Estado, estos grupos son independientes, y en su esfera de acción son tan soberanos como el mismo Estado.

Para el pluralista Maitland, la existencia de los grupos es una realidad que no debe su origen a la voluntad del Estado, quien lo único que hace es reconocer el hecho de su existencia, y como estas asociaciones poseen derechos y obligaciones propios, que no dependen del Estado, sino de su propia esfera de actividades, se puede afirmar que son soberanos.

Figgis, como Maitland, declara que la existencia de los grupos es una realidad social, luego el Estado no es soberano, porque cada grupo tiene autonomía para regir su propia efectividad.

En la vida social —afirmó— se encuentra una “jerarquía ascendente de grupos: familia, escuela, ciudad, condado, sindicato, Iglesia”. El Estado no puede intervenir en las competencias de estos grupos. Existen zonas del pensamiento y de la acción donde el Estado tiene que abstenerse de actuar. Sin embargo, el Estado es la comunidad de las comunidades, cuya finalidad es ser el vínculo final que une a toda esta serie de grupos o asociaciones.<sup>58</sup>

Para Mac-Iver, el Estado es parte importante de la estructura social, pero no es toda la estructura social. El interés común está formado por el Estado, asociaciones culturales, económicas, etcétera, que son coordinados por el mismo Estado; pero son los grupos quienes determinan la política o dirección del Estado, y éste expide las leyes conforme a los cauces que le señalan los conglomerados.

Mac-Iver dice que el soberano final son los grupos, y que además existe el soberano legislativo o gobierno, que se ocupa de todo lo relativo a las leyes.

Mac-Iver identifica este poder soberano legislativo con el Estado, pero la

<sup>58</sup> Vicente Herrero, “Las doctrinas pluralistas de la soberanía en Inglaterra”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 15, México, 1942, pp. 232-235.

“competencia de competencia” según la expresión de Carré de Malberg, la soberanía final, corresponde a los grupos.<sup>59</sup>

El filósofo Russell critica la noción de soberanía externa, pues piensa que al ser la soberanía estatal el juez supremo de sus intereses en relación con los demás Estados, se puede caer fácilmente en la guerra y en la anarquía internacional.

Afirma que por medio de la descentralización geográfica y funcional de círculos electorales profesionales, de la descentralización administrativa, y de autonomía en la industria, se limita la actividad del Estado y se señala el cauce por el cual el parlamento conocerá los deseos de los diversos grupos y el sentido en que debe dictar las leyes.<sup>60</sup>

En nuestra opinión, el más destacado pluralista es el profesor Harold J. Laski, quien en el sentir de Vicente Herrero es “el más interesante de los pensadores políticos ingleses contemporáneos”.

Para Laski, la sociedad es el lugar donde actúan numerosos grupos, y el Estado no es sino uno entre las múltiples organizaciones que compelen a la obediencia y a la fidelidad a sus miembros, pero sin títulos legítimos para que *a priori* los miembros le otorguen la obediencia requerida.

La voluntad del Estado únicamente logra preeminencia sobre la voluntad de los otros grupos en cuanto pueda armonizarla con los intereses del pueblo.

Para Laski la teoría pluralista del Estado se caracteriza en que: “Niega el derecho de la fuerza; anula lo que los hechos mismos anulan —el mandato de obediencia ciego al Estado—; insiste en que el Estado, como toda otra institución, se pruebe por sus actos; crea la competencia entre los grupos, hecho que contribuye al progreso general; niega que el mal pueda tomarse en bien por simple magia del gobernante; establece que los miembros del Estado tienen derecho para poner en tela de juicio sus fundamentos morales; no trata de asignar, con insoportable monotonía, las respectivas esferas del Estado, el grupo y el individuo; afirma que esta obra sale mejor hecha por los mismos acontecimientos; no predica para que la historia se repita —; afortunadamente!—; reconoce la validez de la voluntad de todos para vivir, y sólo sostiene que, en sus conflictos, los hombres presten su lealtad a aquello que aparece como una finalidad moral superior”.<sup>60a</sup>

La soberanía es la consecuencia de la personalidad y la nota esencial de toda personalidad es el poder de voluntad; luego la soberanía es sólo un acto de voluntad, *ya sea para hacer o para dejar de hacer; es un ejercicio de voluntad*

<sup>59</sup> Vicente Herrero, obra citada, pp. 238-239.

<sup>60</sup> Vicente Herrero, “Las doctrinas pluralistas de la soberanía en Inglaterra”, (conclusión), en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 16-17, 1942-1943, pp. 458-462.

<sup>60a</sup> Harold J. Laski, *El problema de la Soberanía*, Editorial Dedalo, Buenos Aires, 1960, p. 26.

*detrás del cual existe un poder capaz de hacer que la posibilidad de obediencia sea lógica.*<sup>60b</sup>

Su idea principal es lograr una descentralización coordinada, funcional y regional, y no jerarquizada; en donde el Estado se convierta en un simple distribuidor de poderes, y en esta forma se camina hacia una organización federal.

En esta exposición Laski confunde el problema de la soberanía con el de la descentralización. Realmente su preocupación estriba en que no existan sociedades centralistas, sino que por el contrario posean una gran descentralización, pero estas cuestiones de federalismo y descentralización no afectan a la soberanía en sí misma, pues siempre existirá un poder último de decisión que a su vez señale las competencias de los grupos y de los órganos.<sup>60c</sup>

A propósito del aspecto externo de la soberanía, concluye diciendo que “no puede haber paz sin una organización internacional que abrogue la soberanía de los Estados particulares”.<sup>61</sup>

Las críticas de los pluralistas no son tanto a la soberanía interna como a la externa, de la cual pensaban y piensan que es la causa primordial de todos los conflictos y luchas de fines del siglo pasado y principios de éste. Razón por la cual se debe abolir la noción de soberanía externa.

Dialécticamente, en la historia se han venido desarrollando las teorías acerca de la soberanía: tesis, antítesis y síntesis. A la síntesis se le opone una nueva antítesis: los que niegan que en la realidad existe este concepto.

Así, el norteamericano James W. Garner aunque atribuye la soberanía al Estado, decididamente se pronuncia en contra de ella; piensa que el concepto de soberanía es el obstáculo principal a una organización mundial y una gran traba para mantener la paz y el progreso de los intereses comunes de los Estados.

El teórico griego N. Politis afirmó que el Estado es una abstracción detrás de la cual están los gobernantes, y como la asociación internacional está integrada por esas abstracciones, en realidad, la asociación mundial está formada por individuos agrupados en sociedades nacionales; por tanto, la asociación internacional es sólo una abstracción más grande que el Estado.

Declaró que el derecho internacional, como cualquier otro derecho, está basado en necesidades económicas, formadas paulatinamente en la conciencia jurídica de los pueblos.

Cree que el dogma de la soberanía ya está en su etapa de desaparición, virtualmente abolido, y que es necesario borrar del lenguaje jurídico la palabra soberanía, ya que ella ha sido la causa por la cual se ha permitido: “donner des apparences de justification a toutes les pretentions arbitraires des gouvernements.

<sup>60b</sup> Harold J. Laski, obra citada, p. 171.

<sup>60c</sup> Véase Héctor González Uribe, obra citada, p. 335.

<sup>61</sup> Vicente Herrero, obra citada, pp. 463-469.

Elle leur a fourni des prétextes pour leur intransigeance, leur ambition, leur impérialisme. Elle les a poussés à des guerres et conquêtes”.<sup>62</sup>

Y como para él la soberanía ya está casi abolida, pensó que el Estado está cerca de ser una federación que administre los servicios públicos.

Estos pensamientos tan radicales están atemperados en la parte final de su obra (*Le problème des Limitations a la Souveraineté Nationale*), de donde se deduce que ni Politis está convencido de que la soberanía sea un concepto superado, sino que más bien lo que se está logrando es eliminar su carácter peligroso. En esta forma, la doctrina de Politis resulta un poco confusa. Más que párrafos concretos, hay que analizar su concepción general: anhela que desaparezca la idea de la soberanía.

León Duguit, quien fue ilustre maestro de la Universidad de Burdeos, es uno de los más señalados teóricos que niegan la existencia del concepto que venimos analizando. Su pensamiento lo podemos sintetizar diciendo que para el maestro francés la noción de soberanía es una idea metafísica, totalmente extraña a la realidad y que se halla en camino de desaparecer.

Para Duguit, el problema estriba en que determinados hombres imponen por la fuerza su voluntad a los demás hombres. Afirmó que este problema era irresoluble, puesto que resolverlo equivaldría a admitir que ciertos hombres son por esencia superiores a otros, o bien admitir que es un dios el superior. Ante la imposibilidad de explicar científicamente la existencia de una voluntad soberana, se pronunció contra la soberanía.

La doctrina de Duguit es una mezcla de sociologismo con sindicalismo. A pesar de que trató de construir una teoría del Estado, la idea que vibra en su obra es la frase de Berth: el Estado está muerto.

Llegamos en nuestra exposición al pensamiento de Hans Kelsen, el famoso jefe de la escuela vienesa, quien ha levantado una de las polémicas más interesantes en la historia del pensamiento jurídico.

Sus teorías y bases filosóficas son sumamente conocidas y discutidas. Acerca del concepto de soberanía, su pensamiento no es claro; en unos libros lo niega radicalmente, en otros atempera su afirmación, y aun en otros lo llega a admitir. Ha llegado a hablar de la soberanía del derecho internacional.<sup>63</sup>

Basados en la idea de su pirámide jurídica, donde la validez y eficacia de la norma individual se desprende de una norma superior, y ésta a su vez de otra, hasta llegar a la unidad que es la fuente de validez de todo el orden jurídico, podemos decir que en cierta forma el pensamiento kelseniano identifica constitución con soberanía. Esta interpretación la deducimos de su afirmación de que: “Sólo un orden normativo puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obe-

<sup>62</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 105.

<sup>63</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 92.

decer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término.”<sup>64</sup> Esta es una teoría donde se despersonaliza el concepto de soberanía, al atribuirla a la constitución.

Sin embargo, en *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, dice que el mundo llegará a tener un orden jurídico universal justo, cuya validez no dependa del reconocimiento de los Estados, pero que para conseguir lo anterior es necesario abolir el dogma de la soberanía de cada Estado.

En otros párrafos agrega que la noción de soberanía debe ser “radicalmente extirpada”, y que debe desaparecer del diccionario del derecho internacional.

El jurista Tena Ramírez cree que el pensamiento kelseniano se puede interpretar en el sentido, de que una vez que el pueblo ejercitó su poder soberano en la creación del orden jurídico, éste pasa a residir en forma exclusiva en la constitución. A esta última interpretación se adhiere el jurista mexicano.<sup>65</sup>

Hermann Heller resume su crítica al pensamiento kelseniano, a este respecto, en un párrafo de gran valor: “La ausencia de patria y de soporte para el concepto de soberanía de la Teoría pura del derecho se desprende, con absoluta necesidad, de la carencia de sujeto. Nunca se había llegado, en forma tan radical, a la despersonalización del mundo de lo jurídico, ni se había negado tampoco, con idéntica radicalidad, el problema fundamental de toda ciencia normativa, que es cuestión relativa a la relación entre norma y personalidad.”<sup>66</sup>

Volvamos al método dialéctico según el cual creemos se ha desarrollado el concepto de soberanía. Como dijimos en páginas anteriores, la tesis fue su inexistencia en el mundo del ser. La antítesis: la soberanía como independencia interna e igualdad exterior. La síntesis: no sólo el Estado es soberano, sino también lo son los grupos y las asociaciones. A la síntesis, se le opone una nueva antítesis: negación del concepto de soberanía. La síntesis es la defensa contemporánea a la idea de soberanía.

En general, la mayoría del pensamiento actual está de acuerdo en defender el concepto de soberanía, no una soberanía absoluta e ilimitada, sino la soberanía que es sinónimo de la libertad y la igualdad de los hombres y de la independencia de los pueblos.

A las teorías que se empeñaron en negar y suprimir la noción de soberanía, se enfrentó el pensamiento del gran defensor de este concepto. Una de las teorías más importantes que al respecto se conocen la dio Hermann Heller.

En su libro encontramos varias definiciones de soberanía; la idea de éstas es la misma, lo que cambia es la redacción. Afirma que soberana es “aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz”. El problema para Heller estriba en conocer quién es el titular de la soberanía: para él, el titular es el Estado, pero hay que tener extremo cuidado

<sup>64</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México 1949, p. 401.

<sup>65</sup> Felipe Tena Ramírez, obra citada, p. 9.

<sup>66</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 90.

en la aseveración del jurista alemán. Para él, la soberanía del Estado no es una cualidad del poder como se deduce del pensamiento hegeliano, ni tampoco identificación con uno de sus órganos, según la teoría de Triepel, sino que el Estado es soberano, porque “el más alto poder decisorio corresponde al Estado como corporación, y en manera alguna a un sujeto individual”. Concibe al Estado “Como una unidad de voluntad, resultante de una pluralidad de voluntades no subordinada a ninguna otra unidad política decisoria superior”.<sup>87</sup>

Voluntad es atributo único del hombre y una pluralidad suprema de voluntades sólo puede ser el pueblo. Luego la soberanía corresponde al pueblo.

Esta identificación de Estado y pueblo tiene en Heller un significado especial. No quiso decir pueblo sin antes dar una explicación, pues temía que se confundiera pueblo con voluntad general, ya que afirmó, la voluntad general no tiene un contenido objetivo, y sobre todo desea ser realista, examinar la realidad, y no crear una utopía. Frente a los conceptos enunciados (Estado, pueblo, voluntad general) se encontró con otra idea: la representación. Luego, ¿quién es el soberano? ¿el pueblo o el representante? Por estas razones habló de la soberanía del Estado como unidad de voluntad resultante de una pluralidad de voluntades.

La representación es una institución subordinada al pueblo, y como esta subordinación es absoluta, habla de la supremacía del pueblo como unidad sobre pueblo como pluralidad.

Su conclusión es acertada y bella: para determinar el titular de la soberanía, hay que concebir “a la *volonté générale* como algo real y presente, unificada en una instancia representativa; sólo otorgando a la *volonté générale* las dos características de realidad y presencia, puede entenderse la naturaleza representativa de una instancia y de los representantes”.<sup>88</sup>

Por la anterior conclusión escribió que el problema del Estado y derecho y el problema de la soberanía se agrupan en el problema de la unión entre voluntad y norma, entre ser y debe ser.

No resistimos la tentación de transcribir su definición del derecho, del cual afirma que “no es, ni un simple sistema de acciones (Meyer), ni la representación que se forma la masa de los individuos de una normación (Beling), sino normas objetivas, plenas de sentido, creadas, conservadas o derogadas por actos de la voluntad humana, intencionalmente dirigidas a la producción de efectos jurídicos”<sup>89</sup> o sea, que el Estado nace y subsiste “por la actuación conjunta de los hombres que lo forman”, y al moverse el hombre dentro del marco de las decisiones jurídico-políticas —en la terminología de Schmitt— o sea, las palabras de Heller: normas jurídicas fundamentales, ciertas y determinadas, se actualiza el orden jurídico ideal.

<sup>87</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 164.

<sup>88</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 168.

<sup>89</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 173.

Declaró que para profundizar en la naturaleza de la soberanía, hay que preguntarse acerca del sentido y fin del Estado, por ello las teorías positivistas no pueden descubrir la importancia y amplitud de la función del Estado soberano.

Heller se enfrenta al problema: soberanía—derecho internacional, y asienta que un derecho internacional que no tenga como punto de partida una pluralidad de Estados soberanos, está destinado al fracaso. Las normas jurídicas del derecho internacional son positivizadas por la “acción de voluntad de unidades decisorias soberanas”, porque una unidad decisoria universal, entendida como “un ordenamiento que domine a todos los Estados no existe todavía”.<sup>70</sup> La idea de soberanía es la base de un orden internacional; si no se tomara en cuenta la soberanía sería imposible construir el sujeto del derecho internacional. Heller concluye que la relación entre derecho internacional y Estado es una relación entre voluntad y norma y no una relación entre dos órdenes jurídicos.

La idea que resume toda la explicación y demuestra la pasión de Heller por la soberanía y su anhelo de defensa del Estado soberano, se encuentra en el siguiente párrafo: “En tanto la pretensión absoluta de los Estados a la propia conservación se encuentra únicamente asegurada por el derecho internacional y en la medida en que no exista un Estado mundial como unidad territorial universal de decisión y acción que sustituya al derecho internacional e impida que la historia universal, se erija en un jurado asimismo universal, cuya función consista en otorgar su aprobación al Estado delincuente internacional que logre imponer su voluntad, la soberanía de cada Estado particular debe ser, en el caso de la soberanía, ante el derecho positivo y la Sociedad de Naciones, *legibus soluta potestas*.”<sup>71</sup> Imposible tratar de explicar el párrafo enunciado; además de ser claro, habla por sí mismo.

El pensamiento de Heller adquiere importancia en nuestros días como el baluarte de los países débiles frente a los poderosos, es la defensa emanada del derecho contra la fuerza.

En 1968, la Unión Soviética invadió Checoslovaquia lo que motivó acrecensuras. El 12 de noviembre de ese año, Leonid Brezhnev, en Varsovia declaró que esta invasión había sido una *medida excepcional dictada por la necesidad*, ya que cuando fuerzas internas y externas enemigas al socialismo pugnen porque un Estado retorne al capitalismo, entonces esa situación “se convierte en problema común que incumbe a todos los países socialistas.”

Los yugoeslavos calificaron a tal noción como la teoría de la *soberanía limitada*; y en esta forma resalta que la idea de la soberanía como instancia decisoria suprema es aún una necesidad en el último tercio del siglo XX.

Creemos que la distinción entre la soberanía interna y externa es el primer paso para delimitar el significado de soberanía. Pasamos a exponer nuestros pensamientos sobre este apasionante tema.

<sup>70</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 249.

<sup>71</sup> Hermann Heller, obra citada, p. 304.

Soberanía interna es la relativa a la vida de cada comunidad política. Es en una palabra: independencia de cualquier orden jurídico que no sea el propio.

Desde el aspecto interno, soberanía tiene tres acepciones, como: principio indiciario, principio sociológico y principio político.

Estos tres principios pueden poseer, y en la realidad a menudo poseen, diferente contenido; entonces son pseudo principios, y sólo se puede hablar de ellos como de principios cuando los tres sentidos coinciden en uno.

Ante todo debemos aclarar que creemos que no existe ninguna duda de que el titular de la soberanía es el pueblo.

Principio indiciario es aquel que está plasmado en la constitución. Es el precepto constitucional enunciativo de la soberanía.

Principio indiciario es nuestro artículo 39 constitucional; al decir principio no estamos desvirtuando su esencia de decisión fundamental, sino que enunciamos una realidad: nos encontramos con un precepto que el Constituyente incluyó en nuestra Norma de Normas.

Este principio indiciario puede declarar que la soberanía radica en el pueblo, en el príncipe o en un grupo.

Principio sociológico es aquel que contiene la realidad permanente y universal de la soberanía. Es el que declara —sin lugar a equivocación— quién es el titular de la soberanía.

Al considerar que el derecho es vida plasmada en normas. Al considerar que el derecho no puede ser tal si es un orden arbitrario o de fuerza. Al considerar que el derecho traduce en normas una realidad, tenemos que concluir que desde el punto de vista del principio sociológico, el único titular de la soberanía es el pueblo, y ningún otro.

Si el principio indiciario no coincide con el principio sociológico, entonces no es un principio, sino pseudo principio.

El principio político es aquel que indica quién es el titular de la soberanía en determinado tiempo y lugar. El principio político manifiesta la efectividad del poder en una comunidad.

El titular de la soberanía debe ser el pueblo, pero por desgracia, con frecuencia es un tirano o una oligarquía. Entonces tampoco podemos hablar de principio, sino de pseudo principio.

Puede darse el caso de que estos tres conceptos difieran entre sí; por ejemplo: el pseudo principio indiciario diría que la soberanía reside en el príncipe. El pseudo principio político nos indicaría que quien gobierna es una oligarquía, que tiene dominado al príncipe. Contra nuestra voluntad, identificamos en este precepto político soberanía y órgano de gobierno, pero en el devenir social, así acontece; y el principio sociológico, en cualquier comunidad, nos expresa que el único titular de la soberanía es el pueblo.

En una organización democrática, los tres principios enuncian un mismo contenido: el titular de la soberanía es el pueblo.

En nuestros días, con pocas excepciones, el principio indiciario coincide con el sociológico, al declararse constitucionalmente que el titular de la soberanía es el pueblo (o como dicen algunas constituciones: la nación). La tragedia estriba en que en la inmensa mayoría de las naciones, el principio político no coincide con los otros dos, sino que un órgano del gobierno es quien posee el poder. Son regímenes tiránicos y dictatoriales. Son formalmente sistemas democráticos, pero en sentido material, son la opresión de la fuerza.

Examinemos la situación mundial actual y concluiremos que el mando, el poder, lo poseen, ya sea una persona, un grupo o un parlamento.

Mientras estos tres principios no coincidan en su contenido, o mientras los otros dos no se adecuen al principio sociológico, la teoría de la soberanía seguirá en crisis.

Cómo va a ser soberano un pueblo que se muere de hambre. Cómo va a ser soberano un pueblo que es explotado. La soberanía es libertad, y en nuestro tiempo está encadenada a intereses contrarios al pueblo. Y hemos de concluir que el pueblo que no es soberano, es esclavo, y debe —como afirmó Rousseau— romper las cadenas.

Soberanía externa es la idea de igualdad de todas las naciones, ninguna es más que otra, todas libres e iguales en el consorcio universal, cuya finalidad es la ayuda mutua y conseguir un mundo más justo.

Hemos de concluir que también, por desgracia, en la sociedad internacional, la situación es similar a la examinada en los párrafos anteriores.

La soberanía es aún una utopía. No se debe hablar tanto de libertad hasta cerrar la época histórica, donde las columnas de la opresión se rompan, y en ellas quede enterrada la utopía.

Es el momento de analizar, aunque brevemente, la evolución del concepto de soberanía en nuestras diversas constituciones, hasta llegar a nuestro artículo 39, y los otros que lo completan. Asimismo basados en nuestro actual precepto constitucional examinaremos otros artículos de la Constitución de Querétaro.

La primera manifestación concreta de la idea de soberanía, nació en México en 1808. Al presentarse la situación caótica de las renunciaciones de Carlos IV y Fernando VII, el ayuntamiento de la ciudad de México se reunió para estudiar la situación de la Nueva España. El acuerdo tomado el 19 de julio de ese año fue enviar una delegación al virrey Iturrigaray, para que tomara las medidas urgentes que la situación reclamaba. El virrey convocó a juntas generales para los días 9 y 31 de agosto, y 1º y 9 de septiembre. A ellas concurrieron todos los personajes políticos de cierta importancia del virreinato. En una de estas sesiones, el síndico de la ciudad, licenciado Primo de Verdad y Ramos, declaró que inspirado en Puffendorff, afirmaba que por las circunstancias que atravesaba el reino la soberanía había recaído en el pueblo. A la pregunta que se le hizo, de cuál era el pueblo en quien había recaído la soberanía, contestó: el pueblo

originario. Bien conocido es el hecho de la muerte de Verdad; su "osadía" le valió ser ahorcado en una celda de la cárcel de la ciudad.

El proyecto de constitución de Rayón contiene ideas confusas acerca de la soberanía. Es, pues, la Constitución de Apatzingán nuestro primer documento en el cual se plasma la idea mencionada (no nos olvidamos de "Los sentimientos de la Nación", documento precursor de la Constitución).

El artículo quinto de la Constitución de 1814 decía: "...la soberanía reside originariamente en el pueblo y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución",<sup>72</sup> y los artículos segundo y tercero establecían: "La facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno, que más convenga a los intereses de la sociedad, constituye la soberanía" y "ésta es por su naturaleza imprescriptible, inenajenable e indivisible."

La teoría que asentó nuestra Constitución de 1814, es el pensamiento de Rousseau: el soberano es el pueblo, por origen. La soberanía no reside en ninguna idea abstracta, sino en el pueblo, y su ejercicio es dictar leyes y establecer la forma de gobierno que más convenga a la sociedad, al pueblo. El artículo tercero es una síntesis del *Contrato Social*, al enunciar las características de la soberanía.

El artículo cuarto dijo: "Como el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos unidos voluntariamente en sociedad, ésta tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera".

Nuestros actuales artículos que se refieren a la idea de soberanía tienen por antecedente inmediato los artículos transcritos, pero hay que declarar, aun a nuestro pesar, que las ideas asentadas en Apatzingán son la mejor declaración que sobre este concepto se conoce en la historia constitucional mexicana.

La soberanía reside en el pueblo. Ninguna de nuestras posteriores constituciones habló de pueblo en el sentido tan amplio que se encuentra en 1814.

Nuestro actual artículo 39 es una combinación de los artículos 4 y 5 de Apatzingán, sin embargo, no tiene la grandeza, ni posee la generosidad de los preceptos del "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana" de 22 de octubre de 1814.

Los artículos 2, 3, 4 y 5 son artículos de la libertad, para y por la libertad. Son artículos más hermosos y bellos que los que contienen las declaraciones francesas de derechos de 1791 y 1793.

El artículo 11 completa al 2º: la soberanía tiene como atribuciones el dic-

<sup>72</sup> Los artículos transcritos están tomados de la obra ya citada: *Leyes Fundamentales...* de Tena Ramírez.

tar, ejecutar y aplicar las leyes. La soberanía es la facultad de hacer el derecho. Soberanía como esencia de un pueblo que tiene por finalidad alcanzar la libertad y la felicidad de los hombres.

La constitución de la libertad no podía desconocer el aspecto externo de la soberanía: “Ninguna nación tiene el derecho de impedir a otra el uso de la soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.” A principios del siglo XIX no existió documento más significativo en el derecho internacional que este artículo noveno. Es la libertad que extiende sus alas sobre la sociedad universal.

El artículo 5º parece una síntesis de un pensamiento expuesto un siglo después: el pueblo ejercita su soberanía a través de sus representantes, quienes están subordinados al pueblo, quien los nombra y les delimita sus funciones. Creemos que este pensamiento es en parte el de Heller.

La Constitución de 1824 en su artículo 1º declaró: “La nación mexicana es para siempre libre e independiente del gobierno español y de cualquiera otra potencia.”

Qué diferencia tan grande encontramos en la declaración del México independiente a la de 1814.

En 1814 se habló de pueblo. En 1824 de nación. En 1814, se señaló la naturaleza de la soberanía: imprescriptible, inalienable e indivisible. Se asentó la finalidad de la comunidad política: la felicidad de sus miembros y se indicó que la soberanía reside en el pueblo por origen, es decir, por esencia.

Todos estos aspectos fueron omitidos en 1824.

Las 7 Leyes Constitucionales de 1836 no contuvieron ningún artículo que se refiera a la soberanía, fue una maniobra para no declarar que residía en una oligarquía, ya que esta pseudo constitución es marcadamente aristócrata.

Las Bases de Organización Política de 1843, en su artículo 1º, establecieron: “La Nación Mexicana, en uso de sus prerrogativas y derechos como independiente, libre y soberana, adopta para su gobierno la forma de República representativa popular.” Y en el artículo 5º dijo: “La suma de todo el poder público reside esencialmente en la Nación. . .”

Otra vez encontramos la idea de que la soberana es la nación, y aun esta declaración es de aristas imprecisas al decir “independiente, libre y soberana”, ya que la soberanía interna tiene como notas esenciales: la independencia y la libertad. Confusa es la doctrina de la soberanía en 1843, porque se confundió el todo con sus partes.

El artículo 4o. del Estatuto Provisional del segundo Imperio Mexicano asentó: “El emperador representa la Soberanía Nacional. . .” Esta es una declaración inválida pues el pueblo mexicano jamás designó representante de su soberanía a Maximiliano. El valor de ese estatuto fue —según la expresión de Lassalle— el de una hoja de papel.

Los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución de 1857, pasaron a la Constitución de Querétaro sin ninguna modificación.

¿Qué significa en la Constitución de 1917 que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo?, ¿son los conceptos de nación y pueblo equivalentes?, ¿qué es la soberanía nacional?

El concepto de nación es esencialmente conservador, lo usaron la contrarrevolución francesa y los realistas de aquel entonces. La nación, entendían esos pensadores, era la historia del país, la cual tenía el derecho de permanencia, de impedir cualquier movimiento violento para no romper con esa historia.

En cambio, la noción de pueblo es el pensamiento de Rousseau, es la idea de la Revolución Francesa, es la idea de libertad, es el anhelo de los hombres por alcanzar la felicidad y realizar un destino.<sup>73</sup>

¿Es que la redacción del artículo apunta una tesis historicista, o es que encadena a las generaciones presentes al modo de ser de las anteriores generaciones?

Castillo Velasco, constituyente y exégeta del Código Supremo de 1857 escribió: "La soberanía, pues, es la potestad suprema que nace de la propiedad que el pueblo y el hombre tienen de sí mismos, de su libertad y de su derecho."

"El artículo constitucional, dice, reside y no residió, porque aunque para el establecimiento de un gobierno delega el pueblo algunas de las facultades de su soberanía, ni las delega todas, ni delega algunas irrevocablemente. Encarga el ejercicio de algunas de esas facultades y atribuciones a aquellos funcionarios públicos que establece pero conservando siempre la soberanía, de manera que ésta reside constantemente en el pueblo."<sup>74</sup>

Como se ve, la idea en 1856-57 no fue la concepción histórica francesa del siglo pasado, sino la idea de pueblo de Juan Jacobo.

Al decir que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, se quiso señalar que México, desde su independencia como pueblo libre tiene una tradición, tradición que no encadena, sino que ayuda a encontrar a las generaciones presentes su peculiar modo de vivir. México es una unidad que a través de la historia se ha ido formando, y que como nación tiene una proyección hacia el futuro, pero sin olvidarse de su pasado, y menos de su presente.

La soberanía nacional reside en el pueblo, en el pueblo de Rousseau, en el pueblo que trabaja para su felicidad. Y reside "esencial y originalmente". Originalmente quiere decir que jamás ha dejado de residir en el pueblo, aunque la fuerza haya dominado, no por ello prescribió a su favor, porque uno de los elementos de la soberanía es su imprescriptibilidad.

Y es "esencial" porque en todo momento el pueblo es soberano; nunca delega

<sup>73</sup> Mario de la Cueva, *La idea de...*, pp. 325-326.

<sup>74</sup> Mario de la Cueva, *La Constitución de...*, pp. 1282-1283.

su soberanía, sino que nombra a sus representantes, los cuales están bajo sus instrucciones y mando. Ante la imposibilidad de reunirse personalmente y decidir las cuestiones que afectan la vida de la nación, el pueblo nombra a sus representantes, pero si no está satisfecho de éstos, los puede cambiar en el momento que crea oportuno.

El artículo continúa diciendo: “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”; es la vieja idea de que la forma de gobierno la determina el pueblo, el amo es el pueblo y la organización política tiene como finalidad: ayudar al hombre a conseguir su felicidad.

“El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”, termina diciendo el artículo 39. La soberanía es una decisión fundamental, es idea integradora de la constitución y no es —en la terminología de Schmitt— ley constitucional. La decisión fundamental es principalmente un principio sociológico, un principio que nace del mismo ser de la comunidad, de su historia, de sus costumbres y se impone para crear el orden jurídico. El pueblo que no está conforme con su gobierno o que se siente oprimido tiene el deber —según los procedimientos jurídicos— de adecuar esa forma al ser real que vive y palpita. Tiene el deber de construir un nuevo gobierno que satisfaga sus necesidades y aspiraciones.

Antes de pasar a comentar el artículo siguiente hay que decir que la idea de nación o pueblo, aún preocupa a algunos teóricos. Así, Villoro piensa que la palabra pueblo debe sustituirse por la de nación, y en todo caso, si se deja la palabra pueblo, se debe entender por este concepto “el conjunto de hombres organizados políticamente, y que poseen ante la comunidad política, deberes y derechos políticos”.<sup>75</sup> Sólo han entendido por pueblo un conjunto inorgánico de individuos, los teóricos que han llevado el propósito de destruir esta noción revolucionaria.

Soberanía es la esencia de la comunidad. Soberanía es la base de todas las demás decisiones, aun de las jurídico-políticas; únicamente así podemos comprender el contenido del artículo 40, y su colocación en el capítulo nombrado “De la soberanía nacional y de la forma de gobierno”. El mencionado artículo expresa: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal. . .” La idea de libertad sigue siendo la idea motriz en estos artículos acerca de la soberanía.

El artículo 41, ante la imposibilidad de que el pueblo ejerza directamente su soberanía como en las *polis* griegas, expresa que la ejerce por medio de los poderes federales y de los poderes de los Estados, según las competencias que el pueblo les ha otorgado en su Norma Magna.

La soberanía interna se ejerce sobre una región determinada del globo terrestre, es la línea que limita hasta donde es aplicable válidamente ese derecho.

<sup>75</sup> Miguel Villoro, obra citada, p. 711.

Y a esa región delimitada de aplicación jurídica se la denomina territorial.

Es el pueblo que ejerce su soberanía sobre un territorio determinado.

La soberanía territorial está establecida en nuestra constitución en el artículo 42: las partes integrantes de la federación; las islas, con las arrecifes y cayos en los mares adyacentes; las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo; la plataforma continental entendida en su doble sentido, tanto el lecho y el subsuelo submarino que parte de la costa como el que se encuentra en las islas; el mar nacional y el mar territorial, y el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional.

Si nos pareció que en lo relativo a la declaración de la soberanía interna nuestra reglamentación actual no llegaba a la altura y magnificencia de la asentada en 1814, en lo relativo a la soberanía externa nuestra constitución no contiene ningún precepto expreso, y buena falta le hace. Todas las constituciones de reciente elaboración, a partir de la de Weimar de 1919, contienen declaraciones de lo más significativas y amplias respecto a este problema. La soberanía externa, en el artículo 9º de la Constitución de Apatzingán, es una decisión clara y de contenido vibrante. Lástima que esa enseñanza no se haya convertido en tradición.

En forma oscura, nada clara, se encuentran en la constitución unos renglones que nos permiten afirmar que la constitución actual no se olvida completamente de la soberanía externa, y de la existencia de una comunidad internacional.

Los artículos 2, 11, 27 (párrafo 7, I) 30, 32, 33, 37, 55-I, 73-XVI, 82-I, 91, 95-1, 117-V y VIII, 119, 123-VII y 130 hablan de los extranjeros, ya sea directa o indirectamente.

Nuestro propósito no es servirnos de esos artículos para nuestra interpretación sino de los artículos 15; 76, fracciones I y II; 89, fracción X; y 133.

El artículo 15 manifiesta: "No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos... ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano."

Artículo 76-I: "Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión." Este artículo se refiere a las facultades exclusivas del senado.

La fracción X del artículo 89: "Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras..." Todo el artículo consigna los derechos y obligaciones del presidente de la República.

El artículo 133: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, cele-

brados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión. . .”

Punto sin discusión es que acepta la existencia de otras comunidades políticas.

Lo importante es que habla de tratados, y los tratados son acuerdos entre Estados, pero interesante es ver que no se mencionan tratados de guerra, sino genéricamente: tratados y éstos se dan entre Estados soberanos e iguales, únicamente los mal llamados tratados de guerra son entre Estados en situación desigual. Como no nos podemos guiar por la excepción, la constitución al hablar de tratados está reconociendo la existencia de Estados soberanos e iguales; entre los desiguales no hay “trato” (do) sino mandato; y reconocer Estados soberanos e iguales es aceptar la noción de soberanía externa. México es igual que Costa Rica o Ecuador, que Rusia o Norteamérica.

Pero la reglamentación del artículo 133 otorga a los tratados carácter de ley suprema de México. Los tratados no son un acuerdo de voluntades cualquiera, no es una norma jurídica secundaria, sino que la Constitución Federal, las leyes federales y los tratados son la ley suprema de la nación.<sup>75a</sup> Esto es admitir que un precepto internacional es ley en el Estado, que su categoría de norma está casi en la cúspide de la pirámide kelseniana. Luego, en la Constitución de 1917 sí se reconoce el aspecto externo de la soberanía.

Sin embargo, en este aspecto estamos atrasados, si comparamos nuestra Constitución de Querétaro con constituciones como la francesa, la italiana y las alemanas tanto occidental como oriental.

#### IV. LA DIVISIÓN DE PODERES

Soberanía popular y derechos del hombre y del ciudadano son ideas que la Revolución Francesa enmarcó en las constituciones galas de 1791, 1793 y 1795. La nueva estructura política, basada en las ideas de soberanía y derechos del hombre, dio nacimiento al estado de derecho, el cual representó el anhelo de los hombres de ser gobernados, no por sus semejantes, sino por las leyes.

En los dos capítulos anteriores, hemos afirmado que soberanía y derechos humanos son la idea misma de la libertad, pero esa libertad necesitaba asegurarse, necesitaba hacerse efectiva y por esta necesidad —el mundo está determinado por sus necesidades—, los constituyentes franceses se inspiraron en los conceptos vertidos en una utopía. Así como la utopía denominada *Contrato Social* había inspirado a aquellos iluminados en la concepción de la soberanía popular, indivisible, inalienable e imprescriptible; así, otra utopía inspiró las líneas del artículo 16 de la declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos del hombre no esté asegurada, NI DE-

<sup>75a</sup> Sobre estos aspectos se puede consultar, Jorge Carpizo, “La Interpretación del Artículo 133 Constitucional” en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, tomo II, número 4, México 1969, pp. 3-32.

TERMINADA LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES, CARECE DE CONSTITUCIÓN.”

La idea de la división de poderes vino a ser el aspecto dinámico para impedir la violación de la libertad.

Que el poder detenga al poder es el grito del nuevo pensamiento. “...le pouvoir arrête le pouvoir”, es la frase que cinceló y completó las teorías de toda una época: la aurora del constitucionalismo moderno.

En 1748, Montesquieu publicó *El Espíritu de las Leyes*. Hacía catorce años que laboraba en el manuscrito. En alguno de esos años escribió el capítulo sexto del libro oncenno. Y así, nos entregó en unas líneas la idea de la división de poderes: que el poder detenga al poder: Que lo detenga por y para la libertad del hombre. Que una misma persona no posea todo el poder, porque entonces la libertad fenece.

Se ha dicho que la teoría de la división de poderes ya la encontramos en el mundo griego de las *polis*, y para confirmar la aseveración se cita al Estagirita en un párrafo de *La Política*: “En todas las Constituciones hay tres elementos con referencia a los cuales ha de considerar el legislador diligente lo que conviene a cada régimen. . . De estos tres elementos, pues, uno es el que delibera sobre los asuntos comunes; el segundo es el relativo a las magistraturas, o sea cuáles deben ser, cuál su esfera de competencia y cómo debe procederse a su elección y el tercer elemento es el poder judicial.”<sup>76</sup> A continuación, el célebre filósofo enumeró las funciones de cada uno de estos elementos. Lo que Aristóteles se propuso en el párrafo transcrito no fue otra cosa que una descripción de la Atenas clásica; y en ella no era posible un poder superpuesto a los ciudadanos, ya que ellos eran el único poder posible.

También se ha afirmado que en el pensamiento de Polibio y Cicerón se encuentra la idea de la separación de poderes. En realidad, en estos filósofos-historicistas no se halla vestigio de una división de poderes, sino de una combinación de las diversas formas de gobierno. Su conclusión, y acertada, fue que la mejor constitución es aquella que reúne en sí los principios democráticos, aristocráticos y monárquicos.

Bluntschli afirma que en Roma, en época anterior a los cónsules, se logró que las diversas funciones de la actividad estatal se repartieran en diferentes funcionarios. Este autor enumera las varias funciones que pertenecieron a la asamblea del pueblo, a los comicios, al senado y a los magistrados. Pero el mismo Bluntschli señala que el senado, gobernaba, legislaba y administraba y que los magistrados gobernaban y juzgaban. La exposición que realiza este pensador coincide con el pensamiento de Cicerón y de Polibio acerca de la Constitución Romana.

Interesante es anotar que en las provincias regidas por el Imperio Romano

<sup>76</sup> Aristóteles, *La Política*, México, 1963, pp. 130-131.

de Oriente existieron unos funcionarios con atribuciones civiles, y otros, con atribuciones militares. Esta diferenciación de funciones fue establecida por razones de seguridad política, para que el subordinado no poseyera todas las funciones en una determinada región.

En la edad media el concepto dominante fue el de *jurisdictio*, y esta concepción implica la idea de poder único.

En las teorías de Maquiavelo y Loyseau, y posteriormente en Hobbes, imposible es una división de poderes, ellos son los máximos defensores del gobierno absoluto. Misma afirmación podemos hacer de Bodino, aunque no desconocemos un extraño párrafo en su *opera magna*, donde afirmó que ser juez y legislador era mezclar la justicia y la gracia, la ley y la arbitrariedad, que era en suma, corromper el derecho (L. IV, c. VII).

El autor de *Defensor pacis* distinguió entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Esta distinción la basó en las ideas de pueblo y príncipe. El pueblo, en quien recae la soberanía, es su propio legislador. Claramente se percibe que estas líneas están acordes con la interpretación que del pensamiento de Marsilio hicimos en el capítulo anterior (I, 12, 13).

El pensamiento de Puffendorf no es claro. Afirmó que la organización estatal persigue, fines, que se logran a través de las partes *potentialis summi imperii*, y que estas partes eran: la *potesta legislatoria*, *poenas sumendi*, *judiciaria*, *belli et pacis idemque foederum feriendorum*, *jus magistratus constituendi*, *tributa indicendi* y el *examen doctrinarium*.<sup>77</sup> Pero pensó que escindir el poder en legislativo y ejecutivo, sería peligroso al buen desarrollo de las funciones estatales.

Schmitt nos demuestra cómo el pensamiento europeo del siglo XVI estuvo dominado por la idea de un equilibrio, “de un contrapeso de fuerzas opuestas”.

Es Bolingbroke quien aplica las anteriores ideas al pensamiento que nos ocupa. El autor inglés señaló la necesidad de equilibrar los poderes del rey, de la cámara alta y de los comunes. También habló del indispensable equilibrio entre las prerrogativas del rey y las libertades del pueblo.<sup>78</sup>

El destronamiento de Carlos I de Inglaterra, ya no es conocido. El nuevo “rey”, que se hizo llamar Lord Protector, expidió el “Instrument of government”, donde el poder legislativo se atribuyó al parlamento y el ejecutivo y administrativo al Lord Protector.

Después de la muerte de Cromwell, la familia de los Orange llegó al trono inglés y, presionada por el pueblo promulgó en 1689 el “Bill of Rights”, del cual ya hemos hablado, y donde encontramos una incipiente división de poderes.

El rey inglés Jacobo I, cabeza de la dinastía de los Orange, declaró que era competente para resolver cualquier asunto jurisdiccional. Coke, justicia mayor del reino, le contestó: “De acuerdo con la ley de Inglaterra, el rey en persona

<sup>77</sup> Jorge Jellinek, *Teoría General...*, p. 486.

<sup>78</sup> Carl Schmitt, obra citada, p. 213.

no puede juzgar causa alguna; todos los casos civiles y penales, tendrán que fallarse en algún tribunal de justicia, de acuerdo con la ley y la costumbre del reino." La contestación real fue: "creo que la ley se funda en la razón; yo, y otros, poseemos tanta razón como los jueces".

Coke —resumen de virtudes ciudadanas—, contraopinó: "Los casos que atañen a la vida, a la herencia, a los bienes o al bienestar de los súbditos de su Majestad, no pueden decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio de la ley, la cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un individuo pueda llegar a conocerla a fondo."

Planteado el problema, el rey declaró que según la tesis de Coke, "él estaría sometido a la ley, lo cual era tradición sostener". La réplica del justicia mayor consistió en que el rey no está sometido a ningún hombre sino únicamente a "Dios y a la ley".<sup>79</sup>

Podemos afirmar que —entonces— la teoría de la división de poderes estaba naciendo. El primer teórico del principio es Locke, y sus inmediatos antecedentes son el "Instrument of government" y el "Bill of Rights".

En 1690, John Locke, gran doctrinario del Estado liberal burgués publicó los ensayos sobre el gobierno civil. En el capítulo XII del segundo ensayo nos habla de tres funciones estatales: la legislativa, la ejecutiva y la federativa, y no es sino hasta finales del capítulo XIII que nos perora de una cuarta función: la prerrogativa.

El legislativo expide las leyes. El ejecutivo las aplica sin interrupción y constantemente en la vida interna de la comunidad. El federativo es poder ejecutivo externo, es decir, respecto a otras comunidades políticas.

En concreto, lleva ese poder consigo (el federativo) el derecho de la guerra y de la paz, el de constituir ligas y alianzas, y el de llevar adelante todas las negociaciones que sea preciso realizar con las personas y las comunidades políticas ajenas".<sup>80</sup>

La función prerrogativa está compuesta de la facultad de reglamentar las leyes,<sup>81</sup> de la facultad de indultar al delincuente<sup>82</sup> y de la facultad contra *legem*, siempre y cuando sea por el bien de la comunidad.<sup>83</sup>

Locke distribuyó las cuatro funciones en dos poderes: el legislativo cuya función sería la legislativa, y el ejecutivo titular de las otras tres funciones.

La doctrina de Locke posee un elemento que no se encuentra en el pensamiento anterior al teórico inglés: el deseo de limitar el poder para evitar el abuso del mismo.

Locke y el acta de establecimiento de 1701 en Inglaterra —que estipuló la

<sup>79</sup> Felipe Tena Ramírez, *Derecho...*, pp. 193-194.

<sup>80</sup> John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires, 1963, p. 167.

<sup>81</sup> John Locke, obra citada, p. 179.

<sup>82</sup> John Locke, obra citada, p. 182.

<sup>83</sup> John Locke, obra citada, p. 185.

libertad de los jueces— son el material en el cual Montesquieu encontró las raíces para su teoría. A estas bases, el teórico francés añadió su gran imaginación y su anhelo de libertad.

La utopía denominada *El Espíritu de las Leyes* en su libro xi plasmó la división de poderes. Montesquieu consiste en haber reconocido la majestad del poder judicial, ya no como parte del poder ejecutivo, sino como un poder independiente de los otros dos.

Il y a dans chaque État —escribió el teórico francés— trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil.<sup>84</sup> Por la primera —dice Montesquieu— se hacen las leyes. Por la segunda, se realiza la paz o la guerra, se controla la función diplomática y se establece la seguridad de la comunidad, tanto en el aspecto interno como en el externo. Y por el tercer poder, se castigan los delitos.

Son tres poderes, tres departamentos, que se detienen unos a los otros. Son tres potestades independientes.

Para que la libertad florezca, necesario es que el titular de alguno de esos poderes no lo sea también de ningún otro. Y su celo lo hizo escribir: "Tout seroit perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers."<sup>85</sup>

Hemos afirmado que *El Espíritu de las Leyes* es una utopía, porque no estuvo inspirado en Inglaterra, ya que en el siglo xviii, la gran isla europea no era el país magnífico de la libertad —que Montesquieu describió— sino que estaba constituida políticamente por una oligarquía, un gobierno de mediocres y egoístas, de gobernantes corruptos y un pueblo torturado, explotado, burlado y despojado.<sup>86</sup>

El mérito de una teoría no estriba —únicamente— en su perpetuidad o en su estaticidad, sino en su dinámica, en las repercusiones que obtiene, en los elogios y en las críticas de lo original que conservan los nuevos pensamientos suscitados por ella, y en algunos casos, en la oposición que encuentra.

El pensamiento montesquieuano, en su esencia, aún perdura: que se asegure la libertad.

Aún vivía el escritor de *Grandeza y Decadencia de los Romanos* cuando su teoría empezó a ser criticada. Ripert de Monclar puso de relieve la inexactitud de la proposición de la separación de poderes aplicada al sistema inglés.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Montesquieu, *L'Esprit des Lois en Oeuvres Complètes* (Gallimard). tomo II, París, 1949, p. 396.

<sup>85</sup> Montesquieu, obra citada, p. 397.

<sup>86</sup> Boris Mirkine Guetzévitch, "De l'Esprit des lois a la démocratie moderne" en *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, París, 1948, p. 14.

<sup>87</sup> Georges Burdeau, obra citada, tomo IV, p. 298.

Bentham, en 1776, criticó acremente la teoría de la separación de poderes. Y Rousseau tampoco la admitió.

Mirabeau expresó que “Les valeureux champions des trois pouvoirs tacheront de nous faire comprendre ce qu'ils entendent par cette grande locution des trois pouvoirs et, par exemple, comment ils conçoivent le pouvoir législatif sans aucune participation au pouvoir exécutif”.<sup>88</sup>

Una de las críticas más agudas en nuestros días al principio del cual nos venimos ocupando la ha escrito el conocido pensador Carré de Malberg, quien encuentra la falla del mencionado pensamiento en “avoir cru possible de régler le jeu des pouvoirs publics par le moyen d'une séparation mécanique et, en quelque sorte, mathématique; comme si les problèmes de l'organisation en l'Etat étaient susceptibles d'être résolus par des procédés d'une telle rigueur et précision”.<sup>89</sup>

Y en las últimas décadas, una de las críticas más profundas al principio de la separación de poderes, la enunció Woodrow Wilson, quien dijo: “. . . el principio de la Constitución americana es tener varias autoridades soberanas con la esperanza de que su número compense su inferioridad. El resultado práctico del fraccionamiento de la autoridad que se imaginó en nuestro sistema político, ha sido que cada rama del gobierno ha recibido una pequeña fracción de responsabilidad, respecto de la cual la conciencia de cada funcionario puede sustraerse fácilmente. . . Tal como está constituido el Gobierno Federal carece de fuerza porque sus Poderes encargados de obrar son demasiado numerosos; carece de eficacia porque su responsabilidad es vaga.”<sup>90</sup>

Si bien las críticas han sido demoledoras, y hoy día se considera que el poder público es indivisible, y que lo divisible son las funciones, o las facultades, o el ejercicio del poder, etcétera, no ha faltado algún teórico, que con el propósito de rejuvenecer la teoría de Montesquieu, haya afirmado que en el pensamiento del autor francés los poderes no están separados, sino coordinados, y que cada uno de los poderes colaboran con el otro.<sup>91</sup> Creemos, y con fundamento, que aunque el pensamiento de Montesquieu sí implica la separación de poderes, las ideas modernas se inclinan por una colaboración de funciones orientadas hacia un fin común.

Necesario es detenernos en el concepto de función. Marcel de la Bigne define las funciones como “les grands courants empiriquement et spéculativement

<sup>88</sup> Marcel de la Bigne de Villeneuve, *La Fin du principe de Séparation des Pouvoirs*, París, 1934, p. 32.

<sup>89</sup> Marcel de la Bigne, obra citada, p. 39.

<sup>90</sup> Miguel Lanz Duret, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1959, p. 104.

<sup>91</sup> Maurice Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, 1927, p. 165.

discernables d'activité spécialisée, que l'État met en oeuvre pour atteindre son but, selon la nature des objets qui la sollicitent".<sup>92</sup>

La función se divide desde los diferentes puntos de vista, en funciones formales y materiales.

Desde el punto de vista formal se atiende al órgano que realiza la función. Así, todas las funciones del legislativo serán actos legislativos sin importar la naturaleza del acto. Pero desde el punto de vista material, se atiende a la naturaleza intrínseca del acto, sin importar el órgano que realiza la función. Ejemplo de lo anterior es la facultad reglamentaria que posee el ejecutivo. El reglamento, formalmente es función ejecutiva, pero materialmente es función legislativa ya que es una norma general, abstracta e impersonal.

Aunque sería importante determinar el criterio apropiado para clasificar las funciones materiales de los diversos órganos estatales, consideramos que dicho estudio rebasaría los límites de este capítulo. Bástenos tener presente la clasificación de las funciones en materiales y formales, porque esta clasificación nos será indispensable en páginas posteriores.

Pasamos al análisis somero de la evolución del principio de la separación de poderes en el orden constitucional mexicano.

La Constitución de Apatzingán ligó íntimamente la idea de soberanía con el principio de la separación de poderes. El artículo 11 decía: "tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares."<sup>93</sup>

Esta separación respondió a la idea de otorgar cada función material a un órgano diferente.

La concepción de 1814 acerca del problema de la división de poderes se resolvió de acuerdo con la teoría de Montesquieu. El artículo 44 estipuló: "Permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de *supremo congreso mexicano*. Se crearán, además, dos corporaciones, la una con el título de *supremo gobierno* (poder ejecutivo), y la otra con el de *supremo tribunal de justicia* (poder judicial)."

El poder o corporación predominante fue el legislativo, pues además de poseer un sinnúmero de facultades, era quien tenía el control constitucional, al estipular el artículo 107, entre sus competencias: "Resolver las dudas de hecho y de derecho, que se ofrezcan en orden a las facultades de las supremas corporaciones." En este sentido, se afirma que el ejecutivo fue "un siervo del Congreso. Su única participación en la función legislativa, ya que no gozaba de la facultad

<sup>92</sup> Marcel de la Bigne, obra citada, p. 82.

<sup>93</sup> Los artículos transcritos, de las diversas constituciones mexicanas, están tomados del libro *Leyes Fundamentales*. . de Tena Ramírez; obra que ya hemos citado en varias ocasiones.

reglamentaría, era un derecho de veto, del cual gozaba también el Supremo tribunal.”<sup>94</sup>

El artículo 9º del acta constitutiva de la federación, en 1824, decía: “El poder supremo de la federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo.”

Este artículo 9º es de capital importancia, pues marca el cauce que desde aquel entonces han seguido todas nuestras Normas Fundamentales respecto al principio de la separación de poderes. En tal sentido están los artículos correspondientes, en la Constitución de 1824 (artículo 6º), en las bases constitucionales de 1835 (artículo 4º), en los proyectos de constituciones de 1842 (en el proyecto de la mayoría, artículo 5º, y en el de la minoría, artículo 27), en las bases de organización política de 1843 (artículo 5º), en la Constitución de 1857 (artículo 50), y en la Constitución de 1917 (artículo 49).

Lo primero que debemos asentar es que el artículo del acta constitutiva y toda nuestra historia constitucional (salvo en 1814, como dijimos) no acepta la tesis de la separación de poderes, entendiéndose por ésta, poderes independientes. La tesis que han seguido nuestras constituciones es que existe un solo poder: EL SUPREMO PODER DE LA FEDERACIÓN, el cual se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial únicamente en 1836 se dividió en cuatro).

¿Qué significa la expresión: “El supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio”? La fórmula anterior proviene del liberalismo y nosotros afirmamos que es falsa, porque generalmente, uno de los órganos estatales reduce a los otros a la subordinación, o cuando menos tiene notoria predominancia. Así, en 1857, el órgano poderoso fue el legislativo, y de 1917 a nuestros días es el ejecutivo.<sup>94a</sup> En la actualidad la fórmula liberal subsiste únicamente “a título de disposición técnica en el cumplimiento de las tareas gubernamentales.”<sup>95</sup>

Esmein corrobora el pensamiento anterior al afirmar que “Il est même inévitable que l'un des pouvoirs ait la prépondérance sur les autres”.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Miguel de la Madrid H., “División de Poderes y forma de Gobierno en la Constitución de Apatzingán” en *El Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, 1964, p. 524.

<sup>94a</sup> En el Constituyente de 1916-1917 se trató de reforzar al poder ejecutivo por considerarse que el predominio lo tenía el poder legislativo de acuerdo con la ley fundamental de 1857, y por esta razón, en varias direcciones se fortaleció al ejecutivo. Héctor Fix Zamudio, “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917”, en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XX, núms. 58-59, México 1967, pp. 48-50, indica con precisión los caminos que se tomaron para dicho refuerzo.

<sup>95</sup> Georges Burdeau, obra citada, tomo IV, p. 298.

<sup>96</sup> A. Esmein, *Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, tomo I, París, 1921, p. 469.

Si bien, en México, siempre el supremo poder de la nación se ha dividido para su ejercicio en: legislativo, ejecutivo y judicial, ocasión hubo en que la fórmula sufrió alteración. El artículo 4º de las bases constitucionales del 15 de diciembre de 1835, estableció: "El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, que no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar los límites de sus atribuciones." Y de aquí la idea que se detalló en la segunda ley constitucional de 1836: la creación del supremo poder conservador.

La idea de Sieyès prendió en México, y la constitución conservadora estableció un aparato fantasmal, compuesto por cinco individuos. El artículo doce de la ley señaló las atribuciones de este cuarto poder: anular los actos de cualquier poder, excitado para ello por cualquiera de los otros poderes; excitado por el congreso, declarar la incapacidad física o moral del presidente de la República; excitado por un poder, suspender las labores de la corte de justicia; excitado por el ejecutivo, suspender hasta por dos meses las sesiones del legislativo; excitado por la mayoría de las juntas departamentales, declarar cuando el presidente debía renovar su gabinete; otorgar o negar la sanción a presuntas reformas constitucionales; calificar las elecciones de senadores y nombrar a quienes juzgarían a los ministros de la suprema corte. Quizá no debimos enumerar las atribuciones del llamado supremo poder conservador (idea en gran parte de Lucas Alamán) y haber dicho: que podía hacer todo lo que su capacidad le ordenara.

El principio que analizamos ha tenido, en la historia constitucional de México, una protección, consistente en que no pueden reunirse dos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el legislativo en una sola persona, aunque esto no ha tenido vigencia en la realidad.

Creemos que esta breve reseña del principio de la separación de poderes en México, nos ayudará a comprenderlo en nuestra actual Carta Magna.

El artículo 49 de la Constitución de Querétaro ha sido reformado varias veces; en la actualidad su texto dice: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

"No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar."

Al ser México un Estado federal existen los poderes de la unión o federales, y los de cada Estado en particular, organizados éstos, conforme a la estructura seguida por la Federación, es decir, en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Tal es el sentido del artículo 41: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos, y por los de los Estados, en los términos respectivamente establecidos por la presente

Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal...”

El título tercero, capítulo primero de nuestra constitución se intitula “De la División de Poderes”. Esta denominación subsistió en nuestra Norma Fundamental únicamente por tradición, ya que el sistema establecido es diferente al que indica el mencionado título.

La Constitución de 1917 se basa en dos principios para otorgar la competencia a los órganos estatales, a saber: 1) el principio de colaboración y 2) la noción de funciones formales y materiales.

Por el primer principio, dos o los tres órganos del Estado realizan parte de la función establecida. Ejemplo: la iniciativa y el veto presidencial en el proceso de formación de las leyes.

El segundo principio nos indica que no siempre coinciden las funciones formales con las materiales; así el órgano legislativo realiza funciones administrativas y jurisdiccionales, y los otros dos órganos realzan funciones materialmente legislativas, administrativas y jurisdiccionales.

A continuación, analizamos concretamente, en la constitución, nuestro sistema de coordinación. Distinguimos arbitrariamente cuatro secciones en las relaciones de los órganos; bien pueden ser siete, si vemos que cada una de las tres primeras secciones se pueden bifurcar en dos si se analizan por separado, o sea, estudiando las funciones materiales de un órgano respecto al otro, y luego las de éste otro respecto al que se analizó primero. Para mayor sencillez asentamos las relaciones de los órganos, basados en nuestros dos principios, en 4 secciones:

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

Téngase en cuenta que el artículo 73 consagra las facultades del congreso de la unión; el 74, las facultades exclusivas de la cámara de diputados; el 76, las facultades exclusivas del senado y el artículo 89, las facultades del presidente de la república.

En la primera sección enumeramos las relaciones de cooperación entre el ejecutivo y el legislativo; las funciones materialmente administrativas o gubernativas realizadas por el órgano legislativo. Igual orientación siguen las otras secciones.

### *I. Ejecutivo-Legislativo:*

1. La suspensión de garantías individuales la decreta el presidente de la república de acuerdo con el consejo de ministros y con la aprobación del congreso de la unión (artículo 29).

2. La cámara de diputados, anualmente, revisa la cuenta pública del año anterior, ve su exactitud y justificación, y dicta cualquier responsabilidad que de ella se derive (artículo 74-IV).
3. El presidente de la república resuelve, cuando las cámaras no se ponen de acuerdo, la terminación anticipada del periodo de sesiones (artículo 66).
4. Cuando las cámaras difieren sobre la conveniencia de trasladarse a determinado lugar y en el tiempo y modo de efectuarlo, el presidente decide, eligiendo una resolución de las dos propuestas por las cámaras (artículo 68).
5. El presidente de la república asiste a la apertura de sesiones del congreso y presenta un informe escrito del estado general de la administración pública (artículo 69).
6. El presidente de la república es competente para iniciar leyes o decretos (artículo 71-I).
7. El ejecutivo es el encargado de la publicación de las leyes (artículo 72, a).
8. El presidente tiene respecto a los proyectos de leyes o decretos el derecho de veto (artículo 72, c).  
Facultades del congreso de la unión, que materialmente no son función legislativa:
9. La admisión de nuevos Estados y la creación de nuevos Estados dentro de los límites de existentes (artículo 73-I y III).
10. Para arreglar definitivamente los límites de los Estados (artículo 73-IV). 73-IV).
11. Para cambiar la residencia de los poderes federales (artículo 73-V).
12. Establecer, organizar y sostener toda una organización educativa (artículo 73-XXV).
13. Conceder licencia al presidente. Nombrar en caso de ausencia o renuncia del presidente a quien deba reemplazarlo, así como aceptar su renuncia (artículo 73-XXVI y XXVII).  
Facultades exclusivas de la cámara de diputados, que materialmente no son funciones legislativas:
14. Vigilar el funcionamiento y nombramientos del personal de la contaduría mayor (artículo 74-II y III).
15. Aprobar o no aprobar los nombramientos de los magistrados del tribunal superior de justicia del distrito federal (artículo 74-VI).  
Facultades exclusivas del senado, que materialmente no son funciones legislativas:
16. Aprobar los tratados internacionales, los nombramientos de embajadores, agentes diplomáticos, cónsules, generales, coroneles y demás jefes

- superiores del ejército, armada, fuerza aérea y hacienda (artículo 76-I y II).
17. Autorizar todo lo relativo al movimiento de tropas al exterior, el paso de tropas extranjeras por territorio nacional y la estancia de escuadras —que exceda de un mes— en puertos del país (artículo 76-III).
  18. Dar su consentimiento en algunas circunstancias, para que el presidente pueda hacer uso de la guardia nacional (artículo 76-IV).
  19. Declarada la desaparición de poderes en una entidad federativa, nombrarle gobernador, a propuesta en terna del presidente (artículo 76-V).
  20. Otorgar o no otorgar su aprobación a los nombramientos de ministros de la suprema corte de justicia, y las licencias o renunciaciones de los mencionados funcionarios (artículo 76-VIII).
  21. El artículo 77 concede a cada cámara funciones de trámite administrativo.
  22. El presidente puede proponer a la comisión permanente convocar a una de las cámaras o a las dos a sesiones extraordinarias (artículo 79-IV).  
Facultades legislativas del ejecutivo:
  23. Los supuestos del artículo 29.
  24. La realización de los tratados internacionales (artículo 76-I).
  25. La facultad reglamentaria (artículo 89-I).
  26. En los casos previstos sobre salubridad general (artículo 73, XVI).
  27. El congreso puede facultar al ejecutivo para regular las tarifas de exportación e importación, crear otras, y las medidas necesarias para regular el comercio exterior, la economía del país y la estabilidad de la producción nacional (artículo 131, 2º párrafo).
  28. Los secretarios de estado y los jefes de los departamentos administrativos rendirán cuenta al congreso de la situación que guardan sus respectivas dependencias. Cualquiera de las cámaras puede citar a esos funcionarios, así como a los directores y administradores descentralizados federales o de las empresas de participación estatal mayoritaria, en ciertos casos, para obtener informes (artículo 93).

## II. *Legislativo-Judicial:*

1. Las cámaras resuelven, en última instancia, las dudas que existieren en la calificación de credenciales de sus miembros (artículo 60).
2. Conceder amnistías (artículo 73-XXII).
3. Conocer de las acusaciones que se hagan a los funcionarios públicos por delitos oficiales, y resolver si presenta o no acusación a la cámara de senadores. Asimismo resolver si desafuera o no (artículo 74-V).
4. Resolver las cuestiones políticas, llenando ciertos requisitos, que surjan entre los poderes de un Estado (artículo 76-VI).

5. Erigirse en gran jurado para conocer de los delitos oficiales de los altos funcionarios (artículo 76-VII).

### III. *Judicial-Ejecutivo:*

1. La autoridad administrativa puede ordenar en casos urgentes y cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial la detención de un acusado en los delitos que se persiguen de oficio, poniéndolo de inmediato a disposición de la autoridad judicial (artículo 16, párrafo primero).
2. La autoridad administrativa castiga las infracciones a los reglamentos de gobierno y de policía, e impone sanciones dentro de los márgenes que la ley le señala (artículo 21, párrafo primero).
3. Las acciones que corresponden a la nación, por las disposiciones del artículo 27, se siguen por procedimiento judicial, y los tribunales que conocen del procedimiento pueden autorizar a la autoridad administrativa para que ocupe, administre o enajene las aguas o tierras de que se trate (artículo 27-VI, párrafo tercero).
4. "Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones" (artículo 89-XII).
5. Conceder indultos (artículo 89-XIV).
6. La suprema corte designa a los magistrados de circuito y a los jueces de distrito (artículo 97, párrafo primero).
7. La suprema corte nombra y remueve a su personal administrativo (artículo 97, 4º párrafo).
8. El procurador general de la república o el agente que señale será parte en los juicios de amparo (artículo 107-XV).

### IV. *De los tres órganos:*

1. La suprema corte, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el presidente, alguna de las cámaras federales o el gobernador de un estado, investiga la conducta de los jueces o magistrados federales, o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual (artículo 97, párrafo tercero).
2. La suprema corte, *de motu proprio*, puede investigar la violación del voto público, cuando a su juicio pueda ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la unión; y el resultado de la investigación lo hará llegar oportunamente a los órganos competentes (artículo 97, párrafo cuarto).
3. El presidente puede pedir ante la cámara de diputados la destitución por mala conducta de cualquier ministro de la suprema corte, de los

magistrados de circuito, jueces de distrito, magistrados del tribunal superior de justicia del distrito federal y de los jueces del orden común de los mismos lugares (artículo 111, párrafo sexto).

Después de la enumeración de funciones que hemos realizado se comprende claramente nuestro régimen de coordinación de los órganos estatales. La flexibilidad de funciones en nuestro orden constitucional permite la mejor realización de los fines que persigue el Estado.

Nuestro régimen de coordinación funcional tiene una protección en el artículo 125: "Ningún individuo podrá desempeñar a la vez dos cargos federales de elección popular, ni uno de la Federación y otro de un Estado, que sea también de elección; pero el nombrado puede elegir entre ambos el que quiera desempeñar."

Como los puestos del poder judicial no son de elección popular, el precepto se refiere a cargos en los órganos legislativo y ejecutivo. Las finalidades que persigue el artículo consisten en que una misma persona no pueda actuar en diferentes momentos de una misma función realizada por dos órganos, y que no posea ambas competencias, ya que ello lo inclinaría en favor de uno de los órganos. No consideramos que la prohibición tenga su razón de ser en la mayor dedicación que se le puede prestar a un empleo y no a dos, ya que no se impide el ejercicio de otros empleos, sino únicamente de aquellos cuyo origen es la elección popular.

Una cosa es el régimen de coordinación de funciones, y otra muy diferente la confusión de facultades de los órganos o delegación de las facultades de un órgano a otro.

Aspecto de especial importancia en nuestro orden constitucional son las delegaciones que él mismo consagra, las que se dan, aunque estrechamente vinculadas, en dos ocasiones: en la suspensión de garantías individuales (artículo 29) y en las facultades extraordinarias del ejecutivo para legislar en tiempo de paz (artículos 49 y 131, segundo párrafo).

La sección política de una constitución tiene por objeto asegurar la libertad humana frente al Estado, y para ello, las constituciones modernas consagran las garantías individuales y el principio de que a cada órgano estatal corresponde únicamente ciertas funciones. Pero la estructura señalada en las Normas Fundamentales está construida para ser efectiva en una sociedad que vive normalmente, y no para casos de emergencia, de urgencia o de grave peligro para esa misma comunidad.

Las constituciones pueden dar o no cabida a las medidas de excepción que necesariamente se tendrán que tomar en los casos de urgencia. La Constitución Mexicana prevé los casos de emergencia y da las soluciones para salvar la situación irregular por la que atraviesa la sociedad. Estas medidas son constitucionales, y no son en manera alguna la ruptura del orden constitucional, sino al contrario, son el aseguramiento de la Carta Magna aun en casos extremos, son el cauce por

el cual la autoridad se conducirá en los supuestos que le marcan los artículos 29 y 49.

La historia otorga la perspectiva necesaria para comprender el presente. A veces, por diversos motivos, se la omite, pero en el caso de los dos artículos constitucionales que nos ocupan, la historia de ellos no se puede suprimir, porque no se comprenderían. Vamos a relatar el camino por el cual se desarrollaron en nuestras diversas constituciones dichos preceptos.

La Constitución de Cádiz de 1812 consagró, con gran timidez, la tesis de suspensión de garantías y no admitió la delegación de poderes.

Miguel Ramos Arizpe, ilustre constituyente en varias ocasiones, en los proyectos de acta constitutiva de 1824 y de constitución del mismo año, incluyó preceptos que autorizaban al legislativo en ciertos casos y por tiempo limitado a delegar facultades extraordinarias al ejecutivo.

El artículo respectivo del proyecto de acta constitutiva fue rechazado por el congreso que estaba atemorizado de crear un ejecutivo poderoso. Su miedo provenía de la disolución de la asamblea decretada por Iturbide, solamente once meses después de consumada nuestra independencia.

La asamblea de 1824 no llegó a rechazar el artículo respectivo para la Constitución Mexicana de 1824 porque la comisión suprimió la fracción XXI del artículo 14 que contenía las facultades extraordinarias, aunque mucho mejor reglamentadas que en el proyecto de acta constitutiva.

La Constitución de 1836 estipuló expresamente que un poder no podía delegar en otro alguna o algunas de sus atribuciones.

El proyecto de reformas constitucionales de 1840 sí aceptó la teoría de facultades extraordinarias. Dos años después, en 1842, el proyecto de la mayoría siguió la idea aceptada en 1840, pero el proyecto de la minoría rechazó la tesis de las facultades extraordinarias. El tercer proyecto de ese año, redactado en septiembre, siguió los lineamientos asentados en el proyecto de la mayoría.

En 1843, en las bases orgánicas del 12 de junio, encontramos entre las atribuciones del congreso la fracción XVIII del artículo 66: "Ampliar las facultades del Ejecutivo con sujeción al artículo 198 en los dos únicos casos de invasión extranjera, o de la sedición tan grave que haga ineficaces los medios ordinarios de reprimirla. Esta resolución se tomará por dos tercios de cada Cámara".

Es la primera vez que se admitió en México la idea de las facultades extraordinarias. Esta fracción fue aprobada por 40 votos a favor y en contra únicamente 5.

El acta de reformas de 1847 no consagró la tesis de las facultades extraordinarias.

Desde el punto de vista legislativo, el momento culminante para la idea de facultades extraordinarias fue el Constituyente de 1857.

Se divide el supremo poder de la federación para su ejercicio: en legislativo, ejecutivo y judicial. La anterior fórmula, inspirada en el artículo 9º del acta cons-

titutiva de 1824, fue aprobada por el Constituyente el 10 de septiembre de 1856. Al día siguiente, el diputado Ruiz presentó una adición a la fórmula aprobada, pero como ese día no hubo quórum, la propuesta de Ruiz fue aprobada el día 17: "Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo".

El artículo 34 del proyecto era el artículo que contenía la idea de la suspensión de garantías. Dicho artículo fue retirado por la comisión de constitución el 26 de agosto. Aunque la suspensión de garantías era idea que nuestro orden constitucional ya había recogido, nos explicamos el retiro del artículo 34 porque su texto era más amplio que los contenidos en las anteriores constituciones.

Sin embargo, el 21 de noviembre, la comisión presentó a discusión el artículo 34: "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualesquiera otros que pongan o puedan poner a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el Congreso de la Unión, y en los recesos de éste el Consejo de Gobierno puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales, y sin que la prevención pueda contraerse a determinado individuo".

Mata, Ocampo y Arriaga pusieron de relieve que el anterior artículo se refería sólo a las garantías individuales y no al principio de la división de poderes. Basados en esas ideas propusieron, y se admitió, que inmediatamente posterior a la palabra garantías se agregara "individuales". León Guzmán, miembro de la comisión de estilo —y según testimonios fidedignos, el único que trabajó en la mencionada comisión— suprimió la palabra "individuales" que contenía el artículo 29.

El 9 de diciembre, Olvera presentó un proyecto, que de aprobarse —como sucedió— sería la segunda parte del artículo 29. Tena Ramírez opina, y con razón, que el congreso nunca hubiera aprobado el artículo 29 si sus dos partes se le hubieran presentado juntas.<sup>97</sup> La segunda parte de dicho artículo introdujo la duda acerca de las facultades extraordinarias: "Si la suspensión tuviere lugar hallándose el congreso reunido, éste concederá LAS AUTORIZACIONES QUE ESTIME NECESARIAS PARA QUE EL EJECUTIVO HAGA FRENTE A LA SITUACIÓN. Si la suspensión se verificare en tiempo de receso, la diputación permanente convocará sin demora al congreso para que las acuerde."

El constitucionalista Tena Ramírez afirma que nuestras constituciones han sido elaboradas para regir una sociedad en paz, y han regido una sociedad con pasiones embravecidas y en discordia, por lo cual no fueron respetadas. Líneas

<sup>97</sup> Felipe Tena Ramírez, "La Suspensión de Garantías y las Facultades Extraordinarias en el Derecho Mexicano", en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-26-27-28, México, 1945, p. 127.

abajo, el mismo autor escribió que la conciencia nacional se había acostumbrado a la violación de la constitución, y lo que era anormal, se acostumbró a verlo como normal. Las premisas anteriores lo hacen concluir: "Tal sucedió con las medidas de excepción. El texto que los legisladores de 57 entregaron al pueblo mexicano iba a tener un destino que jamás pudieron imaginar sus autores."<sup>98</sup>

El 5 de noviembre de 1857 fue la primera vez que en nuestra historia constitucional el congreso de la unión autorizó al ejecutivo para hacer uso de facultades extraordinarias para salvaguardar el orden público, la independencia y nuestras instituciones. El congreso negó al presidente cualquier facultad legislativa.

Por la situación en extremo difícil que atravesaba la república, el congreso suspendió algunas garantías individuales el 7 de junio de 1861. El 11 de diciembre de ese año se ampliaron las garantías suspendidas y se otorgaron facultades omnímodas al presidente para dictar todas las medidas necesarias, pero con cuatro restricciones (debía salvar la independencia nacional, la integridad territorial, la forma republicana de gobierno y los principios de reforma). El 25 de enero de 1862 se legisló en uso de las facultades extraordinarias.

Juárez gobernó de 1861 a 1872 haciendo uso de facultades extraordinarias. Excediendo los límites del artículo 29, legisló en épocas pacíficas: el 30 de diciembre de 1871 expidió la ley de contribuciones directas del distrito federal. Y de aquí nació la costumbre —viciosa y anticonstitucional— del ejecutivo de legislar fuera de los márgenes constitucionales.

En los periodos presidenciales de Lerdo de Tejada (1872-1876), Porfirio Díaz (1876-1880), Manuel González (1880-1884), y, de nuevo, del general Díaz (1884-1911) se hizo costumbre que el presidente expidiera los códigos y leyes federales.

Según recta interpretación del artículo 29, necesario era que primero se hubieran suspendido algunas garantías individuales para después otorgar, en caso de excepción, la delegación de facultades legislativas al ejecutivo. Y requisito indispensable era que existiera una situación grave. Los mencionados requisitos fueron olvidados por el legislativo y por el ejecutivo. ¿Y el judicial? ¿los olvidó también o defendió el texto constitucional? La contestación nos la dará el examen sucinto de la jurisprudencia de la suprema corte.

En 1876, el 26 de octubre, la señora Bros pidió amparo ante el juez Landa (primero de distrito del distrito federal) contra las contribuciones extraordinarias decretadas por Lerdo de Tejada. La situación planteada estribó en saber si el legislativo podía delegar facultades legislativas o, únicamente, autorizaciones administrativas según los artículos 29 y 50 de la Constitución de 1857, ya que las facultades al ejecutivo alteraban la forma de gobierno.

Landa negó el amparo. Su principal argumento —que después sería repetido reiteradamente— fue: "la reunión de Poderes supone su confusión en uno solo,

<sup>98</sup> F. Tena Ramírez, *La Suspensión...*, p. 129

y esto no puede entenderse sin la destrucción de uno de ellos y la autorización que nos ocupa no implica un depósito de todas las atribuciones del poder Legislativo en una sola persona”.

La corte confirmó la tesis Landa.

El 6 de julio de 1877, en el caso de Goribar igual al caso Bros, la suprema corte concedió el amparo. Don Ezequiel Montes, presidente de la corte, declaró que en la ejecutoria del año anterior (el caso Bros) la corte había interpretado erróneamente el artículo 50, y entonces se removió el decisivo asunto de Guzmán que había suprimido del artículo la palabra “individuales”.

El 25 de octubre de 1879, la corte —entonces presidida por Vallarta— volvió en el amparo interpuesto por la viuda de Almonte a la tesis Landa.

Hay que tener en cuenta que los casos resueltos por la suprema corte hasta 1879, tenían como supuesto básico que las facultades extraordinarias habían sido delegadas después de decretarse la suspensión de garantías. Y como la suspensión de garantías sólo cabía en casos de grave peligro, las facultades extraordinarias sólo cabrían en situaciones iguales.

Guadalupe Calvillo se amparó contra la ley de organización de tribunales de 1880, expedida por el ejecutivo sin los supuestos del artículo 29. El 21 de enero de 1882, la corte decidió que la mencionada ley era constitucional. El argumento que esgrimió en la ejecutoria, aunque modificado, es la tesis Landa.<sup>99</sup>

Con la anterior ejecutoria se separaron la suspensión de garantías individuales y el otorgamiento de facultades legislativas, o sea, que se podían otorgar por el congreso de la unión facultades legislativas al ejecutivo, sin antes decretarse la suspensión de garantías: dichas facultades eran lícitas aun en tiempos de paz.

El artículo 49 de la Constitución de 1917 volvió a la tesis correcta: las facultades extraordinarias para legislar únicamente se podrían dar en los casos del artículo 29 (“En los casos de invasión, perturbación grave. . .”) y conforme al procedimiento que el mismo artículo 29 establecía.

A pesar de que Carranza había criticado el sistema de facultades extraordinarias, seguido en las décadas anteriores, el 8 de mayo de 1917, siete días después de haber entrado en vigor la Constitución de Querétaro, Carranza pidió y obtuvo facultades para legislar en el ramo de hacienda. En esta autorización no se siguieron ni los supuestos ni el procedimiento del artículo 29. Y esta delegación de facultades legislativas al ejecutivo fue sólo el principio de la costumbre heredada de la Constitución de 1857, y por medio de la cual los presidentes legislaron. La suprema corte justificó —en forma amplia— esta delegación. Y la costumbre se volvió “contra la Constitución”. ¿Es que la costumbre puede derogar un precepto constitucional? Nos proponemos resolver este problema en capítulo aparte.

En 1938, el presidente Cárdenas quiso salvar el artículo 29, mediante una adición al artículo 49: “En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades

<sup>99</sup> F. Tena Ramírez, *La Suspensión. . .*, pp. 130-140.

extraordinarias para legislar." Este añadido nada decía, o mejor dicho, repetía lo que ya el artículo implicaba.

En 1942, el presidente Ávila Camacho solicitó y obtuvo las facultades de emergencia que la constitución consagra. México, en aquellos días, estaba en guerra con las potencias del eje. El problema que entonces se planteó fue que el ejecutivo expidió una serie de leyes que no respondían a la idea de emergencia, como la ley de la lotería nacional, los decretos que crearon el Colegio Nacional, el hospital infantil, el instituto nacional de cardiología, etcétera.

La doctrina mexicana se percató de la difícil situación. Así el licenciado Gustavo R. Velasco clasificó las disposiciones expedidas por el ejecutivo, en esos años, en tres grupos: las claramente relacionadas con el estado de emergencia, las que en forma dudosa se relacionaban con ese estado y las que claramente no se relacionaban con la emergencia. El mencionado autor, en esos días, declaró: "A pesar de estar reunido el congreso, el ejecutivo no ha tenido empuje en legislar durante los periodos de sesiones. Sobre ser esto innecesario, revela poco respeto para otro Poder de la Federación."<sup>100</sup>

La jurisprudencia, con anterioridad a la opinión de Velasco, se había pronunciado en contra del exceso que el ejecutivo estaba realizando de legislar en materias que no se relacionaban con la emergencia del 42.

La suprema corte, en ejecutoria del 6 de diciembre de 1944, afirmó: "el Ejecutivo Federal es autoridad incompetente para expedir, con apoyo en el artículo 5º del Decreto del 1º de junio de 1942, las leyes que no están limitadas a los fines que esa misma disposición, relacionada con el artículo 4º del propio ordenamiento, señala; y como el Decreto reclamado en este caso no va encaminado a ellos, sino al cobro de servicios que presta el Departamento del D. F. de acuerdo con las leyes fiscales y para cumplimiento de las mismas, indudablemente que infringe las garantías del artículo 16 Constitucional. . . Supuesto que no corresponde al Ejecutivo de la Unión sino al Congreso, legislar en la materia expresada . . ."<sup>101</sup>

El 28 de marzo de 1951 se publicó una adición al artículo 49: "En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el artículo 131 se otorgarán facultades extraordinarias para legislar."

Consecuencia del párrafo anterior es la adición, de la misma fecha, al artículo 131: "El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior,

<sup>100</sup> Gustavo R. Velasco. "El Estado de Sitio y el Derecho Administrativo", en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-26-27-28, México, 1945, pp. 163-165.

<sup>101</sup> F. Tena Ramírez, *La Suspensión*. . . , p. 145.

la economía del país la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio ejecutivo, al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiere hecho de la facultad concedida.”

Tal es la trayectoria de nuestros artículos 29 y 49, y este camino histórico es el espíritu que los conforma, y según el cual se deben interpretar los mencionados artículos constitucionales.

Los puntos de estudio respecto a nuestro actual artículo 29 son los siguientes:

1. Suprimió la excepción —sentada en 1857— por la cual la garantía de seguridad de la vida humana no se podía suspender.

2. Los casos en los cuales opera la suspensión son: invasión, perturbación grave de la paz pública o que se ponga a la sociedad en peligro o conflicto de envergadura. Ejemplos de este último supuesto son: graves conflictos económicos, incendios, epidemias, inundaciones, terremotos, erupciones volcánicas, etcétera.

3. Los órganos que intervienen en la suspensión son: la iniciativa corresponde exclusivamente al presidente de la república, y dos son los órganos que deben aprobar dicha iniciativa: primero, el consejo de ministros; y después el congreso de la unión pero en los recesos de éste, aprueba la comisión permanente. Como el artículo no exige votación especial para la aprobación, basta que se apruebe por la mayoría de los presentes.

Los secretarios de estado que nieguen la aprobación a la iniciativa presidencial deben presentar su renuncia por oposición a medidas que necesitan unidad política absoluta.<sup>102</sup>

4. Se pueden suspender todas o sólo algunas de las garantías individuales, por tanto, se debe decir expresamente cuáles son las garantías que se suspenden.

Vallarta, respecto a la Constitución del 57, se mostró preocupado porque se pudieran suspender todas las garantías —menos la excepción que en 1857 se estipuló.

Así, Vallarta quiso que se reformara el artículo 29 de aquel entonces, diciendo qué garantías nunca podrían suspenderse, como las relativas a la prohibición de la esclavitud, mutilación, tormento, etcétera. Su idea consistió en que las garantías inherentes a la naturaleza humana no se pueden suspender.<sup>103</sup> Estamos de acuerdo con Vallarta.

5. Se pueden suspender en todo el país o en lugar determinado, según la naturaleza de la emergencia. Así, un terremoto en el Estado de Jalisco no tiene por que afectar —de decretarse— al Estado de Sonora. Tal es el sentido de la bella frase de Martínez Báez: “señalar el territorio en que ha de producirse el eclipse de la libertad y la duración de este fenómeno”.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> José Aguilar y Maya, “La Suspensión de Garantías”, en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-26-27-28, México, 1945, p. 207.

<sup>103</sup> Aguilar y Maya, obra citada, pp. 209-210.

<sup>104</sup> Antonio Martínez Báez, “Concepto General del Estado de Sitio” en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-26-27-28, México, 1945, p. 103.

6. La suspensión no se puede aplicar a individuo determinado.

7. La suspensión se hará por tiempo limitado.

La historia constitucional mexicana asienta dos sistemas para la duración de la medida. El primero es aquel en el cual simplemente se dice que se suspenden por el tiempo que dure la emergencia; en el segundo sistema se suspenden por un periodo de sesiones del congreso federal. En este último sistema, en caso de necesidad de prórroga, el presidente planteará la urgencia de prolongar la suspensión ante la legislatura.<sup>105</sup>

8. La suspensión de garantías, en recesos del congreso, puede aprobarse por la comisión permanente, pero para la delegación de facultades legislativas se requiere autorización del congreso de la unión.

9. La suspensión se debe hacer por medio de prevenciones generales. Estas prevenciones generales son actos del ejecutivo, pero deben ser concomitantes con la suspensión para que el congreso las puede aprobar o no, previa aprobación del consejo de ministros. Mario de la Cueva y José Campillo, a quienes nos adherimos, siguen la anterior interpretación.<sup>106</sup> Sin embargo la doctrina respecto a este punto no es unánime. Martínez Báez afirma que la constitución otorga en exclusiva al presidente la facultad de dictar las prevenciones generales.<sup>107</sup>

No estamos de acuerdo con el anterior criterio porque dejar manos libres al presidente es caer en la tiranía, y la suspensión de garantías no es tiranía ni dictadura, sino un proceso constitucional para casos de emergencia.

La doctrina y legislación comparadas afirman nuestro criterio: en Inglaterra, necesario es, para suspender el *writ of habeas corpus*, la intervención del parlamento, el cual delimita y encauza al ejecutivo en la actuación que éste debe desempeñar durante el periodo de excepción.<sup>108</sup>

10. El legislativo otorga en casos de urgencia al ejecutivo facultades legislativas y una mayor amplitud en la esfera administrativa.

11. La suspensión tiene una finalidad específica: "hacer frente rápida y fácilmente a la situación" de emergencia. Luego las facultades legislativas y administrativas excepcionales que posee el ejecutivo no pueden, por ningún motivo, exceder a esta concreta finalidad.

Íntimamente relacionados con los puntos anteriores, están los siguientes:

12. ¿Quién resuelve los asuntos controvertidos en la época de emergencia? La regla en general es que como en cualquier otro tiempo resuelven los tribunales, con excepción de los asuntos relacionados con las garantías suspendidas que son resueltos por el ejecutivo federal.

<sup>105</sup> Mario de la Cueva, "La Suspensión de Garantías y la Vuelta a la Normalidad" en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-26-27-28, México, 1945, p. 179.

<sup>106</sup> Mario de la Cueva, *La Suspensión...*, p. 179.

<sup>107</sup> Martínez Báez, obra citada, p. 104.

<sup>108</sup> Aguilar y Maya, obra citada, p. 198.

13. ¿Puede legislar el ejecutivo federal sobre materias que en tiempos normales al congreso no le competen? Nosotros afirmamos que sí, pero con una limitación; únicamente para hacer frente a la situación de emergencia. No dudamos que nuestra aseveración puede ser peligrosa, pero al estar la nación en situación grave, necesario es facilitar trámites y procedimientos que pueden llevar más tiempo que el utilizado por una unidad: el ejecutivo federal.

En Norteamérica el sistema que se sigue responde a nuestra afirmación. Por medio de las facultades implícitas, en tiempos urgentes, el ejecutivo federal ha legislado en materias encargadas a la entidades federativas.<sup>109</sup>

Mario de la Cueva opina en diferente forma: que aun en época de excepción, el ejecutivo federal no puede legislar materia alguna no comprendida en el artículo 73 constitucional. Su argumento se basa en que nadie puede delegar lo que no tiene.<sup>110</sup> El argumento del maestro posee fuerza. Sin embargo, no nos adherimos a él, porque consideramos que el sistema federal y la división de poderes constituyen una decisión formal, o sea que tiende a realizar en forma más efectiva la libertad. Pero en casos de urgencia, precisamente, para salvaguardar esa libertad en el futuro inmediato, es que puede el ejecutivo legislar aun sobre materias no comprendidas en el artículo 73.

La práctica mexicana ha seguido el punto de vista que creemos cierto. Así, durante el estado de emergencia decretado en 1942, el ejecutivo expidió la ley de juegos y apuestas, cuestión no advertida en el artículo mencionado.

14. "El primer efecto que se produce al terminar la situación de emergencia, es la vigencia integral de los derechos del hombre y garantías constitucionales, tal como existían en la Constitución antes de la Ley de Suspensión de Garantías."<sup>111</sup>

15. Debemos preguntarnos qué acaece al regresar la normalidad con toda la legislación expedida por el presidente: ¿desaparece o subsiste? La mencionada legislación fue causa de una emergencia, luego al desaparecer la emergencia debe perderse esa legislación. O como dice Mario de la Cueva: "toda norma jurídica tiene una hipótesis o supuesto que la condiciona y cuando falta éste, no puede aplicarse la norma, porque sería ir contra su esencia, aplicándola a una situación que no rige".<sup>112</sup> Ese pensamiento nos parece claro, lógico y convincente. Por desgracia, multitud de leyes expedidas por el presidente durante la emergencia de 1942, subsistieron, y aún varias subsisten.

Cúmplenos ahora examinar el contenido de nuestro actual artículo 49, del cual ya hemos anticipado algunas ideas.

Los principios de este artículo son:

<sup>109</sup> Gustavo R. Velasco, obra citada, p. 161.

<sup>110</sup> Mario de la Cueva, *La Suspensión...*, p. 183.

<sup>111</sup> Mario de la Cueva, *La Suspensión...*, p. 187.

<sup>112</sup> Mario de la Cueva, *La Suspensión...*, p. 188.

1. La división del ejercicio del supremo poder de la federación, que ya comentamos, es una fórmula del liberalismo.

2. La protección al principio de separación de poderes, por el cual no se pueden reunir más de dos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el legislativo en una persona.

3. La delegación de facultades extraordinarias al ejecutivo federal, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. O sea, la costumbre de separar las facultades extraordinarias de la suspensión de garantías va contra este párrafo constitucional. Únicamente se pueden otorgar —salvo el párrafo siguiente del 49— facultades extraordinarias en los casos del artículo 29, y siguiendo los procedimientos que el mismo señala.

4. Pero, en tiempos de paz, se pueden otorgar facultades extraordinarias para legislar al ejecutivo, según el segundo párrafo del artículo 131. El contenido de dicho precepto ya nos es conocido, y en él se halla un problema grave: ¿cuál sería la situación que se presentaría si el congreso no aprobara alguna ley expedida por el ejecutivo, a pesar de que ya hubiera sido aplicada a casos concretos? Respecto a la solución no somos profetas, pero es de apuntarse que por el predominio del ejecutivo federal mexicano, no se ha presentado la hipótesis de nuestra interrogación.

5. La conclusión que apunta el artículo ya la hemos expuesto, y es la que dijimos anteriormente: el sistema mexicano rompe con el viejo principio de separación de poderes, y apoyado en dos ideas (ya enunciadas) es un régimen de coordinación de órganos.

Lo que acontece en México no es propio del país, el ejecutivo puede legislar, y como en México, la mayoría de los proyectos de ley provienen del ejecutivo. (En Norteamérica priva situación especial: el presidente —al estar privado de la facultad de presentar proyectos de ley al legislativo— encarga la presentación de sus proyectos a algún legislador de su partido o los anexa a su mensaje sobre el estado de la nación. Formalmente, impecable es el método).

Para corroborar nuestra anterior afirmación, bueno es citar a Mirkine-Guetzévitch: “La vida actual es de tal manera compleja que, por un lado, varios problemas de la vida social deben recibir una reglamentación administrativa y no legislativa y por el otro, es el Ejecutivo quien debe desempeñar el papel más importante en el procedimiento legislativo. Para preparar una ley hay que disponer de especialistas, recurrir a la competencia de un gran número de sabios, de técnicos, de administradores, de funcionarios, etcétera. Así, para formular un proyecto de ley es necesario todo un aparato gubernativo. Para redactar la inmortal Declaración de los Derechos no ha sido necesario consultar a los técnicos; pero para confeccionar un código de la vía pública o una

ley sobre los seguros sociales, se necesita recurrir constantemente a competencias técnicas que sólo al gobierno pueden corresponder.<sup>113</sup>

Si en México, el presidente de la república ha sido tradicionalmente quien ha presentado al congreso los proyectos de leyes, en los últimos años la situación ha variado algo: los diputados de los partidos de oposición, fortalecidos por la diputación de partidos, iniciaron varios proyectos, y le dieron vida nueva al ya antiguo sistema de sólo levantar el dedo, aprobando servilmente todo proyecto del ejecutivo federal. Confiamos que esos aspectos se fortalecerán con el sistema representativo introducido en 1977.

Hemos señalado el pasado y el presente en la idea de la coordinación de órganos. Por su evolución, ¿podremos decir que en el futuro existieran dos órganos: el político y el jurisdiccional? El primero subdividido en legislativo y ejecutivo. Tal vez. Pero lo cierto es que las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo están superando la etapa de la colaboración y aproximándose a la de confusión.<sup>113a</sup>

Toda la evolución del principio, desde Montesquieu hasta nuestros días, ha respondido a las necesidades sociales. Necesidad social es la libertad. Tanto los hombres, como las organizaciones políticas, están determinados por sus necesidades y aspiraciones. La necesidad de fortalecer a un órgano estatal, en las circunstancias actuales, es lo que está determinando la teoría de la coordinación de funciones. Y en México, sin ninguna duda, el órgano al que la constitución otorga las mayores y más importantes atribuciones es al ejecutivo federal.

## V. EL SISTEMA REPRESENTATIVO

Para Carl Schmitt, soberanía y representación son decisiones político-formales. Y Heller afirmó —como ya hemos dicho— que la representación es una institución subordinada en forma absoluta al pueblo. Lógico sería, según el pensamiento de los dos autores citados, hablar de la representación después de tratar el tema de la soberanía. Nosotros preferimos acercarnos un poco a la realidad, donde el principio de representación se aparta del de soberanía.

<sup>113</sup> Martínez Báez, obra citada, p. 111.

<sup>113a</sup> Mientras nosotros nos planteamos esta cuestión, existen autores como Humberto Briseño Sierra, "Organización del Tribunal Fiscal", en *Tercer Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho de México, México 1969, pp. 207-208, que sostiene que a pesar del artículo 49 de la Carta Magna de 1917, el supremo poder de la federación no se divide en tres órganos —el ejecutivo, el legislativo y el judicial— sino que a éstos habría que agregarles a lo menos otros tres, a saber: el poder revisor de la Constitución, el ministerio público y el Tribunal Fiscal, aunque en la actualidad, probablemente, Briseño Sierra diría: tribunales administrativos, para incluir en el último enunciado al Tribunal de lo contencioso-administrativo del Distrito Federal. Ya en otra ocasión, "Bases constitucionales de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo"

Existe un paralelismo perfecto —escribió Burdeau— entre las concepciones políticas relativas a la democracia y las variaciones de la técnica de la representación. Nosotros creemos que la afirmación del teórico francés es acertada.

Se define la representación como un “hacer perceptible y actualizar un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública”,<sup>114</sup> o como la “relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona”.<sup>115</sup>

Las dos definiciones apuntadas, aunque diferentes entre sí, coinciden en señalar que el representante está ocupando el lugar de otro ser o de otra voluntad, que hace presente.

Volveremos sobre estos puntos después de analizar la evolución histórica del concepto.

A menudo se afirma que la antigüedad no conoció la idea de representación, cosa que no es completamente cierta, pues cuando en Grecia y en Roma se excluyó a la asamblea popular y al concejo, se echó mano de la idea de la representación

El pueblo de la república de Mantinea —nos dice Aristóteles— se mostraba satisfecho porque nombraba a los electores, quienes a su vez elegían a los magistrados.<sup>116</sup>

Ulpiano nos enseña cómo el príncipe romano absorbió todo el poder y por tanto fue el representante único del pueblo. Esta idea reapareció más tarde en la edad media y jugó importante papel en el absolutismo moderno.<sup>117</sup>

El senado romano se ostentó siempre como representante de los ciudadanos romanos, aseveración que se comprueba por las denominaciones que este cuerpo utilizó: *Senatus populi romani* y *Senatus populusque romanus*.

A fines de la edad media se conoció el contrato de representación en los municipios y corporaciones, y fue en ellos donde la idea de representación empezó a evolucionar, al separarse definitivamente la persona del representante de la del representado.<sup>118</sup>

En el siglo XII existió en Inglaterra un parlamento, pero en aquel entonces los delegados de las ciudades y aldeas recibían de sus electores instrucciones precisas del sentido de su actuación, y al regresar a sus ciudades rendían exacta

en “*Revista del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*”, número 1, México, 1972, pp. 47-48, hemos expuesto las razones y argumentos por las cuales no podemos estar de acuerdo con el pensamiento expuesto, ya que consideramos que la fórmula del artículo 49 constitucional es valedera y los tres órganos adicionales que Briseño Sierra enuncia, no los ubica correctamente.

<sup>114</sup> Carl Schmitt, obra citada, p. 242.

<sup>115</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, p. 463.

<sup>116</sup> Aristóteles, obra citada, p. 207.

<sup>117</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, p. 465.

<sup>118</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, p. 467.

cuenta de cómo habían ejercido su mandato. Este sistema se completaba con la remuneración que los delegados recibían de los electores.

Al unirse la pequeña nobleza con la burguesía inglesa en contra del poder real, se fortaleció la cámara de los comunes, y al lograr ésta participar en el ejercicio del poder legislativo, se transformó el principio de la representación.

De esta manera, la noción de subordinación del delegado hacia los electores perdió interés para estos últimos, ya que sus asuntos personales no iban a ser directamente la cuestión que ocuparía a los delegados. Y los electores, por su propia voluntad, perdieron su influencia sobre los representantes, a cambio de no otorgarles ninguna remuneración. A partir del siglo xvii los representantes no recibieron su paga del pueblo, lo que representó su independencia y el nacimiento del sistema representativo actual.<sup>119</sup>

De la antigüedad al siglo xvii lo que existió fue la idea de la representación, basada en la concepción de derecho privado, y a partir del siglo xvii se formó el sistema representativo, el cual, al evolucionar, integraría la idea de la representación de los últimos tres siglos.

En 1583 se publicó el libro de Thomas Smith, en el cual asentó el pensamiento de que todo inglés estaba representando en el parlamento, o sea que estaba presente por medio de su representante.<sup>120</sup>

Y Blackstone afirmó: "And every member, though chosen by one particular distric when elected and returned, serves for the whole realm. For the end of his coming thither is not particular, but general: not barely to advantage his constituents, but the common wealth."<sup>121</sup>

Estas ideas fueron completadas y afinadas en Francia. La Constitución Gala de 3 de septiembre de 1791 —a este respecto, su antecedente fue la ley del 22 de diciembre de 1789— asentó los principios de que los diputados no representan a un distrito determinado, sino a toda la nación, y que dichos representantes no pueden estar limitados por instrucción alguna. Anteriormente, el 23 de junio de 1789, el rey francés declaró nulas las limitaciones que los electores imponían a sus representantes.

Aunque no hemos podido corroborar el dato, Gierke afirmó que las anteriores ideas ya las encontramos en Cusanus y en su oración: *et dum simul conveniunt in unu compendio representativo totum imperium*.<sup>122</sup>

En 1736, Maffei escribió su obra *Consiglio político*, donde analiza el sistema representativo, para concluir que éste es una idea maquiavélica, ya que la representación es un expediente. Maffei emplea el vocablo expediente porque la representación no constituye una participación verdadera del ciudadano en los asuntos del Estado, pero sí da la ilusión de estar influyendo en el gobierno.

<sup>119</sup> Georges Burdeau, obra citada, tomo iv, p. 236.

<sup>120</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, p. 468.

<sup>121</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, p. 469.

<sup>122</sup> Carl Schmitt, obra citada, pp. 247-248.

La conclusión de la obra de Maffei estriba en afirmar que la idea de la representación ha ejercido su influencia en dos direcciones: una, que podemos calificar de positiva, a favor de la democracia; y otra, negativa, que ha sido el freno y límite de la propia democracia.

La voz de Rousseau se alzó en contra de la representación y, en su obra maestra, escribió: "La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée, . . . Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement" (Lib. III Cap. XV).

La teoría de la representación clásica tuvo y tiene como notas características las siguientes: el representante lo es de todo el pueblo, en su actuación independiente de sus electores, es pagado por el Estado y no votantes, quienes no pueden hacer renunciar al diputado mediante la concepción de "revocar el mandato", el representante no tiene por qué rendir informe o cuenta a los ciudadanos que lo eligieron y su elección se basa en el principio del voto individual, logrando la curul quien acumuló la mayoría de votos en un distrito determinado.

La teoría clásica reviste singular importancia en relación con México, ya que nuestra historia constitucional respecto a este punto ha seguido en líneas generales dicha doctrina.

Un punto inquietante es la declaración de que el diputado representa a la nación, y no a su distrito. Este principio teórico se basa en que los diputados representan a la nación, representan la voluntad nacional y ejercen la soberanía que es indivisible. Además, se basa en que lo primero es el bien común o general, y que el diputado tendrá que sacrificar los particulares intereses de su distrito a los supremos intereses nacionales. Aún más, se suele afirmar que planteado un problema de índole general, el diputado que mirara el interés de una colectividad menos amplia que la nacional se quedaría solo.

El mencionado principio ha sido muy criticado. Schmitt hace notar que en la realidad ha sido inefectivo.<sup>123</sup> Kelsen afirma que su finalidad estriba en disimular la independencia real de los parlamentos respecto a la voluntad popular que se ha vuelto muda.<sup>124</sup> Carré de Malberg dice que asegurar que el diputado representa a la nación es más que una abstracción o una ficción, que es un contrasentido.<sup>125</sup>

Nosotros pensamos que hay que acercar la teoría a la realidad, y que tanto la teoría clásica como sus críticos poseen algo de verdad, que una tesis ecléctica es la que más se acerca a los acontecimientos.

Cuando el representante va a discutir o a votar una norma de alcances gene-

<sup>123</sup> Carl Schmitt, obra citada, p. 239.

<sup>124</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, México, 1965, p. 402.

<sup>125</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, p. 49.

rales, una norma que se relaciona con la vida misma del país, actúa como representante de toda la nación, como en la aprobación de tratados internacionales, situación de guerra, etcétera.

Pero cuando el interés nacional no se perturba por ciertas medidas, el diputado lucha en beneficio de su distrito electoral, y en buena parte se guiará por la opinión pública del distrito, ya que —no en México— ello puede significarle o no su inmediata reelección para el siguiente periodo.

Julien Laferrrière —inspirado en Redslob—<sup>126</sup> distingue entre representantes y funcionarios. Su pensamiento es claro, pues dice que los representantes tienen por misión querer por la nación, en cambio los funcionarios, únicamente, actúan en nombre de ella.<sup>127</sup>

Mario de la Cueva, a quien nos adherimos, extrae de las premisas anteriores conclusiones valiosas y afirma que los poderes ejecutivo y judicial no son representantes de la nación, porque su actuación se limita a la aplicación de las leyes. Si cierto es que el ejecutivo “representa” a la nación en los tratados y relaciones internacionales, lo hace en cumplimiento de la constitución y de las leyes.<sup>128</sup>

Luego al hablar de representantes nos referimos sólo al poder legislativo. Con la expresión sistema representativo nos alejamos de la concepción de representación que se dio hasta el siglo xvii, donde se entendía que el rey representaba al pueblo.

La teoría del sistema representativo es pensamiento, ¿y cuál no?, en evolución.

Kelsen, inspirado en la doctrina alemana de los órganos, dice que el hecho por el cual el pueblo elige su parlamento no es suficiente para fundamentar que éste sea órgano secundario del órgano primario denominado pueblo, y que no es el pueblo, sino el parlamento quien realiza la función legislativa con independencia del primero. Después asienta que la ficción de esta teoría aunada a otra ficción que es la soberanía popular, sirve a los dictadores para “legitimar y consolidar su poderío, presentándose como servidores del pueblo, como ejecutores de su verdadera voluntad, de su interés bien entendido; pues la constitución hace todo lo posible por impedir que el pueblo tenga voluntad o la manifieste de modo que pudiese obligar jurídicamente al autócrata.”<sup>129</sup> En lo que no estamos de acuerdo con Kelsen es en considerar a la soberanía popular como una ficción.

Schmitt expresó que lo representativo es lo no-democrático en la democracia.<sup>130</sup> Tanto la opinión de Schmitt, como la de Kelsen están en lo cierto, el pueblo elige a sus representantes, y no libremente, y éstos son realmente quienes quieren.

<sup>126</sup> Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1964. pp. 177-178.

<sup>127</sup> Julien Laferrrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, París, 1947, p. 398.

<sup>128</sup> Mario de la Cueva, *Apuntes de Derecho Constitucional*, México, 1965, p. 191.

<sup>129</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, pp. 403 y 406.

<sup>130</sup> Carl Schmitt, obra citada, p. 253.

Gobierno directo es aquél donde el pueblo quiere por él mismo. Se dio en Atenas —y no siempre— por lo reducido de su población, lo cual hizo factible que los ciudadanos se reunieran a deliberar.

Por la amplitud de los Estados modernos y ante la imposibilidad física de que los hombres se agruparan a discutir, se creó el sistema representativo clásico, del cual la doctrina y la realidad han demostrado que es una teoría antidemocrática.

Hoy, los países que aman la libertad se inclinan por el sistema llamado gobierno semidirecto. Esta organización nació en Suiza, y aún es ese país el estandarte del nuevo pensamiento.

El gobierno semidirecto es una forma intermedia entre la noción del gobierno directo y del régimen representativo. De este último toma la idea de la existencia de asambleas legislativas. Y del gobierno directo la idea de que las cuestiones más importantes son resueltas por el pueblo mismo.

El gobierno semidirecto posee tres procedimientos, a saber: el veto popular, el referendo y la iniciativa popular. A su vez estos procedimientos revisten diversas modalidades; para nuestro propósito, bástenos conocer los tres procedimientos principales.

El veto popular es la aceptación o no aceptación de la “ley” por el pueblo. La ley la crea el órgano legislativo, pero en un plazo determinado, cierto número de ciudadanos pueden exigir que esa ley sea sometida a la consideración del pueblo. Si el pueblo no sanciona la ley, los efectos de su decisión se retrotraen y “La loi qui en est frapée est considérée comme n’ayant jamais été faite.”<sup>131</sup>

En el referendo, el pueblo es colegislador. La asamblea legislativa hace un proyecto de ley, pero éste no adquiere el carácter de ley sino hasta que sea aprobado por el número de ciudadanos que la constitución señale.

En la iniciativa popular, un número determinado de ciudadanos presenta a la asamblea un proyecto de ley, y la asamblea está obligada a considerar la iniciativa. Si dicha iniciativa no prospera dentro del órgano legislativo, entonces el pueblo es quien decide sobre el destino de dicha iniciativa.

Veamos ahora que ha sucedido en Suiza: en 1802, por primera vez en la historia helvética, una constitución fue sometida al voto del pueblo. En el país central de los Alpes todas sus constituciones han sido —excepto el acta de mediación de 1803 y el pacto federal de 1815— sometidas a la aprobación del pueblo, quien rechazó el proyecto de constitución de 1872 y aceptó el proyecto de 1874, que es su constitución actual.

La constitución suiza dispone que cualquier revisión total o parcial al código supremo deberá ser aprobada por la mayoría de los ciudadanos y por la mayoría de los cantones.<sup>132</sup>

Respecto a la legislación federal, si 30,000 ciudadanos u 8 cantones piden que

<sup>131</sup> Julien Laferrrière, obra citada, p. 431.

<sup>132</sup> Julien Laferrrière, obra citada, p. 439.

la ley federal se someta al sistema de referendo, así se hará. Respecto a la legislación federal basta para su aprobación el voto de la mayoría de los ciudadanos, sin la intervención de los cantones. Existe un plazo de 20 días a partir de la publicación de la ley, para pedir que sea sometida al criterio del pueblo.

El pueblo suizo ha usado de dicha facultad con moderación. Así, de 1874 a 1938, sobre 470 leyes, se ha aplicado 43 veces el referendo y 27 leyes fueron rechazadas.<sup>133</sup>

En México, la primera vez que se crearon mecanismos de gobierno semidirecto, fue en 1977, con motivo de las modificaciones constitucionales que recibieron el nombre de “reforma política”.

La iniciativa presidencial propuso modificar el inciso 2º de la fracción VI del artículo 73, que señala al congreso de la unión sus facultades legislativas respecto al Distrito Federal, en la forma siguiente:

los ordenamientos legales y los reglamentos que en la ley de la materia se determinen, serán sometidos al referéndum y podrán ser objeto de iniciativa popular, conforme al procedimiento que la misma señale

y en esos términos fue aprobada por el congreso de la unión.

La exposición de motivos de la iniciativa presidencial se refirió a dicha modificación, y expresó que con ella se perseguía mejorar la vida política del Distrito Federal introduciendo dos formas de participación ciudadana que han sido efectivas en estados que cuentan con vigorosas instituciones democráticas; tales formas son medios complementarios que buscan el concenso y la expresión popular en los actos de gobierno, y, facultarán a los ciudadanos del Distrito Federal a participar en la formación de los ordenamientos del Distrito Federal y a la administración de los principales servicios públicos que se proporcionan. También se afirmó que con esos medios se alentarían las actividades cívicas y políticas de los habitantes del Distrito Federal.

La historia constitucional mexicana ha seguido el principio de la representación clásica, que se reafirma en la Constitución de 1917, cuyo artículo 51 dice “La Cámara de Diputados se compondrá de representantes de la nación. . .”

El artículo 55, que establece los requisitos para ser diputado, contradice —en nuestra opinión— la tesis general del artículo 51, al exigir como requisito el ser originario del Estado, o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de la elección.

Nuestro sistema de representación ha sido acremente criticado por dos de los exégetas del Código Supremo de 1917: Lanz Duret y Tena Ramírez.

El primero afirma que los “representantes de la nación”, salvo honrosas ex-

<sup>133</sup> Julien Laferrière, obra citada, p. 440.

cepciones, han sido los instrumentos del poder central o los emisarios de los caciques locales.<sup>134</sup>

Y Tena Ramírez dice que fue fácil y a veces necesario que los gobernantes suplantaran una voluntad popular que no existía.<sup>135</sup> Aunque el maestro de derecho constitucional habla en pasado, afirmamos que esa voluntad popular representada no existe en nuestros días.

Debemos preguntarnos si según nuestra Constitución los senadores son, también, representantes de la nación. La Norma de Normas calla el problema. El artículo 56 dice: “La Cámara de Senadores se compondrá de dos miembros por cada Estado y dos por el Distrito Federal, electos directamente en su totalidad cada seis años.”

La doctrina dice que los senadores representan a las entidades federativas dentro del régimen federal. Nosotros pensamos que nuestra constitución acepta la idea de que los senadores son representantes de la nación, y nos basamos en los siguientes argumentos: los requisitos para ser senador son los mismos que para ser diputado, con la excepción de la edad; el régimen que priva para los diputados es el mismo que para los senadores: no pueden ser reelectos para el periodo inmediato, son inviolables por las opiniones que expongan en el desempeño de sus cargos, no pueden desempeñar ningún otro empleo federal o estatal por los cuales disfruten de honorarios, igual término para computarse la renuncia tácita e igualdad en las responsabilidades.

Además su interés —dirían los autores clásicos— es general, es el interés de toda la colectividad, y no de la entidad federativa que los eligió.

La tesis ecléctica que hemos empleado en este punto respecto a los diputados, es también aplicable a los senadores.

Las diferencias entre senadores y diputados como la desigualdad en los términos de la representación —6 años, unos, y 3 años, los otros— se debe sólo a la finalidad estabilizadora del senado.

La realidad política de México hizo que la noción de representación, tal y como había sido conocida en nuestras constituciones y plasmada en 1917, se convirtiera en la representación de un partido —y no de varios, como el principio presupone—. La opinión de las minorías no se escuchaba, y el congreso se anquilosaba. Las luchas parlamentarias no existían, ¿y para qué? Todos los diputados seguían la ideología de un partido y aprobaban con gusto cualquier proyecto del ejecutivo.

El 21 de diciembre de 1962 el ejecutivo federal envió al congreso el proyecto de reformas a los artículos 54 y 63 constitucionales. El proyecto fue aprobado siguiendo los cauces del artículo 135 constitucional. El primer artículo mencionado —y es el que nos interesa— al modificarse, introdujo el régimen de dipu-

<sup>134</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, p. 52.

<sup>135</sup> Felipe Tena Ramírez, *Derecho...*, p. 91.

tados de partido. Las bases de ese sistema constitucional con las reformas de febrero de 1972, fueron:

- 1) El sistema representativo clásico subsistió.
- 2) Además de los diputados elegidos por mayoría de votos en cada distrito se crearon los diputados de partido: los partidos que alcanzaban el 1.5% de la votación total en las elecciones, tenían derecho a una representación de cinco diputados de partido y por cada 0.5% adicional que lograban en la votación tenían derecho a un diputado más, pero teniendo como límite veinticinco diputados de partido. Los partidos que alcanzaban veinte curules por la votación individual mayoritaria no tenían derecho a diputados de partido.
- 3) Los diputados de partido se nombraban por riguroso orden mayoritario según el porcentaje de votos que lograban en relación con los otros candidatos del mismo partido.
- 4) Sólo tenían derecho a diputados de partido, los partidos que estaban registrados conforme a la ley, "por lo menos con un año de anterioridad al día de la elección".
- 5) Expresamente declaraba el artículo que los diputados de partido eran representantes de la nación, y como tales, con la misma categoría e iguales derechos y obligaciones que los diputados de mayoría.

La reforma del artículo 54 persiguió una finalidad concreta: que continuara la estabilidad política que el país ha obtenido. Y con gran habilidad se abrieron las puertas a una importante representación de los partidos de oposición, que vivificó la vieja "democracia".

En aquel entonces —fines del año 1962— la opinión pública, unánimemente, elogió la reforma propuesta.

Miguel de la Madrid, quien realizó un estudio interesante y bien documentado sobre la mencionada reforma, escribió: "consideramos que las reformas mencionadas constituyen la medida más seria y trascendente que se ha adoptado en México en materia de instituciones políticas desde la consolidación de la prohibición constitucional absoluta para la reelección del Presidente de la República".<sup>136</sup>

La primera cámara multipartidista en nuestra historia empezó sus labores el 1° de septiembre de 1964 y las finalizó el día último del año de 1966. Afirmando que su labor fue positiva. Varias iniciativas del Partido Acción Nacional fueron aprobadas, y sobre todo, las ideologías se encontraron y lucharon.

El periódico *Excelsior* del 2 de enero de 1967 seleccionó partes de los discursos que se pronunciaron al concluir labores la cuadragésimasexta legislatura. En

<sup>136</sup> Miguel de la Madrid, "Reformas a la Constitución Federal en materia de representación", en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 50, México, 1963 p. 356.

ellos vibra el optimismo por un método que en algo democratizó el tan debatido principio del sistema representativo.

Ahora bien, en las elecciones de 1968 y 1970, algunos de los partidos de oposición al P.R.I., no alcanzaron el 2.5% de la votación total que entonces se requería para poderle acreditar a un partido, los denominados diputados de partido; sin embargo sí se les reconoció este derecho.

Se afirmó que la finalidad que persiguió la reforma fue que los partidos políticos estuvieran representados, que las ideas se discutieran y que no todo respondiera al mismo pensamiento.

Empero, en la exposición de motivos del proyecto de reforma de 1962 se fue muy claro respecto a ese 2.5% exigido, y se especificó que “esta condición obedece a la necesidad de impedir que el sistema degenera en una inútil e inconveniente proliferación de pequeños partidos que no representan corrientes de opinión realmente apreciables por el número de quienes las sustenten. Las corrientes de opinión que no tengan el respaldo de un número suficiente de ciudadanos para hacerlos respetables, no tienen, realmente, por qué estar representados en el Congreso de la Unión”<sup>136a</sup>

Se ha alegado que la cámara de diputados realizó una interpretación de índole política para otorgar diputados de partido a los partidos que no alcanzaron el 2.5% de la votación total.

En el proyecto de reformas constitucionales del 10 de noviembre de 1971 que se aprobó de acuerdo con el artículo 135 constitucional y que entró en vigor en febrero de 1972, se modificó ese 2.5% de la votación total al que nos hemos referido y aumentó el número máximo de diputados de partido de 20 a 25 por cada partido. La razón para la disminución del porcentaje de 2.5% a 1.5% está claramente explicada en la exposición de motivos del proyecto de modificaciones, en que se admitió que se venía violando la ley fundamental, pues algunos partidos no habían podido lograr ese 2.5%, pero de todas maneras se les otorgaron diputados de partido.<sup>136b</sup> A la letra, la mencionada exposición dijo: “La experiencia de tres elecciones sucesivas devela que la obtención del 25% de la votación, exigido como mínimo para que las minorías organizadas ingresen al Congreso, resulta difícil de alcanzar para algunas de ellas. Sin embargo, representan grupos que aglutinan corrientes arraigadas en la sociedad e ideologías consistentes. Es menester, por ello, facilitarles aún más la entrada a la tribuna de la representación nacional, su voz aporta beneficios, presenta disyuntivas y enriquece la discusión y el contenido de las decisiones”.

La disminución del citado porcentaje indudablemente tenía el peligro de ayudar a la proliferación excesiva de partidos políticos, situación que se trató de evitar en la iniciativa de 1962; sin embargo, también tuvo su parte positiva

<sup>136a</sup> *Derechos del Pueblo Mexicano*, obra citada, tomo vi, pp. 40-41.

<sup>136b</sup> Jorge Carpizo, “El Sistema Representativo en México”, en *Revista Jurídica Veracruzana*, tomo xxiii, núm. 2, Xalapa, Ver., 1972, pp. 28-30.

al tratar de que corrientes de opinión de cierta importancia en la nación estuvieran representadas en la cámara de diputados.

El aumento a 25 diputados de partido no revistió mayor importancia.

Ahora bien, el 6 de diciembre de 1977, se reformaron los artículos 51, 52, 53, 54 y 55 constitucionales para modificar la integración de la cámara federal de diputados, con el ánimo de que los partidos minoritarios puedan contar con más curules y que quede todo el espectro ideológico de la república representado en la cámara de diputados. Se consideró que el sistema de diputados de partido que indudablemente constituyó un avance, había ya agotado todas sus posibilidades para impulsar democráticamente a México, y por tanto se buscaba una nueva forma de sistema representativo.

En nuestra opinión, la reforma electoral es uno de los aspectos relevantes de la reforma política de 1977, y de los que pueden tener mayor trascendencia en la realidad nuestra.

En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, claramente se señaló que el sistema de representación que se proponía para la cámara de diputados era un sistema mixto con dominante mayoritario, en el cual se incluía la tesis de la representación proporcional, con lo que se perseguía que en la cámara de diputados se encontrara el mosaico ideológico de la república.

Se afirmó en dicha exposición que no se debilitaría el gobierno de las mayorías, pero que con el nuevo sistema se ampliaría la representación nacional en tal forma que el modo de pensar de las minorías se encontrara presente en las decisiones de las mayorías.

La filosofía que vibra en la exposición de motivos es: gobierno de la mayoría, evitando que las decisiones de ésta se vayan a ver obstaculizadas; pero la mayoría deberá oír y tomar en cuenta a las minorías antes de decidir. Las mayorías son quienes deben gobernar, pero permitiendo la participación política de las minorías, ya que el gobierno que las excluye, no es popular. En síntesis: *“gobierno de mayorías con el concurso de las minorías; libertad, seguridad y justicia en un régimen de leyes que a todos una y a todos obligue”*.

El sistema representativo mixto con dominante mayoritario que asientan los artículos 51, 52, 53 y 54 constitucionales de México, tiene principalmente las siguientes características:

1. La cámara de diputados podrá contar hasta con 400 diputados.
2. 300 de ellos, serán electos por votación mayoritaria a través del sistema de distritos electorales uninominales.
3. Hasta 100 diputados podrán ser electos de acuerdo con el principio de la representación proporcional, mediante un sistema de listas regionales que presenten los partidos políticos para cada una de las circunscripciones plurinominales en que se divida al país.
4. Los 300 distritos electorales uninominales resultarán de dividir la pobla-

- ción total del país entre esos distritos. La distribución de los distritos uninominales entre los estados se realizará teniendo en cuenta el último censo general de población.
5. La representación de un estado no puede ser menor de dos diputados de mayoría.
  6. Las circunscripciones plurinominales podrán ser hasta cinco.
  7. La elección de los 100 diputados, conforme al principio de representación proporcional, se deberá ajustar a las reglas siguientes:
    - a) Para tener derecho a acreditar listas regionales, un partido político deberá acreditar que participa con candidatos a diputados de mayoría en cuando menos 100 distritos uninominales.
    - b) No tendrán derecho a diputados de representación proporcional los partidos que hayan obtenido 60 o más diputados de mayoría, y los que no alcancen cuando menos el 1.5% del total de la votación emitida para todas las listas regionales en las circunscripciones plurinominales.
    - c) Al partido político se le asignará el número de diputados de su lista regional que corresponda al porcentaje de votos obtenidos en la circunscripción plurinomial correspondiente, y para dicha asignación se seguirá el orden que tengan los candidatos en las listas correspondientes.
    - d) Si dos o más partidos con derecho a participar en la distribución de las listas regionales —es decir, que no hayan obtenido 60 o más diputados de mayoría—, alcanzan en su conjunto 90 o más constancias de mayoría, entonces sólo se repartirá el 50% de las curules que deben asignarse por el principio de la representación proporcional.

Señalemos el porqué de algunos de los principios que conforman el actual sistema representativo en México.

El número de 400 diputados se debe a que antes de la reforma, México era de los países en los cuales la proporción "población del país-representantes" era de las más bajas del mundo; por ello existió la idea de duplicar el número de diputados, y ya en el plan básico de gobierno aprobado en septiembre de 1975 por la VIII asamblea nacional ordinaria del PRI, se habló de que la cámara de diputados se debía integrar con no menos de 400 diputados, idea en la que se insistió en las audiencias de la secretaría de gobernación. En el dictamen de las comisiones respectivas de la cámara de diputados, se asentó que aumentar los diputados de mayoría a trescientos haría más estrecha la relación entre el diputado y sus electores, lo que tiene importancia porque en nuestra tradición política el diputado debe ser legislador y gestor, entregando su esfuerzo a la nación, pero sin olvidar los intereses del distrito en que fue electo.

Un partido político, a fin de tener derecho al registro de sus listas regionales para la elección de acuerdo con la representación proporcional, debe acreditar

que participa cuando menos en 100 distritos uninominales; es decir, en una tercera parte de los distritos uninominales, ya que "se trata de estimular la participación constante y verdadera de los partidos minoritarios y de que no vegeten en la insuficiencia ideológica ni en el conformismo de la negociación por parte de sus dirigentes. Si la ley no consignara esta exigencia, la reforma estaría destinada a perecer en tiempo más breve del en que ha perecido de hecho el sistema de los diputados de partido".<sup>1360</sup>

Ahora bien, un partido político para tener derecho a diputados conforme al sistema proporcional, deberá alcanzar el 1.5% de la votación emitida en todas las listas regionales en las circunscripciones plurinominales y no haber obtenido 60 o más constancias de mayoría.

La exigencia del 1.5% se debe a que no se desea auspiciar la proliferación de partidos que no representen ninguna fuerza social y sean sólo membretes. Se quiere que el partido tenga un mínimo de representatividad; que realmente *represente* a un cierto número de ciudadanos. Entendemos que la cifra se dejó en 1.5%, porque cuando la constitución exigió el 2.5% para que un partido tuviera derecho a diputados de partido, el porcentaje, como ya expresamos, no fue alcanzado por varios de los partidos políticos; ello fue causa de la reforma de 1972, que lo redujo a 1.5%. Lógico es que se haya ratificado al 1.5% ya que deriva de la experiencia electoral inmediata; haber aumentado dicha cifra, probablemente hubiera impedido que tuvieran este tipo de diputados varios partidos registrados y varios de los que entonces aún no lo estaban.

El requisito negativo de no haber obtenido 60 o más diputados de mayoría, responde a la idea implícita de que un partido que obtiene ese número de diputados de mayoría ya no puede ser considerado partido minoritario. Con toda claridad la exposición de motivos del proyecto presidencial afirma que en países de avanzadas formas de organización política, se estima que si un partido obtiene alrededor del 20% del total de los escaños, ya no puede considerarse partido minoritario; esta idea fue aceptada en nuestra ley fundamental, por considerar que se adapta a nuestra realidad política.

La disposición que señala que si dos o más partidos minoritarios alcanzan en su conjunto 90 o más constancias de mayoría, entonces sólo se asignarán 50 curules por el sistema proporcional, obedece a la idea de que siempre debe existir en la cámara de diputados una mayoría clara que pueda tomar las decisiones. No se desea una inutilizada por la falta de una mayoría, o que se vaya a repetir el fenómeno político que ha acontecido en otros países: que la representación popular se pulveriza y se fracciona a tal grado que las cámaras dejan de cumplir con sus funciones. Por ello, estamos de acuerdo con la disposición aquí comentada.

En las sesiones de la cámara de diputados se criticó este precepto por un

<sup>1360</sup> *Reforma Política III*, Gaceta informativa de la comisión federal electoral. Reformas a la Constitución, México, 1978, pp. 27-28.

diputado del PAN quien expuso que si todos los partidos minoritarios logran 89 curules de mayoría más las de la representación proporcional, sumarán un total de 189 curules en un congreso de 400, y que en esta forma lo máximo a que la disidencia de todo el país, podía aspirar era a 189 curules, porque si obtenían más de 90 diputados de mayoría, entonces los de representación proporcional bajaban a 50.<sup>136d</sup>

Lo único que hay que aclarar es que ciertamente las minorías, por su condición de tales, tienen un tope de curules que podrá caer si alguno de esos partidos llega a convertirse en mayoría.

El artículo 55 constitucional señala los requisitos que se requieren para poder ser diputado y su fracción III se adicionó con un párrafo.

Para poder figurar en las listas de las circunscripciones electorales plurinominales como candidato a diputado se requiere ser originario de alguna de las entidades federativas que comprenda la circunscripción en la que se realice la elección o vecino de ella con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha en que la misma se celebre.

También se reestructuró la representación de las minorías en las entidades federativas y en los municipios, ya que el último párrafo de la fracción III del artículo 115 dice que:

De acuerdo con la legislación que se expida en cada una de las entidades federativas se introducirá el sistema de diputados de minoría en la elección de las legislaturas locales y el principio de representación proporcional en la elección de los ayuntamiento de los municipios cuya población sea de 300,000 o más habitantes.

Esta norma viene a complementar la reforma al sistema representativo y es muy lógica: que la voz y presencia de las minorías también se escuche a nivel local y municipal. No es congruente abrir canales políticos para las minorías a nivel federal y no hacerlo a los otros dos niveles, ya que el proceso de democratización no sería completo si no se llevara también a las esferas locales y municipales.

Creemos que esta disposición es correcta. Respecto al sistema de diputados de minoría en las legislaturas locales, el precepto deja a la decisión de cada entidad federativa si se pondrá en efecto a través del sistema de diputados de partido o del sistema proporcional. Es decir, se seguirá a nivel local el sistema representativo de dominante mayoritario con la presencia de las minorías, y es el propio Estado quien decidirá el sistema que va a seguir para abrir las puertas a la existencia de los diputados de minoría. En esta norma se respeta la

<sup>136d</sup> *Reforma Política III*, obra citada, pp. 91-92.

autonomía de los estados, al mismo tiempo que se establece una regla general para la mayor democratización del proceso político a nivel local.

También estamos de acuerdo con la introducción del principio de representación proporcional en los municipios: que la disidencia tenga voz en todos los órganos colegiados que toman decisiones que afecten a los individuos; creemos una medida prudente el que a nivel de la Constitución General de la República se especifique que debe ser en los municipios que cuenten con 300 mil habitantes o más. O sea, que, constituyendo esto una novedad en nuestra realidad política, es prudente implantarla en aquellos municipios en donde pueda tener mayor éxito, dejando a las entidades federativas la decisión de si este sistema también lo implantan en municipios con menos habitantes. Es decir, los Estados se encuentran compelidos a abrir la representación proporcional en los municipios con 300 mil habitantes o más, pero respecto a los municipios con menos habitantes, serán los propios Estados quienes decidan si lo hacen o no, y en qué medida. Por ejemplo, el Estado de Yucatán, puede regular en su Constitución que los municipios con más de 150 000 habitantes tengan representación proporcional.

Imposible es que un país que desea acercarse a la democracia deje sus reformas constitucionales al órgano denominado poder revisor, sino que el congreso federal deberá convertirse en proyectista, y el pueblo es quien debe aceptar o rechazar cualquier reforma a su Carta Magna. Urgen en México reformas en este sentido.

Y ni qué decir que si las necesidades futuras hicieren imperiosa una nueva constitución, ésta se deberá someter al referendo del pueblo, porque considerar a las asambleas legislativas como hacedoras de la constitución y no simplemente como proyectistas, es abominable. El pueblo que no se da a sí mismo su constitución no sólo no es libre, sino, lo que es peor, no se da cuenta de su esclavitud, y viviendo en el engaño vive feliz. Reafirmamos la urgencia de reformar la constitución en este sentido.

Urgente es que no se siga reformando la constitución por los "representantes de la nación", que no son representantes ni del pueblo ni de la nación. En gran parte nuestra Constitución de 1917 se ha viciado por sus múltiples reformas. Si la constitución es voluntad del pueblo, que él sea quien la modifique. Y nada de ficciones de voluntades representadas que bien sabemos a qué conducen.

## VI. EL SISTEMA FEDERAL

Grecia conoció la institución jurídico-política denominada confederación, y como ejemplos se pueden citar la Liga Jónica, la Confederación Beócica, la Confederación Peloponésica y la Liga Aticodeliana. Pero el Estado federal nació en 1787 al promulgarse la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Varias son las diferencias entre la confederación y el Estado federal, pero

entre una de las más importantes se puede subrayar que en tanto la confederación es una asociación de Estados soberanos, sometida a las normas del derecho internacional, en el Estado federal sólo hay un Estado soberano (el pueblo, y no varios pueblos soberanos) y todo su orden jurídico está encuadrado en la constitución federal.

### a) *Su naturaleza jurídica*

Tratar de hallar la naturaleza jurídica del sistema federal es decir lo que éste es, es delimitarlo, circunscribirlo en el amplio panorama de las instituciones jurídico-políticas.

Vamos a examinar, dentro de una multitud de pensamientos, las seis teorías que representan —en nuestra opinión— momentos decisivos en la evolución de la idea de qué es el sistema federal.

Analizaremos estas teorías en el orden siguiente: Tocqueville, Calhoun y Seydel, Jellinek, Wilson, Dabin y Kelsen.

Alexis de Tocqueville, de nacionalidad francesa, viajó por los Estados Unidos de Norteamérica y contempló que allí existía una nueva organización estatal, desconocida en Europa. Pero esta novedad —que se presentaba en la realidad— ya había sido puesta de relieve en *El federalista*, recopilación de estudios constitucionales, y fue después Weitz quien dio la primera explicación jurídica sobre el Estado federal.

El mérito de Tocqueville radica en haber sido el vulgarizador de la nueva estructura, en haber llamado la atención de los europeos sobre el nuevo sistema.

Tocqueville se encontró con la existencia de Estados federados soberanos, ya que dentro de sus competencias eran la instancia decisoria suprema; pero además halló que había otro soberano: la federación, ya que ella era, también dentro de su competencia, la instancia suprema. Luego, la soberanía se hallaba dividida, una parte de ella correspondía a la federación y otra parte a las entidades federativas.

Tocqueville afirmó que en Norteamérica existían dos gobiernos completamente separados y casi independientes.<sup>137</sup> Uno de estos gobiernos era el que correspondía a las veinticuatro pequeñas naciones soberanas que en conjunto integraban la federación (“el gran cuerpo de la Unión”), la que a su vez era soberana.

Las explicaciones anteriores son el motivo por el cual a esta teoría se le llama de la cosoberanía, ya que tanto la federación como las entidades federativas son soberanas dentro de su competencia, es decir, poseen una parte de la soberanía.

Importante es saber cuáles son las competencias de estas secciones pues en ellas se delimita la parte de soberanía que poseen.

<sup>137</sup> Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, México, 1963, p. 77.

Tocqueville pensó que esta distribución de competencias se podía realizar en tres formas.

La primera, enumerando tanto las competencias de la federación como las de las entidades federativas. Pero este sistema era peligroso porque al surgir una nueva necesidad, no enumerada, no existiría autoridad competente para resolver.

El segundo sistema podía consistir en indicar las competencias de los Estados, anotándose que cualquiera otra cuestión la resolvería la federación. Este sistema no era posible porque lesionaba el celo de los Estados.

Y en el tercero, se señala a la federación cuáles son sus atribuciones, y todas las demás competencias recaen en los Estados, ya que ellos son los "titulares originarios del poder público". Este sistema fue el que siguió la constitución norteamericana.

La "coexistencia de dos poderes iguales y coordinados"<sup>138</sup> para explicar el sistema federal fracasa, pues va contra la realidad y contra la idea de soberanía, la cual es única e indivisible. Además es fácil percibir que existe predominio del poder central, ya que éste es quien posee las facultades más importantes.

La teoría de Calhoun persiguió una finalidad concreta: justificar la separación de los Estados del sur de Norteamérica; y la teoría de Seydel tuvo, también, una meta: defender a Baviera contra el Reich.

La base de estas teorías es la indivisibilidad de la soberanía, de lo que concluyen que si la federación es la soberana, los Estados no existen, pero si al contrario, los Estados son los soberanos, la federación no es. Luego el Estado federal no puede tener existencia.

Tanto Calhoun como Seydel creyeron que el Estado federal y la confederación descansaban sobre un tratado, el cual era concertado por los Estados particulares.<sup>139</sup> Esta falsa creencia los hizo afirmar, equivocadamente, que todos los Estados federales son simples confederaciones de Estado.<sup>140</sup>

Afirmaron que el Estado federal no existía, luego tenían que atribuir la soberanía a una de las dos posibilidades —federación o Estados particulares—, y se inclinaron a favor de los Estados particulares. Esta aseveración les permitió concluir que las competencias federales no son más que competencias delegadas por los Estados particulares y ejercidas por ellos, de lo cual se derivan dos consecuencias: el derecho de anulación y el derecho de segregación.

Por el derecho de anulación los Estados pueden anular todos los actos de la federación que consideren contrarios al pacto federal.

Y por el derecho de segregación, un Estado puede decidir libremente cuándo va a abandonar la unión.<sup>141</sup>

<sup>138</sup> Manuel García-Pelayo, obra citada, p. 221.

<sup>139</sup> M. Mouskheli, *Teoría Jurídica del Estado Federal*, Madrid, 1931, p. 191.

<sup>140</sup> M. Mouskheli, obra citada, p. 192.

<sup>141</sup> M. Mouskheli, obra citada, p. 192.

Estas teorías van contra la realidad, pues a pesar de su negación, hubo y hay algo que recibe el nombre de Estado federal. Jorge Jellinek —el genial teórico que tanto hemos citado— expuso una teoría nueva, la cual llevó por objetivo justificar una situación política. En 1870, al vencer los germanos al segundo Napoleón, mal llamado tercero, y crearse en el Palacio de Versalles el imperio alemán, surgió entre el pueblo de Goethe, el de los pequeños principados, la inquietud de su desaparición como Estados. Los congresos interpelaron a sus príncipes con la pregunta: ¿Es que ya no somos Estados?

Laband y Jellinek se ocuparon en hallar respuesta a esa inquietud.

Para Jellinek hay Estados soberanos y no-soberanos, luego para él, soberanía no es nota esencial del Estado, pero sí lo son las relaciones de dominación. Pero un Estado no-soberano sólo puede existir asociado a otro que sea soberano.

Define al Estado federal como “un Estado soberano formado por una variedad de Estados”,<sup>142</sup> pero estos Estados miembros son: no-soberanos, a pesar de que la constitución atribuye a los órganos de esos Estados una participación mayor o menor en la soberanía o sea en el ejercicio del poder.

Los Estados particulares son Estados, únicamente, dentro de la esfera en que están libres del poder federal. “Dominar es una actividad necesaria al Estado: sólo es Estado una asociación en cuanto puede dominar. El Estado miembro por tanto, es Estado si no se halla sometido al poder del Estado federal y pierde el carácter de tal, como de otra parte reconocen los que tienen un exacto concepto del Estado federal, en cuanto queda sometido al poder de éste.”

“En el campo de acción en que domina el Estado federal, el Estado miembro sólo existe en cuanto tiene el derecho a exigir prestaciones de aquél y a participar en el ejercicio de su soberanía... Los miembros del Estado federal son como tales, esto es, en cuanto participan en la soberanía de la federación, no Estados, sino órganos del Estado federal; y en tanto están sometidos y pueden, sin embargo, exteriorizar una voluntad independiente, son agrupaciones no estatistas.”<sup>143</sup>

Para Jellinek, el Estado federal es el único soberano, pero los miembros de esa unión sí son Estados porque poseen derecho de dominación, y en ciertos límites poseen libertad de acción.<sup>144</sup>

Podemos resumir la teoría del ilustre alemán diciendo que la federación es el único Estado soberano, pero sin negar a los miembros de ella la característica de Estado.

Jellinek se plantea el problema de por qué un Estado miembro no puede abandonar la unión, o como él, dice, el imperio. Responde la pregunta diciendo que el imperio es un Estado, y que salirse del imperio o su disolución es impo-

<sup>142</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, p. 621.

<sup>143</sup> Jorge Jellinek, *Teoría...*, pp. 624-25.

<sup>144</sup> M. Mouskheli, obra citada, p. 218.

sible jurídicamente porque se basa en una convicción, fundada sobre un hecho histórico.<sup>145</sup>

Para nosotros, Jellinek quiso significar por convicción el concepto de nación, ese plebiscito cotidiano que expresó Renán, esa idea de unidad que da la historia y la proyección hacia el futuro de la que habló Ortega y Gasset.

El pensamiento de Jellinek —como afirma Mario de la Cueva— en su esencia coincide con el pensamiento de Tocqueville, pues analizando detenidamente la teoría se encuentra una división de la soberanía.<sup>146</sup> Por que si no es así, ¿entonces en virtud de qué actúan los Estados miembros cuando obran independientemente del poder central? Jellinek contestaría que por la idea de dominación, pero esta noción no perfila las notas de un Estado libre, sino una organización de la opresión. Luego el pensamiento de Jellinek implica una división de la soberanía.

A fines del siglo pasado, Wilson —quien llegaría a ser presidente de Norteamérica— escribió el libro *El Estado*, donde expuso una teoría nueva sobre el Estado Federal.

Wilson afirma que al crearse la constitución federal se quería una unión débil, no se deseaba sacrificar la autonomía de los Estados particulares. Pero durante el siglo XIX diversos acontecimientos perfilaron la nacionalidad norteamericana y ello trajo consigo un cambio en la manera de ser de los hombres.

Entre los sucesos que contribuyeron a ese cambio, enumeró: los ferrocarriles, los cuales permitieron a los hombres un ir y venir de un lugar a otro, realizando un intercambio de personas y productos; la necesidad de enfrentarse al comercio inglés, francés, alemán; las guerras en que intervinieron los Estados Unidos, etcétera.<sup>147</sup>

La idea de la importancia de los Estados miembros fue siendo substituida por el concepto de nación, y esta noción triunfó definitivamente cuando los Estados del norte vencieron a los del sur, creándose la convicción de que era imposible la segregación de un miembro de la unión.

La idea de nación como unidad fue lo que permitió formar un vínculo de solidaridad entre hombres de pensamientos, costumbres, religiones, lenguas y razas, tan diferentes. Creemos que el concepto de nación de Wilson es el mismo que fue expuesto en 1939 por Crossman, como “Un pueblo que vive bajo un único gobierno central lo suficientemente fuerte para mantener su independencia frente a otras potencias.”<sup>148</sup>

Y esta idea de nación —prosigue Wilson— realizó el cambio: en lugar de mirar al gobierno de los Estados particulares y al gobierno central como dos gobiernos, los empezamos a considerar como dos partes de un mismo gobierno,

<sup>145</sup> Jorge Jellinek, obra citada, p. 629.

<sup>146</sup> Mario de la Cueva, *Apuntes de...*, p. 184.

<sup>147</sup> Mario de la Cueva, *Apuntes de...*, p. 186.

<sup>148</sup> R. H. S. Crossman, *Biografía del Estado Moderno*, México, 1965, p. 19.

o sea, se deja de ver al Estado federal como dos Estados, como dos gobiernos, para percibir que el Estado federal es un solo gobierno, pero doble, es decir, la naturaleza del Estado federal es ser un gobierno doble.<sup>149</sup>

El planteamiento que realizó Wilson es de sumo interés, pues ya no se considera al Estado Federal como dos Estados ni como dos gobiernos, sino como una unidad formada por dos partes distintas pero no separadas.

Lo más importante del pensamiento de Wilson estriba en haber visto que el Estado federal no está dividido, sino que forma una unidad como cualquier otro Estado; que es el gobierno único lo que está cortado, delimitado en competencias, unas que corresponden a la federación y otras a los Estados particulares.

Un grupo selecto de juristas europeos ha expuesto la teoría del Estado federal como una forma de descentralización. Entre ellos, Jean Dabin.

Para Dabin el poder está descentralizado cuando se admite que grupos más o menos naturales que existen dentro del Estado poseen en propiedad determinados atributos del poder público, que ejercen por órganos que estos mismos grupos escogen,<sup>150</sup> o sea, que el rasgo esencial de la descentralización es participación o colaboración dentro de una señalada esfera con el poder político del Estado.<sup>151</sup> Pero la descentralización nace cuando ese grupo se eleva al nivel de órgano de derecho público y coopera con el Estado a la realización del bien público.

La principal ventaja de la descentralización la encuentra Dabin en que aligera a la federación de una serie de tareas de interés público, pero que las autoridades locales realizan mejor que ella "con más competencia y menores gastos." Claro que el bien público siempre es general, pero se tiene que aplicar a una materia especial en cuanto al objeto y al lugar.<sup>152</sup>

Después, el autor belga, apunta una idea importante: por qué el sistema de descentralización da satisfacción a un principio de elevada moralidad, y contestó: porque, al asociar a los grupos en la realización de tareas propias, el poder está demostrando su respeto para la persona humana.<sup>153</sup>

Dabin nos advierte que no hay que identificar el Estado centralizador con el Estado absolutista, y al descentralizador con la democracia, ya que el Estado moderno, que nació en el siglo vi, ha sido centralizador en exceso sin importar que haya sido: monarquía absoluta, democracia revolucionaria, o que se haya inspirado en el liberalismo o en el socialismo de Estado.

Las ideas expuestas las aprovecha Dabin para aplicarlas al Estado federal

<sup>149</sup> Mario de la Cueva, *Apuntes de...*, p. 186.

<sup>150</sup> Jean Dabin, *Doctrina General del Estado*, México, 1946, p. 314.

<sup>151</sup> Jean Dabin, obra citada, p. 315.

<sup>152</sup> Jean Dabin, obra citada, p. 320.

<sup>153</sup> Jean Dabin, obra citada, p. 321.

del cual afirma que se parece al Estado unitario en que es un Estado único. Por lo cual sugiere que se hable de sistema de gobierno federal.

Lo descentralizado es el poder, escribió el tratadista belga, ya que el sistema federal es régimen complejo de gobierno, “en que hallamos combinadas dos soluciones enlazadas con dos aspectos diferentes de la teoría del poder: por una parte, una solución de descentralización muy amplia en beneficio de las colectividades componentes (Estados, países, cantones); por la otra, una solución de participación de las colectividades mismas en el gobierno del Estado federal”.<sup>154</sup> O sea que los Estados particulares, en los límites de su competencia, actúan con independencia, pero además intervienen en el gobierno central como en el caso de la integración de los poderes de la federación.

En un Estado federal, las entidades particulares poseen las siguientes características: a) tienen todas las funciones del poder gubernamental y administrativo (comprendiendo las funciones legislativa y judicial), b) dentro de sus competencias ejercen el gobierno con exclusión de toda vigilancia, y c) “conservan la facultad de organizarse a sí mismos y regular su propia Constitución.”<sup>155</sup>

Dabin especifica que los Estados particulares no son soberanos, ya que numerosas materias del bien público que interesan a sus habitantes y a su territorio, están completamente sustraídas a su competencia.

En el Estado federal, los Estados miembros designan algunos titulares de la autoridad federal, y por este derecho de participación en la gobernación del Estado federal se diferencian los Estados particulares “de manera radical de los grupos simplemente descentralizados. Pero permanece el principio común: el federal es ante todo un Estado descentralizado, y el derecho de participar en el gobierno federal no es más que el prolongamiento de la idea de descentralización, llevada al paroxismo, hasta el corazón del Estado federal. En este sentido, es lícito hablar de descentralización política”.<sup>156</sup>

Hasta aquí hemos hablado de descentralización política, pero además existe la descentralización administrativa, la cual concierne a la organización de los servicios públicos del Estado.

Lo que caracteriza al Estado federal es una gran descentralización política, la cual emana de la constitución, obra del pueblo; luego el pueblo es quien atribuye las competencias federales y las locales.

Un Estado federal puede tener una gran centralización administrativa, luego la nota de descentralización administrativa no es característica del Estado federal.

El profesor vienés Hans Kelsen es de los juristas que afirman que la nota esencial del Estado federal es la descentralización, pero su pensamiento alcanza, en este aspecto, notoriedad con su teoría de los tres círculos estatales.

<sup>154</sup> Jean Dabin, obra citada, p. 329.

<sup>155</sup> Jean Dabin, obra citada, p. 330.

<sup>156</sup> Jean Dabin, obra citada, pp. 331-32.

Dice que en el Estado federal hay que distinguir tres elementos: a) la constitución en virtud de la cual se establece la unidad del orden total, y esta Norma Suprema es válida en todo el territorio. O sea que el Estado federal es la personificación de la constitución, b) el orden jurídico federal, y c) el orden jurídico de las entidades federativas.

La constitución divide la competencia entre la federación y las entidades federativas, y estas dos esferas son órdenes parciales delegados. La constitución es el todo jurídico, es quien señala las atribuciones y límites de la federación y de las entidades federativas, otorgándole a la primera validez normativa espacial sobre todo el territorio y a las segundas una vigencia limitada a ciertas partes de ese territorio.

Luego la federación y las entidades federativas están coordinadas y no hay entre ellas ningún vínculo de subordinación, y tanto la una como las otras deben su existencia a la constitución.<sup>157</sup>

El Estado federal u orden total posee órganos propios como el poder revisor de la constitución, que no es órgano ni de la federación ni de las entidades federativas, sino del Estado federal, es órgano de la totalidad.

Luego, para Kelsen el Estado federal es similar al unitario, siendo la noción de descentralización lo que diferencia a un Estado de otro. A continuación enumera otras diferencias entre el Estado federal y el unitario como que los órganos de las entidades federativas, en el primero, no derivan de los órganos del poder central, sino que coexisten, ya que tienen igual categoría y el mismo fundamento jurídico: la constitución.

En tanto que en el Estado federal la descentralización se refiere al poder mismo, y las entidades federativas gozan de autonomía constitucional, en el estado unitario hay divisiones —departamento, provincias— que son únicamente administrativas, y no implican descentralización política, ni disfrutan de autonomía constitucional.

Ahora digamos qué entendemos por Estado federal y en primer lugar debemos asentar que en principio un Estado federal es similar a uno central: la unidad del Estado es la Constitución, pero la estructura de esa ley fundamental es diferente: en el sistema federal la norma suprema crea dos órdenes subordinados a ella pero que entre sí están coordinados.

Es decir, esos órdenes —el federal y el de las entidades federativas— existen por mandato constitucional y ellos no pueden contravenir las disposiciones de la ley creadora, que les otorga su competencia y expresa lo que el orden federal puede realizar y lo que las entidades federativas pueden efectuar.

O en otras palabras, la Constitución no sólo crea a la federación y a las entidades federativas sino que les dice que pueden hacer.

Dentro del campo de competencia de las entidades federativas se encuentra

<sup>157</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, p. 262.

la atribución de otorgarse su propia Constitución para organizarse libremente en su régimen interior que desde luego no puede ser contrario a las normas de la Constitución General o ley fundamental del Estado federal.

Las entidades federativas en sus normas supremas establecerán las reglas para el funcionamiento de sus poderes públicos: la forma de su elección, su competencia, su organización, etcétera.

Es decir, las entidades federativas son autónomas porque poseen un margen libre de actuación dentro del marco señalado en la norma cúspide de ese orden jurídico: la Constitución del Estado federal.

Así, las autoridades de las entidades federativas no se encuentran subordinadas a las federales, sino que dentro de su competencia son libres.

Dentro de la división de competencias que realiza la ley fundamental, una de especial y trascendental importancia es la de índole económica que se concretiza en la facultad tributaria: las entidades federativas pueden imponer contribuciones; es decir, allegarse recursos para satisfacer sus necesidades. La posesión de esos haberes les debe dar independencia de decisión y acción a las entidades federativas dentro del marco constitucional.

Además, las entidades federativas tienen hasta cierto punto aseguradas sus facultades ya que las reformas constitucionales se deben realizar tanto con la intervención de la federación como de las entidades federativas. En esta forma se garantiza desde su existencia hasta la más pequeña de sus atribuciones constitucionales. La voluntad de las entidades federativas es requisito indispensable para cualquier modificación a la norma suprema.

Sin que sea parte esencial de un sistema federal, no deja de ser importante que en algunos regímenes federales, ciertos órganos de la federación son integrados con la voluntad de órganos de las entidades federativas, situación que acontece cuando los senadores son designados por las legislaturas locales.

El Estado federal puede poseer órganos propios, que no son federales ni locales, sino de la unidad del orden jurídico, como es el caso del cuerpo judicial que examina la constitucionalidad de leyes y actos de los poderes públicos.

De los párrafos anteriores se puede desprender que existe un concepto de Estado federal, pero hoy en día existen estados federales: hay divergencias importantes de un estado federal a otro, aunque tengan las características que lo determinan como tal.

Podemos sintetizar y afirmar que las características de un Estado federal son las siguientes:

- i. Una Constitución que crea dos órdenes delegados y subordinados, pero que entre sí están coordinados: el de la federación y el de las entidades federativas.
- ii. Las entidades federativas gozan de autonomía y se otorgan su propia ley fundamental para su régimen interno.

- iii. Los funcionarios de las entidades federativas no dependen de las autoridades de carácter federal.
- iv. Las entidades federativas deben poseer los recursos económicos necesarios para satisfacer sus necesidades, y
- v. Las entidades federativas intervienen en el proceso de reforma constitucional.

Ahora bien, no todas las características apuntadas se dan en un determinado Estado federal, pero esos principios sirven para calificar a un Estado como federal o no

Necesario nos es volver a citar el artículo 40 de la Constitución Mexicana de 1917: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, FEDERAL, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.”

El artículo 40 expresa que México es un Estado federal por voluntad del pueblo, y que este Estado está constituido por Estados libres y soberanos, pero unidos en una federación. La tesis que asienta nuestro precepto constitucional es la teoría de Tocqueville, es la tesis de la cosoberanía: que tanto la federación como los Estados miembros son soberanos.

El concepto asentado está en contradicción —afirma Mario de la Cueva— con la declaración del artículo 39: “La soberanía nacional, reside esencial y originalmente en el pueblo...” ¿Entonces cómo es que los Estados miembros son soberanos, si el único soberano es el pueblo mexicano?

Únicamente nos podemos explicar el contenido del artículo 40 a través de una perspectiva histórica: nuestros constituyentes de 1857 se inspiraron en las ideas de Tocqueville, y el Constituyente de 1917, por tradición, no tocó dicho precepto, pero una interpretación de nuestra constitución nos hace comprender que la tesis que señorea en nuestra Carta Magna es el pensamiento de los artículos 39 y 41.<sup>157a</sup>

El artículo 115 dice: “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre...”

Si comparamos las decisiones fundamentales que se expresan en el artículo 40, con las mencionadas en el encabezado del artículo 115, vemos que son las mismas, lo que configura a México como un tipo de Estado federal.<sup>157b</sup>

<sup>157a</sup> Se puede profundizar sobre la naturaleza del Estado federal que asienta la Constitución Mexicana de 1917 en Jorge Carpizo, “Sistema federal mexicano”, en *Los sistemas federales del Continente Americano*, UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1972, pp. 474-476.

<sup>157b</sup> En México existe coincidencia e igualdad de decisiones jurídico-políticas entre la federación y las entidades federativas. Sin embargo, en otros países la situación es diversa

b) *El federalismo mexicano*

En el capítulo primero de la cuarta parte de este estudio que realizamos sobre la Constitución de Querétaro afirmamos que en México el sistema federal es una decisión fundamental. Vamos a relatar la evolución de la idea federal en el Anáhuac con dos propósitos; el primero, para comprobar que realmente integra una decisión fundamental de nuestro orden jurídico, y el segundo porque sin la perspectiva histórica, imposible es entender qué es actualmente el federalismo mexicano.

Los orígenes del sistema federal mexicano se encuentran en las diputaciones provinciales, y por la sin par importancia de éstas, nos detenemos brevemente para examinarlas en su nacimiento

La Constitución de Cádiz de 1812 estipuló que el rey nombrarían en cada provincia un jefe superior y que “en cada provincia habría una diputación provincial para promover su prosperidad”. Este sistema se quiso aplicar sólo en la España europea, pero gracias a las intervenciones de los diputados por la Nueva España —principalmente Miguel Ramos Arizpe—, el mencionado sistema se extendió a la América Hispana. Siete diputados formaban cada diputación provincial y eran designados por el pueblo en votación indirecta. En 1813, las Cortes de Cádiz ordenaron la fundación de las diputaciones provinciales en la capital de la Nueva España y en las ciudades de Monterrey, Guadalajara, Durango, Guatemala y Mérida.

Este nuevo sistema de gobierno que implantaba la Constitución de Cádiz abolía la persona del virrey. “El jefe político era el único funcionario ejecutivo de la jurisdicción en que la diputación provincial tenía autoridad, y sería directamente responsable ante las Cortes de España. El jefe político en la ciudad de México que de hecho reemplazó al virrey, carecía de jurisdicción sobre los jefes políticos de Guadalajara, Mérida, San Luis Potosí, Monterrey o Durango. Cada provincia gozaba de una independencia completa con respecto a las demás.”<sup>158</sup>

La implantación de las diputaciones provinciales tiene singular importancia, pues ellas acostumbraron a las provincias a tener su propio gobierno y a regirse conforme a sus aspiraciones y necesidades.

Bien conocido es el hecho del desconocimiento de la Constitución de 1812 como en la Constitución de Uganda de 1962, donde el encargado del poder ejecutivo era un presidente electo entre los monarcas de las entidades federativas, y el gobierno central era de carácter republicano, pero la mayoría de las entidades federativas respondía al principio monárquico.

En Malasia existen en algunos casos diferencias entre el centro y las entidades federativas, inclusive en el lenguaje oficial, sistema educativo, religión, etcétera. Al respecto se puede consultar, Jorge Carpizo, *Lineamientos Constitucionales de la Commonwealth, UNAM, México, 1971, pp. 93-94 y 166.*

<sup>158</sup> Nettie Lee Benson, *La Diputación Provincial y el Federalismo Mexicano, México, 1955, p. 20.*

por Fernando VII, pero en 1820 se vio el tirano obligado a restablecer su vigencia. Entonces, las seis diputaciones provinciales que la constitución señaló para la Nueva España fueron reinstaladas. En noviembre de ese mismo año se erigió la diputación de Valladolid que comprendió a Michoacán y a Guanajuato y que fue la número siete.

La erección de esa nueva diputación impulsó el deseo de las otras provincias a poseer su propio cuerpo provincial. Ramos Arizpe —representante nuestro— habló en el sentido apuntado y, el 8 de mayo de 1821, las cortes decretaron el establecimiento de diputaciones provinciales en todas las intendencias de ultramar.

Puebla, enterada del decreto de 8 de mayo, solicitó y obtuvo su diputación.

En noviembre de 1822 existían 18 diputaciones en México, un año después, a fines de 1823, su número aumentó a 23.

En los últimos días del imperio de Iturbide, el Anáhuac se encontraba dividido, de hecho, en provincias independientes; cada una de esas provincias se autogobernaba, el jefe político se convirtió en ejecutivo y la diputación provincial o alguna asamblea, en legislativo. En tales condiciones, gobierno central no existía en esos días en México.<sup>159</sup>

A la caída de Iturbide las tendencias ideológicas se unificaron para pedir la forma republicana de gobierno en la nueva y tambaleante nación, pero intereses varios hicieron que unos desearan el centralismo y otros el federalismo. Querían el centralismo: el alto clero, los principales jefes del ejército, los terratenientes, los borbonistas y algunos intelectuales como Alamán, Mier y Santa María.

Querían el federalismo: los iturbidistas, las provincias y lo más granado de la intelectualidad de esos días, como lo fueron: Ramos Arizpe, Zavala y Gómez Farías.

El 28 de mayo de 1823 se presentó al congreso un “Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana”, cuyos principales autores fueron Jose del Valle y fray Servando T. de Mier. Dicho plan que no llegó a discutirse, declaraba que la nación mexicana era una república representativa y federal, pero no habló de la soberanía de los Estados miembros, idea que las provincias consideraban primordial en el régimen federal que deseaban.

La situación, a mediados de 1823, se volvió caótica, las provincias empezaron a declarar que reasumían su soberanía. Jalisco afirmó (5 de junio de 1823) que provisionalmente reconocía al congreso, pero sólo en su carácter de asamblea convocante, y al ejecutivo central en lo concerniente a todo el país, pero que Jalisco sólo lo obedecería en lo que le conviniera. El 16 de junio, la diputación de Jalisco erigió a esa provincia como Estado libre y soberano.

A Jalisco siguieron Oaxaca, Yucatán y Zacatecas.

<sup>159</sup> Nettie Lee Benson, obra citada, p. 121.

Guatemala se hallaba separada de México, y el movimiento “Chiapas libre” exigía que se revisara la anexión o separación de Chiapas a la nación mexicana.

El 12 de junio de 1823, el congreso, no constituyente, sino convocante, emitió su voto por la forma de república federal, que dice: “El soberano Congreso constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha tenido a bien acordar que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de sus soberanías por el sistema de república federada, y que no lo ha declarado en virtud de haber decretado se forme convocatoria para el nuevo Congreso que constituya a la nación.”

Los federalistas mexicanos se inspiraron en el sistema norteamericano, lo cual lógico fue. Europa vivía en el régimen absolutista. La libertad imperaba tal vez en Inglaterra y Norteamérica. La Gran Bretaña era y es un país monárquico con instituciones desconocidas en México como el parlamento. En cambio, Norteamérica apasionó a nuestros primeros constituyentes, era la nación joven donde se veía brillar la libertad.

Y los hombres que deseaban el federalismo se unieron en un grupo especie de partido que con el tiempo se denominó liberal. La tesis que predominó, su bandera fue el federalismo.

Además de la constitución norteamericana, influyó en ellos el libro del ecuatoriano Vicente Rocafuerte: “Las ideas necesarias a todo pueblo independiente que quiera ser libre”, que empezó a circular entre nuestros intelectuales en 1823, el “Proyecto de bases generales para la organización federativa de la república” que escribió Austin, quien lo envió a Ramos Arizpe, y en un documento de especial interés: el “Pacto Federal del Anáhuac”, de Prisciliano Sánchez.

La última obra mencionada está fechada el 28 de junio de 1823, Sánchez asentó que la nación reiteradamente se había pronunciado por el sistema federal, el cual implicaba vivir bajo un gobierno equitativo y protector de los derechos humanos.

Enumeró quiénes eran los que deseaban el centralismo: los militares ambiciosos de gloria, los empleados prostituidos y los magistrados venales porque para ellos federalismo representaba orden y austeridad, y ellos deseaban todo lo contrario.

Sus ideas son importantes como su proposición de que se fijara la competencia de la federación, con lo cual “queda puesta ya la piedra angular de nuestra federación”.

Prisciliano Sánchez, después de exponer brillantemente su pensamiento, manifestó cuáles eran —a su entender— las bases para la constitución general. Transcribimos algunos puntos, ya que ellos influyeron en posteriores documentos constitucionales: “1) La nación de Anáhuac es la reunión de todas sus provincias que forman el Estado general. 2) Las (provincias) que actualmente se hallan con una población de doscientas mil personas arriba serán Estados, so-

beranos e independientes para todo lo relativo a su gobierno interior, 3) (que) será popular, representativo y federado.”

Sánchez nos habla de Estados soberanos e independientes, estas palabras no pueden entenderse si no las relacionamos con un párrafo anterior: “No se separan las provincias para ser otras tantas naciones independientes en lo absoluto: ninguna ha pensado en semejante delirio, sino que respecto a su gobierno interior se han pronunciado Estados soberanos, porque quieren ejercer éste sin subordinación a otra autoridad.”<sup>160</sup>

El pensamiento de Sánchez implica que en su competencia los Estados son autónomos, y que al emplear la palabra soberanía, lo único que hizo fue seguir la corriente doctrinal de la época.

El 7 de noviembre de 1823 empezó a celebrar sesiones el segundo Congreso Constituyente. Cuatro días después, el once, fray Servando Teresa de Mier pronunció un bello discurso, que fue bautizado por Carlos María de Bustamante como “Discurso de las profesías”, en el cual se pronunció a favor del sistema federal, pero en contra de la idea que señalaba a los Estados miembros como soberanos, lo cual —opinó— sería la causa de todas las desgracias —cual caja de Pandora— de México.

Declaró que los Estados Unidos se habían unido contra la opresión de Inglaterra, pero “federarnos nosotros estando unidos, es dividirnos y atraernos los males que ellos procuraron remediar con esa federación”.

Fray Servando entendió la idea de la soberanía al expresar: “demostrar que residiendo la soberanía esencialmente en la nación, no puede convenir a cada una de las provincias que está ya determinado la componen”, pero se olvidó de ella, al pensar que los diputados son los representantes soberanos de la nación.

Lo que Fray Servando deseaba era que se siguieran las ideas que él y José del Valle habían expuesto en el “Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana”, porque si no en México jamás volvería a existir paz entre tantos “soberanillos”.<sup>161</sup>

Las ideas de Fray Servando son confusas, ya que él mismo se defendió de los ataques que se le hicieron en el sentido de que era centralista, pero el pensamiento medular que lo impulsaba fue la idea de que nuestro federalismo era una imitación extralógica del sistema norteamericano.

Iturbide, en su exilio, al enterarse de los acontecimientos que conmovían a México, expresó: “. . . querer de repente y como por encanto adquirir ilustración, tener virtudes, olvidar preocupaciones, penetrarse de que no es acreedor a reclamar sus derechos el hombre que no cumple con sus deberes, es un imposible que sólo cabe en la cabeza de un visionario. ¡Cuántas razones se podrían

<sup>160</sup> Prisciliano Sánchez, “El Pacto Federal de Anáhuac” en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 56, México, 1964, pp. 1135-1169.

<sup>161</sup> Fray Servando Teresa de Mier, “Discurso de las profecías” en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 48, México, 1962, pp. 723-736.

exponer contra la soñada república de los mexicanos, y qué poco alcanzan los que comparan a la que se llamó Nueva España, con los Estados Unidos de América. Las desgracias y el tiempo dirán a mis paisanos lo que les falta ¡Ojalá me equivoque!”<sup>162</sup>

En la aurora del federalismo mexicano se presentaron dos tesis: la primera afirmó que el sistema federal, inspirado en el régimen de las diputaciones provinciales, fue una necesidad, ya que sirvió para unir lo que se estaba desuniendo con las repetidas separaciones de las provincias.

La segunda interpretación —la sostuvieron Fray Servando e Iturbide— consistió en declarar que implantar en el Anáhuac el sistema federal era una imitación extralógica, que el país no estaba preparado para tal experiencia y que de llevarse a cabo sería la causa de una serie interminable de luchas y problemas para la nación.

Cada una de las dos interpretaciones expuestas han tenido sus defensores y sus impugnadores. Nosotros hemos señalado cómo en el año de 1823, varios Estados buscaban su independencia.

Atrevido es inclinarse por alguna de las dos interpretaciones, sobre todo porque los años siguientes a 1828 fueron una continua lucha fratricida, y parece que la realidad corroboró las ideas de Fray Servando e Iturbide. Sin embargo, creemos que en 1823, el sistema federal fue una necesidad, y sirvió —realmente— para unir lo que se estaba desuniendo.

El 31 de enero de 1824 se aprobó el “Acta constitutiva de la Federación Mexicana”, que en su artículo quinto adoptó la forma de gobierno federal. En el artículo sexto declaró que la federación se integraba por “Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior”; y en el artículo séptimo enumeró los Estados de la federación.

Para Tena Ramírez, los Estados particulares en México, aparecen por primera vez en esta acta constitutiva,<sup>163</sup> e Ignacio Burgoa se adhiere al anterior pensamiento.<sup>164</sup>

La “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos” se empezó a discutir el 1º de abril y se firmó el 4 de octubre de 1824. Esa constitución, en su artículo 4º, adoptó el sistema federal y en el siguiente estipuló cuáles eran los Estados miembros.

Esa constitución federal, sin ninguna alteración, estuvo en vigor hasta finales del año de 1835.

En 1832 el presidente Santa Anna se fue a descansar a su hacienda, y entró en funciones de primer mandatario el vicepresidente Gómez Farías, quien en

<sup>162</sup> Carlos Alvear Acevedo, *Elementos de Historia de México*, México, 1959, p. 172.

<sup>163</sup> F. Tena Ramírez, *Derecho...*, p. 101.

<sup>164</sup> Ignacio Burgoa, *La Evolución de la Idea Federalista en México, en Cincuenta años de revolución*, tomo III, México, 1961, p. 167.

abril del 33 inició una legislación reformista. En mayo de 1834, repentinamente, Santa Anna ocupó la presidencia, disolvió el congreso, expulsó del país a Gómez Farías, se dedicó a hostilizar a los reformistas y derogó las leyes de lo que se ha denominado la pre-reforma.

Santa Anna dedicó el año de 1834 a preparar la reacción centralista, “el ejército desarmó en varias partes a las milicias cívicas, disolvió las legislaturas, sitió ciudades y ocupó militarmente algunos Estados, mientras otros, como Chiapas y Yucatán, se hallaban en la anarquía y estallaban dondequiera pronunciamientos. El predominio del ejército impuso una elección eminentemente favorable a los reactores, para el nuevo Congreso, que se reunió en enero de 35”.<sup>165</sup>

Y ese congreso reaccionario empezó a celebrar sesiones en dos cámaras el 4 de enero de 1835. Los representantes estaban autorizados por los electores para reformar la Constitución de 1824, salvo el artículo 171 que contenía varias prohibiciones, entre ellas la de tocar la forma de gobierno.

Para presionar al congreso se llevaron a cabo sublevaciones que pedían un gobierno centralista.

Barragán sustituyó a Santa Anna, y como presidente sustituto, al iniciar el congreso su segundo periodo de sesiones el 16 de julio de 1835, le pidió examinara las peticiones del gobierno central. El 9 de septiembre de ese año, el congreso se declaró con facultades constituyentes “para variar la forma de gobierno y constituir de nuevo a la nación”.

El 14 de septiembre, tanto la cámara de senadores como la de diputados integraron una sola: la asamblea constituyente, que el 15 de diciembre de 1835 expidió las bases constitucionales, documento que destruyó el sistema federal.

Durante el año siguiente, el congreso usurpador dictó de una sola vez seis leyes que aunadas a la de diciembre de 1835, sumaban siete, y de aquí el nombre de Constitución de las Siete Leyes.

Las siete leyes constitucionales implantaron el régimen centralista, los Estados pasaron a ser departamentos y sus gobernadores estaban sujetos al “ejecutivo supremo de la nación”. Lo que caracterizó a esa constitución centralista fue el órgano denominado supremo poder conservador, del cual ya hemos hablado.

El descontento hacia la nueva “Constitución” creó un ambiente hostil en la república. Los federalistas no descuidaron ninguna oportunidad para tratar de derrocar al régimen espurio.

El 15 de julio de 1840 Gómez Farías encabezó un movimiento federalista; los insurrectos lograron apoderarse de la persona del presidente Bustamante y de palacio nacional, pero el general Valencia venció a los sublevados.

El 8 de agosto de 1841 el general Mariano Paredes se pronunció en contra de Bustamante, quería que se convocara a un congreso constituyente para hacer una constitución. El general Valencia se sumó a Paredes, y Santa Anna se ofreció

<sup>165</sup> Justo Sierra, *Evolución...*, p. 209.

como mediador. Bustamante rechazó su ofrecimiento, pero sin fuerzas militares para sostenerse, abandonó el país.

Santa Anna fue nombrado presidente provisional, y de acuerdo con las bases de Tacubaya (de 28 de septiembre de 1841), se expidió convocatoria para nuevo constituyente el 10 de diciembre.

Las elecciones para diputados constituyentes se llevaron a cabo en un clima de desesperación, el pueblo estaba hambriento y en su gran mayoría no concurrió a las urnas.

El triunfo favoreció a los liberales, de los cuales, los moderados ocuparon la mayor parte de los escaños.

El 10 de junio de 1842, el presidente Santa Anna inauguró las sesiones del Constituyente y en el discurso que entonces pronunció se declaró en contra del federalismo.

El Constituyente de 1842 fue una asamblea ilustre, y en ello están de acuerdo los historiadores. Trató de acabar con la dictadura imperante y por ningún motivo se subordinó al ejecutivo.

Se presentaron —en esa Asamblea— dos proyectos de constitución: el de la mayoría (los moderados) que proponían un centralismo “eminentemente liberal, combinado con la autonomía administrativa de los departamentos”; y el de la minoría (los puros) que descaban el federalismo.

Ninguno de los dos proyectos fue del agrado del ejecutivo y mucho menos los debates que estaban teniendo lugar, sobre: la supresión de privilegios y la nacionalización de los bienes de la Iglesia.

Aún se realizó un tercer proyecto de características centralistas, pero que tampoco agradó a Santa Anna; entonces éste se retiró a su hacienda, “era la señal de que la conspiración gubernamental estaba ya madura”. Se dejó en la presidencia al general Bravo, y el ministro de la guerra Tornel maquinó el pronunciamiento que estalló en Huejotzingo el 11 de diciembre del 42; siete días después la guarnición de la ciudad de México se sumó al movimiento en contra del Constituyente.

El 19 de diciembre, el gobierno disolvió el Constituyente, y nombró una junta de notables para que redactara una constitución. Debemos anotar que la Asamblea de 1842, que en nuestra historia “ocupa un puesto culminante de honor cívico” —según frase de don Justo Sierra— protestó altivamente contra el golpe de estado.

La junta de notables construyó su “Constitución” que denominó: “Bases de organización política de la República Mexicana”. El 12 de junio de 1843 el presidente de México —claro está, era Santa Anna— sancionó la nueva ley suprema. Con esas bases orgánicas regresó el Centralismo. “Durante poco más de tres años, las Bases Orgánicas presidieron con nominal vigencia el periodo más turbulento de la historia de México. Lejos de atajar las discordias internas,

parecía avivarlas la guerra con Norteamérica, y las facciones siguieron luchando entre sí por la forma de gobierno.”<sup>166</sup>

Acontecimientos funestos se desarrollaron en aquellos años, y Santa Anna fue destituido de su cargo por el congreso.

El 4 de agosto de 1846 estalló el pronunciamiento de la Ciudadela organizado por el general Salas y Gómez Farías, su principal bandera fue la reunión de un nuevo Constituyente. Santa Anna regresó de Cuba, donde se encontraba exiliado y expuso sus ideas que ya eran federalistas. El general Salas de acuerdo con Santa Anna expidió el decreto de 22 de agosto del 46 donde se restableció la vigencia de la constitución federal de 1824, y se convocó a una Asamblea que expresaría la voluntad nacional.

El 6 de diciembre empezó a celebrar sesiones nuestro nuevo Constituyente, que ratificó la vigencia de la Constitución del 24, y emitió el “Acta de Reformas”, documento de especial importancia, sobre todo porque en él se halla la esencia del juicio de Amparo.

“El sistema de república federal subsistió hasta el año 1853, en el que nuevamente hizo acto de presencia la figura del dictador Santa Anna. El 22 de abril de aquel año, dictó el déspota unas ‘Bases para la administración de la república’, en virtud de las cuales, todo el poder quedó concentrado en sus manos.”<sup>167</sup>

El centralismo había regresado a México, pero este ir y venir de federalismo a centralismo, este perpetuo dilema de nuestra historia llegó a su punto decisivo.

Los hombres estaban cansados de la tiranía de Santa Anna, el descontento era general. El primero de marzo de 1854, el coronel Villarreal expidió el Plan de Ayutla, y el once de ese mes la guarnición de Acapulco aceptó, aunque adicionándolo, el manifiesto. La lucha fue ardua pero el dictador fue vencido, y el 9 de agosto de 1855 abandonó el país.

El 16 de octubre de 1855 se expidió el decreto convocatorio para integrar una asamblea constituyente, y el 18 de febrero de 1856 se iniciaron las sesiones de la cámara que expidió la Constitución de 1857.

¿Centralismo o federalismo? Ninguna de estas formas de gobierno había triunfado en México, pero próximo estaba el día de la victoria del federalismo.

El 15 de mayo de 1856, el presidente Comonfort promulgó el “Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana”, que despertó numerosas críticas y oposiciones, pues fue de tendencia centralista. Este estatuto no tuvo vigencia real y quedó sólo como prueba del pensamiento de Comonfort.

En el Congreso Constituyente de mediados del siglo pasado la idea federalista se impuso, no encontró objeción. Tanto los conservadores como los liberales aceptaron el federalismo como la única solución posible de pacificar el país.

Arriaga creyó conveniente explicar por qué el sistema federal era el único

<sup>166</sup> F. Tena Ramírez, *Leyes...*, p. 404.

<sup>167</sup> Mario de la Cueva, *La Constitución...*, p. 1261.

que satisfacía las necesidades del Anáhuac. En memorable ocasión, dijo: “¿Qué prestigios podía tener en la actualidad una constitución central, ni qué bienes habría de dar al país este funesto sistema de gobierno, que se identifica con todas nuestras calamidades y desgracias? Se quejan los pueblos, y con sobrada justicia, de que todas las revueltas emprendidas para entronizar el despotismo, se fraguaron en el centro de la república, de que en tiempo de las administraciones centrales no han tenido más que fuertes y multiplicadas gabelas, sin recibir jamás en cambio ningún género de protección ni beneficios... Cuando los pueblos han sentido y conocido todo esto, hubiera sido de nuestra parte un error craso e inexcusable, retroceder a las maléficas combinaciones del centralismo, que no dejó para México sino huellas de despotismo, recuerdo de odio, semillas de discordia.”<sup>168</sup>

El ficticio imperio de Maximiliano es una pauta en la idea del federalismo mexicano, pues los hombres de aquel entonces sabían y querían que al triunfo de la república volviera a resplandecer la bandera del partido liberal: el federalismo.

La Constitución de 1857 sufrió varias reformas en el sentido de ampliar las facultades legislativas federales. Así, el 14 de diciembre de 1883 se autorizó al congreso de la unión para legislar sobre minería, comercio y banca; el 20 de junio de 1908, sobre vías generales de comunicación, postas, correos y aprovechamiento y uso de las aguas de jurisdicción federal; el 12 de noviembre de 1908, sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad. Además, las prohibiciones constitucionales a los Estados fueron aumentadas.

Uno de los momentos cimeros en nuestra historia del sistema federal surgió en 1913, cuando Venustiano Carranza se propuso vivificar y actualizar el federalismo mexicano. De idea tan grande hablamos en el capítulo intitulado: “Los Primeros Años”, y a él nos rimitimos.

El pensamiento de que la única forma de gobierno que México puede tener es el sistema federal nunca más se ha discutido, y las decisiones que el pueblo tomó en 1856, de constituirse en una república popular, representativa y federal, ni siquiera fueron tema de debate en el Constituyente de 1917, porque la Asamblea de Querétaro sabía que tenía que dar pasos adelante, tenía que ganarle al tiempo la victoria, y que las decisiones fundamentales que el pueblo tomó en 1857 subsistían en 1917.

De 1917 a nuestros días la esfera de competencia federal ha sido ampliada. El artículo 73 establece cuáles son las facultades del legislativo federal, y sólo su décima fracción ha sido modificada en 1929, 1933, 1934, 1935, 1940, 1942 y 1947 en el sentido señalado líneas arriba.

Ignacio Burgoa, acerca de las reformas constitucionales para ampliar la com-

<sup>168</sup> Mario de la Cueva, *La Constitución...*, p. 1316.

petencia federal, afirma que “han contribuido al fortalecimiento de México como nación unitaria; y aunque a este propósito se hayan restringido las autonomías de los Estados, no por ello se ha incidido en el centralismo, pues mientras constitucionalmente éstos conserven su autarquía democrática, el signo de nuestra forma estatal será el federalismo con peculiaridades vernáculas, a pesar de que su connotación se aleje de la clásica idea federalista, que se antoja anacrónica y peligrosa”.<sup>169</sup> Permítasenos terminar esta exposición histórica, señalando la realidad socio-política del federalismo en México.

Desde 1828 a la década actual del siglo veinte, el Anáhuac ha vivido realmente, no el sistema federal, sino un centralismo atemperado en ocasiones y recrudecido en otras.

Nos sirve como dato para tan rotunda afirmación el siguiente: los gobernadores generalmente son designados por la voluntad del presidente de la república o por la oligarquía en el poder, a su vez los gobernadores nombran a los diputados locales a su libre arbitrio, y la autonomía de los poderes judiciales locales no existe, ya que los gobernadores son verdaderos reyecitos en sus Estados. Respecto a la representación que los Estados envían al congreso de la unión (senadores y diputados), el método de su elección no varía del antes señalado.

### c) *La distribución de competencias*

Al examinar el pensamiento de Tocqueville acerca del Estado federal, expusimos sus ideas sobre la distribución de competencias en un sistema federal.

El sistema según el cual la competencia de origen pertenece a las entidades federativas, y la competencia delegada a la federación, se basa en un hecho histórico: al independizarse las colonias norteamericanas de Inglaterra, cada colonia era un Estado soberano, y al constituirse el Estado federal, las entidades particulares delegaron en la federación un número determinado de competencias.

El sistema contrario se da en el Canadá, donde el país fue una unidad. El 29 de marzo de 1867, Inglaterra concedió autonomía al Canadá y reorganizó la estructura del dominio como un Estado federal, donde la federación posee la competencia originaria y las entidades federativas la competencia delegada.

En México, el Estado federal sirvió para unir lo que se estaba desuniendo, o sea, la situación en 1823 —varios Estados declarados libres y soberanos— era similar a la del vecino del norte.

Nuestro artículo 124 constitucional expresa: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados.”

Este artículo representa la dinámica federal y nos soluciona el problema de la distribución de competencias.

<sup>169</sup> Ignacio Burgoa, *La Evolución...*, p. 183.

El artículo 124 nos hace comprender que el sistema adoptado en México respecto a las competencias es el norteamericano. Es decir, la competencia de origen corresponde a las entidades federativas, y la delegada a la federación.

De la anterior afirmación se deriva el principio de que las autoridades federales sólo pueden realizar las atribuciones que la constitución les señala, y que las demás facultades corresponden a los Estados miembros que actuarán de acuerdo con las constituciones locales. Se observa que únicamente la constitución federal puede hacer el reparto de competencias.

Importante es señalar que el antecedente de nuestro artículo 124 es el sistema norteamericano, pero que nosotros en 1856 le agregamos a este artículo la palabra “expresamente”, la cual no existe en el precepto correlativo de los Estados Unidos de Norteamérica. Al decir el artículo 124: “Las facultades que no están expresamente. . .” separó los medios de un fin común a México y a Norteamérica. En los dos países, paulativamente se ha ampliado la esfera de competencia de la federación. En México el procedimiento ha consistido en reformas constitucionales, en Estados Unidos en las llamadas facultades implícitas.

Las facultades implícitas son “las que el Poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos poderes federales como medio necesario para ejercitar alguna de las facultades explícitas”.

Tena Ramírez enumera tres requisitos necesarios para que se pueda hacer uso de las facultades implícitas: la existencia de una facultad explícita que por ella sola sea imposible ejercitarla, la relación de medio a fin entre una y la otra, y el reconocimiento por el congreso de la unión de la necesidad de la facultad implícita y el otorgamiento de esta facultad por el congreso al poder que de ella necesite.<sup>170</sup>

La fracción XXX del artículo 73 constitucional dice: el Congreso tiene facultad: “Para expedir todas las leyes que sean necesarias a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.”

En primer lugar hay que notar que la fracción mencionada no autoriza facultades nuevas, sino facultades explicativas, es decir, facultades que hagan efectivas las atribuciones consignadas en las 29 fracciones anteriores y otras funciones ya expresadas en el Código Supremo.

Lo que el congreso puede realizar, según la fracción XXX, es vivificar las otras 29 fracciones, pero no puede crear ninguna facultad autónoma de las enunciadas.

El maestro Tena Ramírez opina que si el jurista mexicano acude a las facultades implícitas es con el objeto de justificar en forma constitucional la existencia de cierta ley para cuya expedición no tiene el congreso facultad expresa.<sup>171</sup>

<sup>170</sup> F. Tena Ramírez, *Derecho...*, p. 107.

<sup>171</sup> F. Tena Ramírez, *Derecho...*, p. 110.

Pensamos, sin embargo, que el jurista no tiene por qué justificar un procedimiento o una ley anticonstitucional; el papel del jurista es defender la Constitución, en vez de buscar pretextos a las violaciones que sufra la Carta Magna.

Expuesta la regla general del artículo 124, parece que la distribución de competencias es asunto fácil y claro. Todo lo contrario; es espinoso y de difícil manejo.

Encontramos que la propia Constitución establece una serie de principios respecto al problema de la competencia en el estado federal que se pueden enunciar en la forma siguiente:

- 1) facultades atribuidas a la federación.
- 2) facultades atribuidas a las entidades federativas.
- 3) facultades prohibidas a la federación.
- 4) facultades prohibidas a las entidades federativas (hasta aquí la clasificación está inspirada en Bryce).<sup>172</sup>
- 5) facultades coincidentes.
- 6) facultades coexistentes.
- 7) facultades de auxilio.
- 8) facultades que emanan de la jurisprudencia, ya sea reformando o adicionando la anterior clasificación.

Analicemos con algún detalle las reglas asentadas.

1) La primera regla: las facultades atribuidas a la federación, lo que ésta puede realizar, se encuentran enunciadas de dos diversas maneras: a) en forma expresa: las atribuciones que se consignan en el artículo 73; y b) las prohibiciones que tienen las entidades federativas: artículos 117 y 118.

2) La segunda regla: facultades atribuidas a las entidades federativas. De acuerdo con el artículo 124 todo lo que no le corresponde a la federación es facultad de las entidades federativas salvo las prohibiciones que la misma Constitución establece para los estados miembros.

Sin embargo, la Constitución le atribuye a los estados facultades que tienen más la naturaleza de obligaciones, en dos formas, i) expresa: se señala que los estados deben expedir alguna ley o realizar algún acto; por ejemplo: el segundo párrafo del artículo 5º que dice, “La Ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”; y el artículo 27, XVII, g) que dice: “las Leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni a gravamen

<sup>172</sup> Jaime Bryce, *La República Norteamericana*, tomo II. La España Moderna, traducción de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid (sin año), pp. 113-115.

ninguno”; y ii) aunque no se les da la facultad expresamente, ésta se presume en la propia Constitución; por ejemplo: darse su Constitución (artículo 41).

3) La tercera regla: facultades prohibidas a la federación. Se puede pensar que resulta superfluo que la Constitución le niegue expresamente una facultad a la federación, si con el solo hecho de no otorgársela se la está negando; sin embargo, se consigna esta norma en beneficio de la claridad y porque se considera tal prohibición de singular importancia. Así, el segundo párrafo del artículo 130 dice: “El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo cualquier religión”.

4) La cuarta regla: facultades prohibidas a las entidades federativas. Estas prohibiciones pueden ser de dos clases: las absolutas y las relativas.

Prohibiciones absolutas son los actos que jamás pueden realizar las entidades federativas.

Prohibiciones relativas son los actos que en principio están prohibidos a los estados miembros, pero que con autorización del congreso federal sí los pueden realizar.

El artículo 117 establece las prohibiciones absolutas. Su encabezado dice: “Los Estados no pueden en ningún caso...”

El artículo 118 establece las prohibiciones relativas. Su encabezado dice: “(Los Estados) tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión...”

5) La quinta regla: facultades coincidentes: son aquellas que tanto la federación como las entidades federativas pueden realizar por disposición constitucional. Y están establecidas en dos formas: i) una amplia y ii) una restringida.

La facultad coincidente se señala en la Constitución en forma amplia cuando no se faculta a la federación o a las entidades federativas a expedir las bases o un cierto criterio de división; por ejemplo: el último párrafo del artículo 18 indica que “La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.”

La facultad se otorga en forma restringida cuando se confiere tanto a la federación como a las entidades federativas, pero se concede a una de ellas la atribución para fijar bases o un cierto criterio de división de esta facultad, podemos citar como ejemplo: el artículo 3º que dice: “La educación que imparta el Estado —Federación, Estados, Municipios— tenderá a...” pero en la fracción VIII se establece: “El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los municipios...”, tesis que se reitera en el artículo 73, fracción XXV.

6) La sexta regla: Las facultades coexistentes son aquellas que una parte

de la misma facultad compete a la federación y la otra a las entidades federativas; por ejemplo: el artículo 73, fracción XVI le otorga al congreso federal facultad para legislar sobre salubridad general y según la fracción XVII respecto a las vías generales de comunicación: es decir, que la salubridad local y las vías locales de comunicación son competencia de las legislaturas de las entidades federativas.

7) La séptima regla: Las facultades de auxilio son aquellas en que una autoridad ayuda o auxilia a otra por disposición constitucional. Por ejemplo: el párrafo introductorio del 130 dice: "Corresponde a los Poderes Federales ejercer, en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación." En el mismo artículo se establece que para dedicar nuevos templos al culto religioso es indispensable permiso de la Secretaría de Gobernación, pero se debe oír previamente al gobernador del Estado. Aquí, el gobernador está auxiliando a la secretaría mencionada.

También, dentro del mismo precepto hay el párrafo siguiente: "Las Legislaturas de los Estados únicamente tendrán facultad de determinar, según las necesidades locales, el número máximo de ministros de los cultos." De acuerdo al párrafo introductorio, la legislatura local auxilia a la federación; sin embargo, ella actúa con completa libertad en este caso.

Herrera y Lasso excluye enunciar esta regla de la división de competencias porque en su opinión no altera la distribución de las mismas.<sup>173</sup>

Las reglas enunciadas pueden sufrir modificaciones a través de la jurisprudencia, ya que ella puede modificar el sentido de la disposición constitucional; por ejemplo: respecto a las facultades tributarias, si aplicamos el artículo 124 diremos que la federación sólo puede imponer contribuciones en los aspectos que la propia Constitución le autoriza.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte acepta que el campo restante, desde el punto de vista tributario, es coincidente; o sea, que tanto la federación como las entidades federativas son competentes para establecer las restantes contribuciones.

Ahora, debemos examinar las llamadas facultades concurrentes, porque respecto a ellas existe verdadera confusión tanto doctrinal como jurisprudencial.<sup>174</sup>

<sup>173</sup> Manuel Herrera y Lasso, *Estudios Constitucionales*, Segunda Serie, Editorial Jus, S. A., México, 1964, p. 229.

<sup>174</sup> Entre otros, incurre en esta confusión, Francisco Ramírez Fonseca, *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa, México, 1967, p. 410. Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia también hablan de facultades concurrentes, cuando en realidad se están refiriendo a facultades coincidentes. Ver el amparo en revisión 9521/65, en *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su presidente al terminar el año de 1968*. Antigua imprenta de Murguía, S. A., México, 1968, pp. 174-175, y amparo en revisión

Las facultades concurrentes son aquellas que no están exclusivamente atribuidas a la federación, ni prohibidas a los estados y cuando la primera no actúa, las entidades federativas pueden realizarlas; pero si la federación legisla sobre esas materias, deroga la legislación local al respecto.<sup>175</sup>

El argumento para justificar la existencia de las facultades concurrentes estriba en que las entidades federativas no pueden estar esperando a que la federación intervenga para satisfacer las necesidades.

El artículo 72 de la Constitución de la República Federal Alemana acepta esta idea de las facultades concurrentes y dice: "I. En el terreno de la legislación concurrente, los países tienen la facultad legislativa tanto tiempo y en la medida en que la Federación no haga uso de su derecho a legislar", y es en este mismo artículo en que se señalan las bases para que la federación legisle en materia concurrente, siendo el artículo 74 el que las precisa.

La India y Malasia, para dividir las competencias, siguen el sistema de tres listas: la de la federación, la de las entidades federativas, y la de facultades concurrentes.<sup>176</sup>

Mario de la Cueva afirma que en México no existen las facultades concurrentes y basa su aseveración en los artículos 16, 40, 41 y 103 constitucionales.

El artículo 16, dice que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. . ." El distinguido tratadista señala que los particulares tenemos el derecho de conocer qué autoridades pueden regir nuestro comportamiento y estas autoridades sólo pueden ser las que están autorizadas por la ley fundamental para tal efecto.

El artículo 40, que ya hemos citado, indica que la acción de las entidades federativas está limitada a su régimen interior y no en la esfera nacional.

El artículo 41, al que también nos hemos referido, autoriza a los funcionarios locales a realizar determinados actos de acuerdo con su constitución, la que tiene que concordar con la general de la república, y las materias no consignadas en los códigos supremos locales, son asuntos sobre los cuales las autoridades locales son incompetentes.

El artículo 103 señala la procedencia del juicio de amparo cuando la autoridad local o la federal actúa en exceso de su competencia.<sup>177</sup>

El pensamiento de Mario de la Cueva sobre la existencia de facultades concurrentes en México, nos parece acertado, y por tanto, al no existir estas facultades en nuestro orden jurídico, nunca el derecho federal quiebra al local,

3368/65, en *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente al terminar el año de 1969*. Antigua imprenta de Murguía, S. A., México, 1969, pp. 197-198.

<sup>175</sup> Jorge Carpizo, *Sistema federal...*, obra citada, p. 487.

<sup>176</sup> Jorge Carpizo, *Lineamientos constitucionales...*, obra citada, p. 82.

<sup>177</sup> Mario de la Cueva, obra citada, p. 211-213.

como acontece en otras naciones. En México, este problema se resuelve indagando qué autoridad es competente para actuar.

Mathews agregó a las cinco reglas de Bryce, una más: los actos prohibidos a la federación y a las entidades federativas. Entre estas máximas prohibiciones se encuentran los principios que sostienen todo el orden jurídico y que son inseparables de la dignidad humana, como el principio de la soberanía del pueblo y de los derechos humanos.

La importancia que tiene la repartición de competencias es grande, pues si a un individuo lo lesiona en sus intereses una autoridad incompetente tiene el Juicio de Amparo para protegerse, pero cuando las entidades federativas ven mermadas sus atribuciones por la actuación inconstitucional de la federación o viceversa, existe un proceso denominado de litigio constitucional, cuyo objeto es amplio y dentro del cual cabe el conflicto de competencia: federación—Estados o Estados—federación.

El artículo 105 dice: “Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados así como de aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley.”

El transcrito artículo nos sugiere las siguientes ideas: 1) No hay duda de que dentro de sus postulados encuadra la hipótesis de controversia de competencia entre la federación y los Estados y viceversa, 2) el órgano encargado de solucionar la controversia es la Suprema Corte, la cual en estos supuestos no es órgano de la federación, ni de las entidades particulares sino de la totalidad llamada Estado federal, 3) no se trata de intereses individuales lesionados, sino intereses de la federación o de los miembros federados, 4) la finalidad que persigue el proceso de litigio constitucional es preservar el cumplimiento de la Constitución, que la voluntad del pueblo, que fue quien dividió las competencias, se cumpla.

El cumplimiento del principio de repartición de competencias garantiza la existencia del sistema federal si bien la federación ha absorbido, a través de reformas constitucionales, competencias originalmente otorgadas a los Estados miembros.

## VII. SUPREMACÍA DEL ESTADO SOBRE LA IGLESIA

El proyecto de Constitución presentado por Carranza, en lo referente a la cuestión religiosa, asentaba la tesis de la independencia entre el Estado y la Iglesia. Sin embargo, como ya hemos dicho, la segunda comisión de constitución cambió la tesis y manifestó ideas nuevas que pasaron a nuestra actual Carta Magna; entre ellas sobresale el pensamiento de que en lo relativo a la vida pública el Estado es superior a cualquier Iglesia.

En México, el principio de separación entre el Estado y la Iglesia no fue suficiente para lograr la armonía entre estas dos instituciones, ya que la Iglesia siguió luchando por obtener el poder político necesario para conservar sus bienes y privilegios.

No pretendemos hacer la historia de la Iglesia en nuestra patria, sino sólo señalar brevemente las principales actuaciones del clero en nuestra historia, porque únicamente se puede comprender nuestro artículo 130 constitucional en el triste devenir histórico de México, y en la actuación antipatriótica que el clero ha desempeñado.

La supremacía del Estado sobre la Iglesia es decisión fundamental de nuestro orden jurídico, y este principio ha sido admitido aun por personas de ideas religiosas como Lanz Duret, quien declaró: "se ha llegado a la supremacía y a la plena soberanía del Poder Civil de sus competencias estatales y temporales".<sup>178</sup>

Y claro es, el Estado no puede permitir otro Estado dentro de él, que no sólo obstruye su labor, sino que busca su destrucción.

Durante la Colonia el clero fue el más rico propietario de la Nueva España, sus rentas eran superiores a las de cualquier otro propietario. En 1796, el clero obtuvo por concepto de rentas en la ciudad de México la suma de \$ 1.060,995 pesos, mientras que el total de rentas en la misma ciudad fue de \$ 1.911,201 pesos. Las cifras nos hacen ver claramente que el clero poseía más de la mitad del capital productivo de la ciudad de México. Análoga situación acontecía en las provincias.

El clero aprovechó al indio para que sin costo alguno le construyera templos, capillas y monasterios. Y éste edificó los bellos monumentos que la nación aún conserva.

Al estallar el movimiento libertario en México, el clero se opuso a él. Prueba evidente fue la muerte de Hidalgo y Morelos. El pontífice romano incitaba a los obispos mexicanos para que urgieran al pueblo a reconocer como único gobernante al virrey español. El clero cambió su primitiva actitud respecto a la independencia en 1820, al conocerse que la vigencia de la Constitución de Cádiz había sido restablecida. Tenía miedo al tinte liberal de esa Norma Fundamental. Entonces se volvió factor determinante de la independencia.

Los monarcas españoles poseían en México el patronato eclesiástico y a través de él se manifestaba el predominio del poder real sobre la Iglesia. Por medio del patronato el rey nombraba los obispos y "proveía beneficios eclesiásticos y gozaba de otros privilegios lucrativos y pecuniarios sobre las rentas eclesiásticas".<sup>179</sup>

Pero con la independencia el clero se sintió soberano, pues desconoció el

<sup>178</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, p. 398.

<sup>179</sup> Emilio Portes Gil, *La lucha entre el poder civil y el clero*, México, 1934, p. 31.

patronato. El gobierno quiso ocupar el lugar del rey hispano respecto a ese organismo, pero el alto clero lo impidió con el argumento de que ese privilegio lo había concedido el Papa únicamente a los reyes españoles, y para que el gobierno mexicano pudiera tener tal prerrogativa necesario era que el Papa expresamente se lo otorgara. Ahora bien, como León XII no reconocía, por compromisos políticos con España, nuestra independencia, el clero mexicano, que poseía la mayor parte de la riqueza nacional, fue completamente libre. Poseyó el clero —como diría Heller— soberanía eclesiástica, y fue un Estado dentro del Estado mexicano.

El gobierno de la República trató insistentemente de establecer relaciones diplomáticas con el Vaticano, pero éste no deseaba tales relaciones por su cercanía con la corona española.

La situación Estado-Iglesia empezó a ser tirante, pues el Estado no podía permitirle que se declarara independiente del poder civil, pero eso sí le imponía una protección forzosa de sus riquezas y prerrogativas.

Al ocupar Gómez Farías la presidencia de la República en 1833, inspirado en las ideas del doctor Mora señaló un programa de pensamientos avanzados y medidas necesarias para el progreso del país, pero el clero desde el púlpito comenzó una guerra contra el gobierno que terminó con la caída del vicepresidente en funciones.

Acerca de la actitud del clero durante el régimen de Gómez Farías, Alfonso Toro, con todo acierto, opina: “Tocar al clero mexicano en sus bienes, era tocarlo en lo que consideraba más sagrado; quizá pudiera convenir en entregar la enseñanza en manos de los curas, en que se suprimiera el catecismo en las escuelas; y aun en que se atacaran los dogmas por la prensa; pero pensar que dejara pasar sin protesta y sin revolución una medida legislativa que le atacaba sus intereses económicos, era pensar en lo excusado. Impresos, discursos, sermones, todo se empleó para desprestigiar al gobierno, tanto más cuanto que éste pretendía haber heredado del de España las facultades del patronato, pero el clero no se detuvo allí, sino que comenzó a predicar una verdadera cruzada contra Gómez Farías a quien designaba con el apodo de Gómez Furias. De momento en momento aumentaba la efervescencia y el acaloramiento de los ánimos y se emprendían serios trabajos en los cuarteles para hacer que se levantaran las fuerzas en contra del gobierno.”<sup>180</sup>

Durante el primer gobierno de Bustamante, régimen impuesto por el clero, fue el mismo clero —aunque paradójico resulte—, quien coaligado con Santa Anna lo derrocó.

Pero fue en la guerra del 47, la guerra con Norteamérica, donde la Iglesia mostró toda su bajeza moral. Esta ayudó al general Paredes y Arrillaga a levantarse contra el gobierno. Y el general que debía manchar a contener el

<sup>180</sup> Alfonso Toro, obra citada, p. 107.

avance de las tropas norteamericanas se lanzó contra el gobierno en momentos sumamente críticos para la República con el propósito de devolver al clero sus privilegios.

La guerra continuaba, el régimen no poseía ni un centavo para poder sostener la situación. El 11 de enero de 1847, se decidió la autoridad a proporcionarse hasta quince millones de pesos, ya fuera hipotecando o vendiendo en subasta pública bienes de manos muertas. El alto clero protestó y amenazó con la excomunión a los miembros de la administración pública, pero como ésta no se inmutó con la amenaza, el clero cerró la catedral, suspendiendo el culto en ese templo.

El 15 de enero de 1847 Gómez Farías dictó el decreto para que se ocuparan bienes de manos muertas por valor de diez millones de pesos, y fijó la distribución de los restantes cinco millones entre la diócesis.<sup>181</sup>

El clero alentó una serie de levantamientos y conflictos, la situación era crítica. Portugal, obispo de Michoacán, declaró que “en la nación mexicana existían dos soberanías temporales, siendo una de ellas la del Estado eclesiástico”.<sup>182</sup> En los momentos en que los soldados mexicanos caían ante la metralla del invasor, el clero declaraba su soberanía dentro del Estado mexicano.

Pero como Gómez Farías ordenó la ejecución de la ley que autorizaba hipotecar o vender bienes de manos muertas, el clero armó la insurrección de los polkos (batallones de aristócratas) quienes se lanzaron contra el gobierno al grito de: ¡Muera Gómez Farías! y ¡Mueran los puros!

Don Justo Sierra, refiriéndose al vergonzoso episodio de los polkos, comentó: “se trataba de asuntos del alma, de deberes superiores al hombre cristiano sobre el hombre mexicano, y aquellos a quienes se había confiado la defensa de la nación prefirieron salvar los bienes del clero a la integridad del territorio y a la honra de la patria”.<sup>183</sup>

Contra el gobierno del general Arista, el clero conspiró y acaudilló la asonada del 26 de julio de 1852, que se produjo en Guadalajara. Esta asonada fue el principio del levantamiento del Plan del Hospicio. Al vencer la rebelión, el obispo Munguía lo celebró con un Tedéum.

Al triunfo del movimiento de Ayutla, el clero empezó a hostilizar al gobierno del general Álvarez hasta que logró que éste abandonara el poder. Su odio contra Álvarez estribaba en que éste había promulgado la ley de fueros que la Iglesia consideró como un despojo de sus privilegios.

El 31 de marzo de 1856, Comonfort expidió el decreto en que se acusaba al clero de haber favorecido el pronunciamiento de Puebla, por lo cual se ordenaba la intervención de los bienes eclesiásticos de la mencionada diócesis.

<sup>181</sup> Alfonso Toro, obra citada, p. 167.

<sup>182</sup> Alfonso Toro, obra citada, p. 171

<sup>183</sup> Justo Sierra, *Juárez, su obra y su tiempo*, México, 1956, p. 71.

El 25 de junio de 1856 se expidió la ley de Desamortización de Bienes Eclesiásticos, redactada por Lerdo de Tejada, en que se preveía que las fincas rústicas y urbanas que tuvieran o administraran como propietarias las corporaciones civiles o eclesiásticas "se adjudicarían en propiedad a los arrendatarios por el valor correspondiente a la renta que cobran, calculando como rédito el 6% anual. Equiparaba con estas fincas aquellas que tuvieran a censo enfiteútico dichas corporaciones y preceptuaba:"

Artículo 3º "Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades, parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general todo establecimiento o fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida."<sup>184</sup>

La Iglesia debió haber aceptado la ley Lerdo, y se hubiera encontrado en su poder con documentos hipotecarios que hubiera podido negociar. En lugar de una actitud inteligente, optó por continuar auspicando rebeliones. Así, en octubre de 1856, entre los insurrectos se encontraban muchos sacerdotes, entre los que se pueden nombrar al cura de las Vigas Becerra, al diácono Martínez y al presbítero Bobadilla.

Al promulgarse la Constitución de 1857 el clero protestó enérgicamente y prohibió a los funcionarios públicos que le prestaran juramento. Auspició una serie de levantamientos: en Puebla se sublevó Miguel Miramón, y en el Bajío y en San Luis Potosí siguieron las rebeliones.

El Papa Pío IX levantó su voz para condenar la Constitución de 1857 y la declaró sin valor. El clero mexicano, siguiendo a su máximo jerarca, lanzó al por mayor excomuniones y exigió que las personas que ya habían prestado juramento al Código Supremo, se retractaran.

El clero pagó y sostuvo la guerra contra la Constitución. El arzobispo de México se declaró contra el Plan de Tacubaya, y el presbítero Valdovinos lo bendecía.<sup>185</sup>

El clero fue una de las causas, la principal, de la guerra de los tres años. Para dicha guerra emitió bonos por más de \$1.500,000 pesos, pero al llegar la época del pago se negó a cumplir su compromiso, ya que la balanza de la victoria se estaba inclinando a favor de Juárez.

En 1859 Juárez expidió las leyes de Reforma. Fueron leyes necesarias para la existencia del Estado, pero además fueron sanciones para quienes habían ensangrentado el país. El arzobispo de México sostuvo que el clero no había hecho nada excepcional para ayudar la guerra civil, que únicamente había otorgado recursos al régimen legítimo establecido en México: el gobierno conservador.

Por ser las leyes de Reforma documentos de suma importancia en nuestra historia, por ser el movimiento que salvó a la patria y conformó nuestra nacionalidad, exponemos sus principios medulares:

<sup>184</sup> Jesús Reyes Heróles, *El Liberalismo Mexicano*. Tomo III. México, 1961, p. 194.

<sup>185</sup> Justo Sierra, *Júrez...*, p. 119.

- 1) La ley de 12 de julio de 1859 nacionalizó los bienes del clero, ya no era desamortización, sino que los bienes de la Iglesia pasaban a ser propiedad de la nación. Asimismo se declaró y garantizó la libertad de cultos, se llevó a cabo la separación entre el Estado y la Iglesia y se suprimieron las órdenes religiosas regulares, las archicofradías, las cofradías, las congregaciones y hermandades, y se prohibió la constitución de cualquiera de esos establecimientos.
- 2) La ley de 23 de julio de 1859 consideró el matrimonio como "un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil".
- 3) La ley de 28 de julio de 1859 creó el Registro Civil, con lo cual los actos del estado civil de las personas se secularizaron.
- 4) La ley de 31 de julio de 1859 decretó la secularización de los cementerios.
- 5) El decreto de 3 de agosto de 1859, por el cual las relaciones diplomáticas entre México y la Santa Sede concluyeron.
- 6) La ley de 4 de diciembre de 1860 ratificó el principio de la libertad de cultos.
- 7) La ley de 2 de febrero de 1861 secularizó los hospitales y establecimientos de beneficencia regidos por eclesiásticos, y
- 8) La ley de 26 de febrero de 1863 suprimió las comunidades religiosas, menos la orden de las Hermanas de la Caridad.

Las cinco primeras leyes de Reforma, expedidas en el mismo año, enfurecieron al clero, y le dieron a la guerra de los tres años un carácter marcadamente teológico.

Al respecto, Mario de la Cueva escribió: "La Guerra de Reforma es la primera gran victoria del pueblo de México: la nación mexicana afirmó resueltamente el principio de la soberanía del pueblo y se libró de la tutela que habrían ejercido sobre él las castas privilegiadas de la colonia."<sup>186</sup>

Ningún mexicano ignora que la guerra religiosa terminó con el triunfo liberal, después que los conservadores fueron derrotados en la batalla de Calpulálpam, el 22 de diciembre de 1860.

Pero muy lejos estaba el Anáhuac de poder contemplar tiempos pacíficos en sus tierras. La derrota de los conservadores y del clero los hizo revivir viejos proyectos monárquicos. Almonte, Hidalgo, el padre Miranda y el obispo Antonio de Labastida, todos ellos en el exilio, tramaron implantar en México un trono europeo. Sus propósitos encontraron apoyo en los sueños de Napoleón III, y gracias a la traición de un grupo de mexicanos, las escuadras de España, Inglaterra y Francia llegaron a mares mexicanos a fines del año de 1861 y principios del año de 1862.

El 19 de abril de 1862 las tropas francesas tuvieron el primer encuentro con los soldados liberales.

<sup>186</sup> Mario de la Cueva, *La Constitución...*, p. 1335.

El clero pensó que las leyes de Reforma serían abolidas por el imperio, y que se le devolverían todos sus bienes y privilegios. Acogió al enemigo con grandes honores, así, para “recibir a los invasores en Puebla, en México, se vistió el clero con sus ropas de gala y entonó, con la voz destartalada de sus dignatarios decrépitos temblones e impíos tedéums; el Dios que invocaba el clero lo iba a castigar, lo iba a obligar, en plena intervención bendecida e incensada, a suspirar por Juárez”.<sup>187</sup>

Como las leyes de Reforma eran una necesidad imperiosa, Maximiliano no se atrevió a derogarlas. El clero se enfureció y decidió rebelarse. Forey amonestó al arzobispo de México, con las siguientes palabras: “No, Monseñor; os habéis equivocado si creísteis que este gobierno iba a impregnarse de miedo a vuestras iras. Somos en Europa los árbitros de la suerte del Pontífice, y no sois vos, con todo vuestro venerable clero, quien puede intimidarnos.”<sup>188</sup>

El clero no creyó haber perdido la batalla y no dejaba de presionar al emperador para que derogara esas “infames leyes”, pero el austriaco se mantuvo en su posición original, el clero le echó en cara que él había sido el creador del imperio, pero tal ademán tampoco modificó la actitud de Maximiliano. Carlota escribió con fecha 27 de diciembre de 1864 a la emperatriz Eugenia, lo siguiente: “Todo se resbalaba sobre el Nuncio (Sr. Meglia) como sobre un mármol pulido. En fin, acabó por decirme que era el clero el que había hecho el Imperio.”<sup>189</sup>

La Iglesia abandonó a quien no había querido ser un juguete, y esto aunado al regreso de las tropas francesas a su patria, hizo caer al segundo imperio mexicano.

Lerdo, el 5 de octubre de 1873, elevó a nivel constitucional las leyes de Reforma. El clero, entonces, volvió a su política de siempre, y alentó insurrecciones en Michoacán, Jalisco, México, Querétaro y Guanajuato.

El clero ayudó al general Díaz a ocupar el poder por lo cual éste inició respecto a la Iglesia la política de conciliación de la que hablamos en el segundo capítulo de este estudio. Portes Gil calcula que durante el porfiriato, el clero acumuló bienes por más de ochocientos millones de pesos.<sup>190</sup>

A la muerte del presidente Madero, el clero se regocijó y lo demostró públicamente. Los días 24 y 25 de febrero de 1913, la Iglesia en colaboración con las clases privilegiadas organizó ceremonias y fiestas de alegría por los funestos acontecimientos de la decena trágica.<sup>191</sup>

De los préstamos (diez millones) que el clero otorgó a Huerta, también hemos hablado en el capítulo: “Principales Debates”.

Los Constituyentes que discutieron el dictamen sobre el artículo 130 tenían

<sup>187</sup> Justo Sierra, *Evolución...*, p. 328.

<sup>188</sup> Justo Sierra, *Judrez...*, p. 415.

<sup>189</sup> Alfonso Toro, *obra citada*, pp. 302-303.

<sup>190</sup> Emilio Portes Gil, *La Lucha...*, p. 81.

<sup>191</sup> Emilio Portes Gil, *La Lucha...*, p. 85.

en su memoria la historia, triste y amarga, que el clero ha desempeñado en México. Muchos de ellos eran católicos, pero votaron por el artículo 130, porque estaba más allá de convicciones religiosas, ya que representaba la paz, la seguridad y la tranquilidad de la patria.

Dentro del marco histórico que hemos trazado, vamos a analizar nuestro artículo 130 constitucional, a glosarlo, es decir, la examinaremos párrafo por párrafo, y en letras cursivas transcribiremos la parte del artículo que se debe estudiar.

*Artículo 130. Corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación.*

Este párrafo tiene su antecedente en el artículo 123 de la Constitución de 1857, y su finalidad es atribuir la competencia en materia de cultos a la federación. Esta declaración es de vital importancia en un régimen de distribución de competencia como el nuestro (artículo 124).

*El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión cualquiera.*

El texto de este segundo párrafo está inspirado en la primera enmienda que sufrió la Constitución de Norteamérica y, aunque nos sea doloroso admitirlo, dicha enmienda está mejor redactada que nuestro precepto.

La explicación histórica de este párrafo se encuentra en que los colonos que llegaron a Norteamérica, ya fueran cuáqueros, católicos, peregrinos o puritanos, deseaban profesar con libertad su religión, sin sufrir las persecuciones de que habían sido objeto en su madre tierra.

*El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del Estado Civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.*

Los antecedentes del párrafo transcrito son las leyes: de 23 de julio de 1859 y de 28 de julio del mismo año.

Ramón Rodríguez critica que se considere el matrimonio como un contrato civil. (Este autor está comentando los principios de la Reforma elevados a nivel constitucional en 1873.) Para él, tal expresión sólo puede tener como finalidad distinguir los contratos civiles de los naturales. Entiende por contrato natural aquel que tiene su origen en la naturaleza.

El matrimonio no es un contrato puramente de derecho civil —afirma—, pues su origen es anterior a toda ley positiva.<sup>192</sup>

<sup>192</sup> Ramón Rodríguez, *Derecho Constitucional*, México, 1875, p. 715.

Debemos decir que la distinción entre contratos naturales y civiles no es relevante en nuestro orden jurídico, y si se dijo “contrato civil” fue para ser explícito, para que se supiera que para estar formalmente casados ante la sociedad era necesario realizar un acto civil, y que la sola ceremonia eclesiástica no era ya suficiente como hasta antes de 1859. Rodríguez opina que este precepto es una simple cuestión de derecho civil, y por lo tanto ajena y extraña a la materia constitucional.<sup>193</sup>

Contestamos diciendo que nuestra historia justifica la inclusión de este párrafo en la Constitución y que además la técnica de hacer constituciones breves, aunque pecaran de insuficientes, ha sido superada.

*La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.*

A primera vista, parece ser que esta disposición está fuera de lugar, pero no es así y contiene una finalidad específica: “quitar validez a los juramentos de carácter religioso en cuanto a sus efectos contractuales o políticos, optando por la simple promesa de decir verdad”.<sup>194</sup>

*La ley no reconoce personalidad alguna a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias.*

Este derecho se les quitó porque un siglo de tragedias lo indicó. Un siglo en que la Iglesia luchó por crear una teocracia en México.

De este principio se deriva otro: mantener relaciones diplomáticas con la Santa Sede no es posible.

*Los ministros de los cultos serán considerados como personas que ejercen una profesión y estarán directamente sujetos a las leyes que sobre la materia se dicten.*

Herrera y Lasso afirma que los sacerdotes no son profesionales sino que simplemente se les considera como tales, y piensa que si les fuera aplicable el artículo cuarto constitucional, “resultaría posible, constitucionalmente que las leyes de los Estados declararan que el sacerdocio es de las profesiones que necesitan títulos para su ejercicio y fijaran los requisitos con que éste debiera expedirse: cosa absolutamente intolerable que haría imposible la vida de la Iglesia”.<sup>195</sup>

La opinión de Herrera y Lasso es muy respetable y si bien el párrafo transcrito no afirma que los sacerdotes sean profesionales, sino que son considerados como tales; cuando la ley asimila alguna persona o institución a otra en los términos que lo hace la oración transcrita, es para que las normas referentes a las primeras personas o instituciones se apliquen a las segundas personas o institu-

<sup>193</sup> Ramón Rodríguez, obra citada, p. 718.

<sup>194</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, p. 395.

<sup>195</sup> Manuel Herrera y Lasso, *Estudios de Derecho Constitucional*, México, 1940, p. 127.

ciones. Y si no fuera así, ¿qué objeto tendría la asimilación? Por tanto, creemos que el ejercicio del sacerdocio se puede reglamentar como cualquier otra profesión.

Herrera y Lasso asienta que el ejercicio sacerdotal está comprendido en el artículo cuarto constitucional por su carácter no profesional, por ser un trabajo lícito.

Sin embargo, si se considera la preparación exigida al sacerdote y su actividad específica, no se puede negar su carácter profesional.

*Las Legislaturas de los Estados únicamente tendrán facultad de determinar, según las necesidades locales, el número máximo de ministros de los cultos.*

Este principio se ha juzgado desde dos puntos de vista:

- a) se afirma que la única autoridad competente para fijar el número de sacerdotes es la Iglesia, y que el Estado sólo ilegítimamente lo puede hacer, y
- b) que al ser este tema de interés general, inconveniente es que sean las legislaturas locales las encargadas de fijar ese número.<sup>196</sup>

Lanz Duret cree que la facultad asentada en el párrafo anterior sólo sería admisible si existiera un Concordato entre México y la Santa Sede o si el Estado nombrara y retribuyera a los sacerdotes, pues entonces éstos serían funcionarios del Estado.<sup>197</sup>

La opinión del maestro nos parece contraria a la realidad. Es injustificable querer convertir a los sacerdotes en funcionarios públicos, lo cual sólo traería problemas, y ayudaría al clero a adquirir poder político. Respecto al Concordato es también inadmisibles ya que bueno es recordar que México no reconoce al Vaticano como Estado, ni sostenemos relaciones con dicha entidad.

*Para ejercer en los Estados Unidos Mexicanos el ministerio de cualquier culto se necesita ser mexicano por nacimiento.*

Nos parece correcta esta disposición, ya que los sacerdotes ejercen sobre los creyentes una decisiva influencia espiritual. Si dicha influencia ha sido nociva al país tratándose de curas mexicanos, fácil es imaginar qué males no acarrearían y acarrearán a México gente extranjera a quienes se les confía la dirección espiritual de tantos mexicanos.

Vera Estañol no opina como nosotros y afirma que esta prohibición a los extranjeros es absurda, porque equivale a querer establecer una religión nacional peor que la Inquisición.

*Los ministros de los cultos nunca podrán en reunión pública o privada constituida en junta, ni en actos del culto o de propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular o en general*

<sup>196</sup> Enrique González Flores, *Manual de Derecho Constitucional*, Méico, 1965, p. 206.

<sup>197</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, pp. 396-397.

*del Gobierno; no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.*

Esta prohibición responde a una necesidad: la influencia que los sacerdotes ejercen ha sido perjudicial a México, y para impedir que la Iglesia logre aprovechar su poder espiritual con miras políticas es que se han asentado las prohibiciones anteriores.

Respecto a la prohibición de tener voto pasivo o activo, además de las razones anteriores, hay otra: los sacerdotes dependen de un poder extraño a nuestro gobierno y obedecen a un príncipe extranjero. Así, en 1857, al promulgarse la Constitución, el clero acató el mandato del Papa y desobedeció al gobierno que trató de derrocar.

*Para dedicar al culto nuevos locales abiertos al público se necesita permiso de la Secretaría de Gobernación, oyendo previamente al Gobierno del Estado. Debe haber en todo tiempo un encargado de él, responsable ante la autoridad del cumplimiento de las leyes sobre disciplina religiosa en dicho templo y de los objetos pertenecientes al culto.*

Alejandro Boeta Vega opina que los templos que se abren al culto se construyen con fondos de la Iglesia, luego el Estado no puede arrebatarles estos locales sin otorgarles garantía alguna.<sup>198</sup>

Sin embargo, el propósito es que el clero no construya templos a su antojo. Edificios que después se convertirán en baluartes del pensamiento reaccionario.

También se ha dicho que si la libertad religiosa está consignada y las Iglesias tienen un fin lícito, no se debería pedir permiso para crear nuevos templos.<sup>199</sup> En lo que no se ha reparado al decir esto es en que al clero no se le puede permitir una serie de libertades, pues cuando las ha tenido, las ha utilizado en contra del país. Inofensivo sería aparentemente que se construyeran templos sin ningún límite. Pero no es así, pues el clero utilizaría esos edificios no sólo para el culto, sino para reuniones, juntas, y como baluartes de la reacción.

*El encargado de cada templo, en unión de diez vecinos más, avisará desde luego a la autoridad municipal, quien es la persona que está a cargo del referido templo. Todo cambio se avisará por el ministro que cese, acompañado del entrante y diez vecinos más. La autoridad municipal, bajo pena de destitución y multa hasta de mil pesos por cada caso, cuidará del cumplimiento de esta disposición; bajo la misma pena llevará un libro de registro de los templos, y otro, de los encargados. De todo permiso para abrir al público un nuevo templo, o del relativo al cambio de un encargado, la autoridad municipal dará noticia a la*

<sup>198</sup> Alejandro Boeta Vega, *La Legislación de Cultos en México*, tesis profesional, México, 1961, p. 124.

<sup>199</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, pp. 397-98.

*Secretaría de Gobernación, por conducto del Gobernador del Estado. En el interior de los templos podrán recaudarse donativos en objetos muebles.*

La nación es la legítima dueña de los templos, luego lógico es que sepa quién es la persona que tiene a su cargo su propiedad.

Se ha dicho que es contrario al Derecho Público la participación de los vecinos en los asuntos religiosos ya que sin utilidad práctica se lesiona uno de los más sólidos fundamentos de la Iglesia.<sup>200</sup>

Nosotros no vemos dónde se halla la lesión al Derecho Público, y sí tiene utilidad práctica la intervención de los vecinos en el aviso de quién es el encargado del templo, pues los diez vecinos al comparecer están afirmando un hecho, o sea, son testigos de la aseveración del encargado y con su presencia están confirmando lo expresado por él.

*Por ningún motivo se revalidará, otorgará dispensa o se determinará cualquier otro trámite que tenga por fin dar validez en los cursos oficiales a estudios hechos en los establecimientos destinados a la enseñanza profesional de los ministros de los cultos. La autoridad que infrinja esta disposición será penalmente responsable; y la dispensa o trámite referido será nulo y traerán consigo la nulidad del título profesional para cuya obtención haya sido parte la infracción de este precepto.*

Hay dos clases de enseñanza, una, la que el Estado estructura, otorga o vigila que se dé, y otra, que no estructura, ni otorga ni vigila que se conceda. Respecto al primer tipo de enseñanza, el Estado la reconoce porque él mismo la otorga, pero el segundo tipo de enseñanza se da con total independencia del Estado, y por tanto lógico es que el Estado no la reconozca e imponga sanciones a los funcionarios que infrinjan el precepto.<sup>201</sup>

*Las publicaciones periódicas de carácter confesional, ya sean por su programa, por su título o simplemente por sus tendencias ordinarias, no podrán comentar asuntos políticos nacionales, ni informar sobre actos de las autoridades del país o de particulares que se relacionen directamente con el funcionamiento de las instituciones públicas.*

Las publicaciones de índole religiosa no tienen por finalidad comentar asuntos políticos ni deben hacerlo. Tampoco deben informar sobre actos de las autoridades del país.

Tanto las revistas como los ataques orales que el clero lanzó al gobierno en épocas anteriores crearon mil dificultades. Se utilizó el púlpito para tratar de derrocar al dueño del lugar donde el púlpito se asentaba.

Si la finalidad de cualquier iglesia es espiritual, no debe interferir con la ac-

<sup>200</sup> Miguel Lanz Duret, obra citada, p. 398.

<sup>201</sup> Alejandro Boeta Vega, obra citada, p. 126.

tividad política. En México, la lección de la historia no se ha olvidado, y por esto se incluyeron en este precepto esas prohibiciones.

*Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.*

Importancia singular tiene este mandamiento, desgraciadamente aún nuestro pueblo es, en alta proporción, ignorante y casi siempre fanático, si algún partido político se intitula con indicaciones religiosas, confundiría el pueblo su obligación política con su obligación religiosa.

Además, clara está la intención de desvincular al clero de toda actividad política, quien pensara que esta conducta constitucional no es correcta, estaría olvidando la finalidad de estos preceptos: que en forma pacífica continúe el progreso de la nación.

*No podrá heredar por sí, ni por interpósita persona, ni recibir por ningún título un ministro de cualquier culto, inmuebles ocupados por cualquier asociación de propaganda religiosa o de fines religiosos o de beneficencia. Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado.*

Para que el clero no siguiera teniendo bienes por interpósitas personas, y para que no pudiera adquirir nuevos bienes, se incapacitó a los sacerdotes para heredar si no eran parientes dentro del cuarto grado, pues los curas, al ser confesores y regentes de los últimos sacramentos, ejercen fuerte y decisiva presión moral, y en multitud de ocasiones el sacerdote prometía una venturosa vida eterna, y el moribundo agradecido le dejaba sus bienes terrenales.

*Los bienes muebles o inmuebles del clero o de las asociaciones religiosas, se registrarán, para su adquisición por particulares, conforme al artículo 27 de esta Constitución.*

Portes Gil opina que el clero no debe poseer bienes porque “nunca ha tenido intereses legítimos, y no es capaz, ni lo será de modificar su actitud”.<sup>202</sup> Aunque triste sea reconocerlo, el clero mexicano a través de la historia ha desarrollado una labor antipatriótica, y con su fuerza económica quiso, como ya hemos dicho, dominar al Estado.

Como los bienes administrados por el clero son propiedad de la nación, puede ésta enajenarlos siguiendo los lineamientos, limitaciones y prohibiciones del artículo 27 de la Constitución.

<sup>202</sup> Emilio Portes Gil, *La lucha...*, p. 93.

*Los procesos por infracción a las anteriores bases nunca serán vistos en jurado.*

La razón de ser de la anterior disposición estriba en que generalmente un jurado con creencias religiosas no podrá ser imparcial en su veredicto.

Las creencias religiosas son de las que más apasionan al hombre, llegando en algunos casos a cegarlos en tal forma, que dicha creencia degenera en fanatismo.

Tal es nuestro artículo 130; su espíritu es que entre el Estado y la Iglesia no hay separación, sino que existe supremacía del Estado sobre la Iglesia.

Bueno sería que el Estado no tuviera que reglamentar en forma tan minuciosa las iglesias, pero la historia es la gran maestra de la vida.

Para terminar este capítulo, sólo nos queda asentar un hecho: nuestro artículo 130 constitucional no se cumple; día a día se le viola, y las autoridades no están interesadas en el cumplimiento de esta decisión fundamental de nuestro orden jurídico.

#### VIII. EL JUICIO DE AMPARO

Los derechos consignados en una Constitución para ser efectivamente protectores del hombre, para no ser sólo bellas declaraciones, para que sean fuente de tranquilidad humana, requieren que se entregue en la misma Constitución los instrumentos que defenderán esos derechos en caso de ser violados por el poder público.

Si la Carta Magna es la máxima expresión de voluntad de un pueblo, si representa sus más caros ideales, si es vida de los hombres que fallecieron por ella, si ella es el fruto de la hazaña humana por conseguir la libertad y la dignidad, si la Constitución es la vida íntima de un pueblo, al ser no sólo un ser sino un deber ser, si es todo lo que hemos enunciado, indispensable es que existan medios reparadores en caso de que sea violada; que cuando un hombre sufra menoscabo en un derecho constitucional, éste le sea resarcido. Para que una violación tan grave no quede incólume, es que existe un control constitucional.

Este control constitucional puede ser principalmente de dos clases: a) político y b) jurisdiccional.

El control político se caracteriza en que su titular es uno de los poderes políticos de la sociedad: es decir, el ejecutivo o el legislativo. En ciertos casos se crea un poder especial, superior a los tres poderes tradicionales, y se le encarga la defensa de la Constitución, como sucedió en México en 1836 con el supremo poder conservador.

El control político es de origen francés y se basa en las siguientes premisas: el poder legislativo representa al pueblo, en su seno se hallan diversas ideas, diferentes ideologías, intereses distintos, en fin, se juntan en ese poder los diversos factores de la comunidad y se da cierta unidad, que es conformada por las necesidades y aspiraciones del pueblo en determinado momento histórico.

Otorgar el control constitucional a 26 personas que el pueblo no sabe ni quiénes son, es colocar a esas personas sobre la asamblea nacional, es despreciar al pueblo, ya que él es quien debe decir qué leyes y actos son constitucionales o no, y ante la imposibilidad física de que el pueblo se reúna en una plaza a decidir estas cuestiones, quienes deben decidir las son sus representantes. Y si la representación no acata el sentir del pueblo, y no declara anticonstitucional lo que el pueblo siente que si lo es, lo que en el mercado, en las calles, en las reuniones se siente violatorio de la Constitución, entonces el pueblo en el periodo legislativo siguiente votará por el partido político contrario; y en esta forma es como el pueblo controla la constitucionalidad de las leyes.

El segundo sistema: el jurisdiccional, es de origen norteamericano, con algunos antecedentes ingleses, y se basa en la unidad del orden jurídico. La Constitución —obra del pueblo— está colocada en la cúspide del orden jurídico, es superior a cualquier poder constituido, ya que ella es el origen de esos poderes; ninguna ley debe ser contraria a la Constitución, y si en el mundo del ser, en la realidad, tal cosa acontece, esa ley muere, pues si tuviera posibilidad de vivir, entonces el Código Supremo desaparecería.

El poder legislativo expide las leyes, pero quien decide las controversias es el poder judicial; por esencia, este último poder es decisorio, es quien dice el derecho, es quien basado en la ley da la razón a Juan o a Pedro.

Pero como la ley con la cual va a decidir, tiene que ser necesariamente constitucional, el juez al aplicar la ley al caso concreto, en cada ocasión de juzgar tiene que considerar la constitucionalidad o no de la ley, o sea que el juez es quien tiene que llevar el acto concreto a través de varios peldaños a la cúspide del orden jurídico: a la Constitución.

Y por ser ésta la misión del poder judicial, él es quien debe estar encargado del control constitucional.

En el devenir histórico mexicano se han dado los dos sistemas, tanto el político como el jurisdiccional.

La Constitución de Apatzingán, en este punto, no es clara, pues asienta que “cualquier ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare”, a la Constitución (artículo 237), pero no dice ante quién las ha de reclamar. Por tanto, creemos que la Constitución de 1814 pasó por alto este problema, el cual únicamente hubiera podido encontrar solución en la práctica o en la teoría, pero como casi no tuvo vigencia ni se escribió ningún texto explicativo del mismo, inclinarse a pensar que el Decreto Constitucional siguió tal o cual sistema es atrevido.

La Constitución de 1824 siguió un sistema mixto, ya que en el inciso sexto de la fracción V del artículo 137 confirió a la Suprema Corte la facultad de resolver los conflictos derivados de las infracciones a la Constitución y a las leyes generales, siguiendo en esto al artículo tercero de la Constitución de los Estados Unidos.

Pero, también incorporó el principio contenido en los artículos 372 y 373 de la Constitución de Cádiz, mismos que se reflejaron en los preceptos 164 y 165 de la Ley fundamental de 1824, en lo que se refiere a las facultades del congreso federal para conocer de las violaciones a la Constitución y al Acta Constitutiva, así como sobre las dudas que surgieran sobre dichos cuerpos normativos.

El sistema político fue el que prevaleció en la práctica. Un caso famoso al respecto fue el de los magistrados de Oaxaca que acudieron a la suprema corte solicitando la nulidad de una ley de su Estado que había suprimido sus cargos. La suprema corte decidió consultar al congreso de acuerdo con el artículo 165 y éste sostuvo que por falta de ley reglamentaria, el asunto no competía a la corte, sino al propio congreso. Entre los años de 1826 y 1829, el congreso declaró la inconstitucionalidad de algunas leyes locales.<sup>202a</sup>

En cambio el control judicial no funcionó por falta de la respectiva ley reglamentaria.

Las Siete Leyes de 1836 establecieron el sistema político con su creación del supremo poder conservador que ya hemos analizado.

En 1842, Otero expuso en el proyecto de la minoría sus ideas sobre el amparo, que ya se encontraban en la Constitución Yucateca de 1840 redactada por Rejón.

El Acta de Reformas de 1847 estableció un sistema doble: tanto político como jurisdiccional. Político, porque los poderes políticos o las legislaturas locales podían impugnar la constitucionalidad de las leyes del congreso federal. Tal es el significado del artículo 23 del acta de Reformas, que ya conocemos porque en él hemos basado el sentido del Movimiento Social iniciado por Carranza, como una defensa del sistema federal.

Pero también el congreso federal podía declarar nula alguna ley expedida por las legislaturas locales si la ley atacaba la Constitución o las leyes generales, pero esta declaración sólo podía iniciarse en el senado (artículo 22).

Jurisdiccional, porque el artículo 25 establece la base del Juicio de Amparo. Tal artículo dice: "Los Tribunales de la federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto a la ley o del acto que lo motivase." La última frase de este artículo es lo que la doctrina ha denominado fórmula Otero, o sea, que los efectos de la declaración judicial

<sup>202a</sup> Al respecto pueden consultarse: Isidro Montiel y Duarte, *Derecho Público Mexicano*, tomo II, México, 1882, pp. 277 y ss. Alfonso Noriega, *Lecciones de Amparo*, México, 1975, pp. 84-88; y José María Lozano, *Legislación mexicana*, volumen II, México, 1876, pp. 89-223.

se restringen únicamente a quien pidió la protección. Los efectos de la protección son relativos, es decir, exclusivos a un acto determinado.

Esta fórmula ya se encontraba en el artículo 53 de la Constitución Yucateca del 40.

En el Constituyente 1856-57, Arriaga quiso el sistema de Otero, un control doble, tanto político como jurisdiccional. Pero la Asamblea rechazó la idea porque pensó que el sistema político es peligroso, ya que entraña la confrontación de los poderes, éstos se enfrentan, uno con el otro, lo cual puede traer la paralización de la vida política del país.

La Constitución de 1917, a este respecto, siguió a su antecesora inmediata.

La idea de Arriaga no triunfó y la Constitución de 1857 consignó el sistema jurisdiccional de control de la Norma Suprema.

En México, el principal instrumento que protege a la Constitución, que es el anhelo de efectividad del Código Supremo para defender al hombre y sus derechos, es denominado Juicio de Amparo, del cual ya hemos asentado una característica: responde a la idea de control jurisdiccional de la Constitución.

El amparo es una institución de índole procesal cuya finalidad estriba en hacer presente la idea de democracia, en hacer realidad los viejos y siempre nuevos conceptos de libertad, dignidad y justicia.

Los antecedentes del Amparo, principalmente, son tres: el español, el francés y el angloamericano.

España influye con su centralismo jurídico, “que fue despojado a los Estados de su autonomía jurisprudencial para concentrar todos los asuntos jurídicos del país en el Poder Judicial Federal y principalmente en la Suprema Corte de Justicia.”<sup>208</sup>

Francia nos imprimió sus ideales, su deseo de libertad (las declaraciones de derechos), y el “injerto” de la casación dentro del Amparo, considerado como control de la constitucionalidad. Tan importante nos es esta aportación que —como dice Fix Zamudio— gran parte de nuestro Juicio de Amparo posee funciones casacionistas.

Los Estados Unidos, influidos a su vez por la Gran Bretaña, inspiraron la técnica de nuestro Amparo.

Dicha técnica, conformada con el espíritu español y francés a lo cual se unen las tesis de doctrinarios mexicanos y las ejecutorias de los Ministros de la Suprema Corte, conformadas y redondeadas por nuestro devenir histórico, constituye nuestro Juicio de Amparo, el cual posee caracteres propios que lo hacen ser una institución peculiar.

Octavio Hernández define al Amparo como “una de las garantías componentes del contenido de la jurisdicción constitucional mexicana, que se manifiesta y realiza en un proceso judicial extraordinario, constitucional y legalmente

<sup>208</sup> Héctor Fix Zamudio, *Síntesis del Derecho de Amparo*, México, 1965, pp. 9-10.

reglamentado, que se sigue por vía de acción, y cuyo objeto es que el Poder Judicial de la Federación o los órganos auxiliares de éste, vigilen imperativamente la actividad de las autoridades, a fin de asegurar por parte de éstas, y en beneficio de quien pida el amparo, directamente el respeto a la Constitución e indirectamente a las leyes ordinarias en los casos que la propia Constitución y su Ley Reglamentaria prevén.<sup>204</sup>

Aunque más que una definición es una descripción del Juicio de Amparo, posee la virtud de hacernos comprender qué es ese instrumento de la libertad.

De la definición apuntada por Octavio Hernández, examinaremos la última parte.

El Juicio de Amparo tiene por finalidad asegurar directamente la Constitución, y lo puede hacer de dos modos: inmediato o mediato.

Aseguramiento inmediato es aquel que se logra con la sola aplicación de los preceptos constitucionales que expresamente a él se refieren. El artículo 103 de la Constitución concede a los Tribunales Federales competencia para resolver las controversias que se susciten:

- I. "Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales." (Por esta fracción se protegen los primeros 28 artículos constitucionales).
- II. "Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y
- III. "Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal."

Dentro de estas dos últimas fracciones se hallan los artículos: 40, 41, 49, 73, 74, 76, 79, 89, 104, 105, 106, 116, 117, 118 y 124 de la Constitución.

Aseguramiento mediato es aquel que se logra de todos los preceptos constitucionales interpretando el sentido de varias de sus propias disposiciones.

Rabasa opina que el problema del aseguramiento se habría eliminado aumentando una fracción a las tres que contiene el artículo transcrito líneas arriba. Dicha fracción se podría expresar al decir de Rabasa, así: "por leyes o actos de cualquiera autoridad que viole un precepto de la Constitución, con perjuicio del derecho personal de un individuo".<sup>205</sup>

Pero como tal fracción no existe, necesario fue encontrar el método a través del cual la protección del Juicio de Amparo se ampliara a toda la Constitución.

Vallarta afirmó que las garantías individuales no se agotan en los primeros 28 artículos de la Constitución, pues encontramos otros que vienen a explicar, ampliar, detallar o reglamentar esos 28 artículos.

Otro método para lograr el aseguramiento de toda la Constitución a través del Juicio de Amparo, es analizar el artículo 16 de ese propio Código Supremo.

<sup>204</sup> Octavio A. Hernández, *Curso de Amparo (Instituciones Fundamentales)*, México, 1966, p. 14.

<sup>205</sup> Emilio Rabasa, *El juicio constitucional*, México, 1955, p. 248.

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, sino en virtud de mandamiento escrito de la AUTORIDAD COMPETENTE, que funde y motive la causa legal del procedimiento”, reza la primera parte del artículo 16, y Burgoa, inspirado en ideas de Vallarta, acertadamente define a la autoridad competente, en el sentido de ese precepto, como “aquella que conforme a la Ley Fundamental está facultada para ejecutar tal o cual acto o expedir determinada ley y no tiene prohibición expresa para tal efecto”.<sup>206</sup>

Por medio de este concepto (autoridad competente) se amplía considerablemente la protección de nuestro instrumento de la libertad, ya que la autoridad ejecutora tiene que estar expresamente facultada para ejecutar ese acto, y además tiene que verse que no exista prohibición constitucional para realizar ese acto, o sea, que la autoridad tiene que poseer competencia constitucional que es la que definió Burgoa.

Pero además del aseguramiento directo, existe el aseguramiento indirecto, es decir, la protección constitucional de las leyes ordinarias o como se le llama: control de la legalidad.

Al establecer el artículo 133 que la Constitución es la Norma Suprema, lógico es que ninguna ley secundaria pueda ir contra ella, pues de otro modo se quebraría la unidad del orden jurídico.

Interpretando dos preceptos constitucionales: el 14 y el 16, se logra ver que el Juicio de Amparo es también el protector de la legalidad.

El segundo párrafo del 14 dice: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Si se dicta una ley o acto que contrarie alguna de las garantías anteriores, esa ley o ese acto es anticonstitucional.

El artículo 14 protege “todos los preceptos de nuestra Ley Fundamental, en atención al último de los caracteres señalados, o sea, el constitucional, que no significa sino que la ley en cuestión no debe oponerse a los mandatos de la Legislación Suprema, pues en caso contrario, surgiría la infracción correspondiente al artículo 14, sancionada con el juicio de amparo”.<sup>207</sup>

En forma más concreta podemos decir que el párrafo tercero del artículo 14 señala la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, y si el juez trata de imponer una pena no decretada exactamente del delito en cuestión, procede el Amparo.

El párrafo cuarto del 14 señala la exacta aplicación de la ley en los juicios del orden civil, y la resolución del juez que se apartara de la letra de la ley o de

<sup>206</sup> Ignacio Burgoa, *El Juicio...*, p. 227.

<sup>207</sup> Ignacio Burgoa, *El Juicio...*, p. 231.

su interpretación jurídica o de los principios generales del Derecho, contra tal resolución procede el Amparo.

El párrafo transcrito del artículo 16 consigna el principio de legalidad; así, contra cualquier resolución que carezca de causa legal debidamente fundada y motivada procede el Amparo.

Como se ha tratado de demostrar, el Amparo en nuestro régimen es protector de todo el orden jurídico, pues extiende su acción no sólo a la Constitución, sino a todas las leyes y actos de autoridad que contraríen la letra de nuestra Norma de Normas.

El artículo 107 Constitucional, que es reglamentario del 103, designa cuáles son las bases del Amparo, y éstas son trece:

1. Base de la instancia de parte agraviada;
2. Base de la existencia del agravio;
3. Base de la prosecución judicial del amparo;
4. Base de la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo;
5. Base de la definitividad del acto reclamado;
6. Base del estricto derecho en la sentencia de Amparo;
7. Base de la división de competencias;
8. Base de la sustentación del juicio;
9. Base de la suspensión del acto reclamado;
10. Base de la obligatoriedad de la jurisprudencia;
11. Base del sobreseimiento por caducidad;
12. Base de la intervención del Ministerio Público en el Juicio de Amparo; y
13. Base de las sanciones a las autoridades responsables.<sup>208</sup>

Sólo explicamos las bases que nos ayudan a precisar qué es el Amparo, y no tocamos absolutamente la parte técnica del mismo, lo cual rebasaría con creces el objeto de este capítulo, que es recalcar la importancia del Juicio de Amparo en el marco de las instituciones constitucionales, ya que sin él, los derechos violados permanecerían como tales, sin la posibilidad de ser resarcidos. Y el Amparo, que hemos denominado “el instrumento de la libertad”, es el vivificador, el alma viva y una de las partes dinámicas de la Constitución.

La base de instancia de parte agraviada significa que el órgano jurisdiccional nunca podrá actuar oficiosamente, sino únicamente en virtud de ser excitado por la persona que ha sufrido el menoscabo en su ámbito de derechos.

La base de la existencia del agravio: podemos definir al agravio como el menoscabo en los derechos del que hemos hablado.

El concepto de agravio no se identifica con el de daño patrimonial, sino que el agravio es mucho más amplio.

<sup>208</sup> Estas bases las enuncia así Octavio A. Hernández, obra citada, pp. 74-75.

Pero para que el Amparo proceda no basta con la existencia del agravio, sino que ha de ser personal y objetivo.

Personal (que implica la característica de directo que algunos autores enuncian en forma separada) quiere decir que la persona que promueve el Amparo ha de ser el titular del derecho en menoscabo y que únicamente él puede ejercitar la acción de Amparo.

Objetivo significa que el agravio tiene que ser cierto, o sea, independiente de la psique del individuo, algo que es, y no que se crea que es.

La base de la relatividad de los efectos de la sentencia de Amparo es la fórmula Otero, o sea, que los efectos de dicha sentencia sólo afectarán a quienes hayan sido partes en ese determinado juicio.

Si un acto o ley agravia a varias personas, y sólo una de ellas ocurre al Amparo y obtiene la protección, esa protección sólo surte efectos en favor de esa persona y sólo respecto a ella, y no respecto a quienes encontrándose en la misma situación no interpusieron el amparo. Por esta razón, León Orantes afirma que la sentencia de Amparo, en cuanto a sus efectos, es más particular que las sentencias de los juicios ordinarios, ya que en estos últimos, las sentencias, al definir una situación jurídica, deben ser respetadas y reconocidas por todos.<sup>209</sup>

La relatividad no se refiere únicamente al agraviado, sino también a la autoridad responsable y al objeto.

Únicamente será autoridad responsable la o las señaladas por el agraviado; este principio sufre una excepción jurisprudencial: aunque no se nombre a determinada autoridad, si ésta tiene conocimiento de la sentencia y por sus peculiares funciones es autoridad ejecutora respecto a la autoridad señalada como responsable, entonces esa sentencia de Amparo obliga a dicha autoridad ejecutora.

Respecto al objeto, sólo los actos o leyes reclamados serán materia de la sentencia de Amparo. Leyes y actos de naturaleza idéntica a los impugnados, si no se señalan en la demanda, no podrá la sentencia de Amparo producir efectos respecto a ellos.

El principio de la relatividad respecto al agraviado no nos convence.

La abolición de este principio, para que la sentencia de Amparo surtiera efectos *erga omnes*, aparentemente sería peligroso, pues supuestamente desequilibraría el sistema de coordinación de poderes e implantaría una supremacía del poder judicial, el cual estaría derogando las leyes del legislativo.

No hay que olvidarse que la Suprema Corte de Justicia al conocer los Amparos no es órgano de la federación —según idea de Kelsen— sino del Estado federal, por lo cual está encima de los poderes constituidos.

Además, se ha dicho que quien no pide el Amparo a pesar de sufrir un agravio, es porque desea seguir siendo siervo y que quien quiera ser siervo, que lo siga estando.

El anterior argumento nos parece falaz, pues si la esencia humana es la libertad, nadie puede desear ser siervo. Acontece que quienes no piden el Amparo son aquellos que no tienen recursos económicos, o no saben defender sus derechos, por su precaria situación.

Y no nos parece debido que la ley niegue su protección a esas personas, y sobre todo en casos que se precisa que el mandamiento es anticonstitucional.<sup>209a</sup>

La base de la definitividad del Amparo, "supone el agotamiento o ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmándolo o revocándolo de tal suerte que, existiendo dicho medio ordinario de impugnación, sin que lo interponga el quejoso, el amparo es improcedente."<sup>210</sup> Este principio se basa en que el Amparo es un medio extraordinario, es decir, que el Amparo será procedente cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios.

Pero esos recursos ordinarios deben ser: a) legales, que los establezcan las leyes, y no que la costumbre los imponga, b) idóneos, que sean para los actos que se combaten, y no que se quieran aplicar por analogía.

Sin embargo, esta base de la definitividad del acto reclamado sufre una serie de excepciones legales y jurisprudenciales.

La base del estricto derecho de la sentencia de Amparo significa que en esa sentencia sólo se examinan los conceptos de violación expresados en la demanda,

<sup>209a</sup> Héctor Fix Zamudio en la primera obra citada, p. 92, abogó porque "tratándose de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes por la Suprema Corte de Justicia, se adopte el sistema de los efectos generales de la sentencia independientemente de su des- aplicación en el caso concreto en el cual surgió la cuestión de inconstitucionalidad". Este mismo autor en otro brillante estudio, pero más reciente, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo" en *Boletín Mexicano del Derecho Comparado*, nueva serie, año IV, números 10-11, México, 1971, ha profundizado sobre su mencionada proposición e indica que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* tiene las siguientes conveniencias: a)—el principio de efectos relativos de la sentencia "llega a desvirtuar el principio esencial de la igualdad de todos los gobernados frente a la ley, ya que ésta se aplica a todos los que no obtuvieron la protección, pero quedan exentos los favorecidos con la declaración particular" p. 93, o sea en la declaración general resalta la noción de igualdad; y, b)—se conseguiría una economía procesal ya que se evitaría la interposición de los amparos sobre la materia en la que ya existiera la declaración general.

Fix Zamudio propone que en México se adopte la declaración general de inconstitucionalidad con la siguiente modalidad: "que cuando el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país establezca en jurisprudencia obligatoria, con los requisitos y condiciones que señala el artículo 192 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, que determinado precepto es inconstitucional, el quinto fallo se publique en el "Diario Oficial de la Federación" y a partir de ese momento dicha disposición legal quede sin efecto para el futuro, sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales surgió la cuestión respectiva." p. 95. También se inclina por la declaración general de inconstitucionalidad Juventino V. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, México, 1977, pp. 26-44.

<sup>210</sup> Ignacio Burgoa, *El Juicio...*, p. 248.

y se deja sin análisis cualquiera otra estimación de inconstitucionalidad que no sea el concepto de violación expresado. Esta base implica que el juez no puede suplir la deficiencia de la demanda (salvo en las excepciones legalmente reconocidas en materia administrativa, laboral, penal y agraria), no puede superar las omisiones en que el actor incurrió, y no puede substituir al agraviado en el aprecio que éste haga del acto reclamado.

Los motivos por los cuales se permite la suplencia de la queja son de dos especies.

Respecto a la materia administrativa responde a la idea de la Supremacía Constitucional, y de que una ley declarada anticonstitucional por la jurisprudencia, es una ley que lesiona ese principio de Supremacía.

En cuanto a las materias penal, laboral y agraria, la *ratio* de la suplencia se halla también en el principio de Supremacía Constitucional y en que el legislador quiso proteger a aquellas personas que generalmente son las más débiles dentro de la escala social.

La base de la división de competencias responde al principio de economía procesal y de que no todos los asuntos son de la misma importancia. Por tanto, los órganos competentes para conocer del Amparo son: los juzgados de distrito, los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia. Excepcionalmente otros órganos pueden conocer de esta materia.

Ahora bien, el Juicio de Amparo es una institución unitaria que tiene un tronco común, pero con cinco ramas, o, como bien dice el brillante investigador y maestro Fix Zamudio, cinco aspectos titulados de autonomía que obedecen a lineamientos propios.

Fix Zamudio ha sintetizado estos aspectos en forma magistral, y en términos generales seguimos su pensamiento en la exposición de estas cinco ramas del Amparo:<sup>211</sup>

- 1) El Amparo como defensa de los derechos de libertad, que fue la primera rama que brotó, ya que su finalidad es proteger los primeros 28 artículos de la Constitución que se refieren a los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.
- 2) El Amparo contra las leyes, que protege el principio de la Supremacía Constitucional, al poderse refutar una ley secundaria que vaya contra la Carta Magna. Esta segunda rama tiene una doble configuración:
  - a) la acción de inconstitucionalidad de las leyes en donde se impugna determinada ley, y los demandados son los órganos el Estado que intervinieron en la creación de la ley repelida. Hay dos momentos para rebatir una ley anticonstitucional: i) a treinta días contados a partir de cuando la ley entre en vigor, y ii) a quince días de cuando se realiza el primer

<sup>211</sup> Héctor Fix Zamudio, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano" en *Memoria del Colegio Nacional*, 1976, México, 1977, pp. 152-167.

acto de esta ley anticonstitucional, que nos perjudique; b) el recurso de inconstitucionalidad de las leyes se basa en la Supremacía de la Constitución, y no se enjuicia directamente la ley, “sino que se revisa la legalidad de una resolución judicial ordinaria, debiendo hacerse valer en única instancia ante las Salas de la Suprema Corte de Justicia, o ante los Tribunales Colegiados de Circuito”.

- 3) El Amparo-casación, cuya finalidad es el examen de la legalidad de las sentencias de última instancia dadas por los tribunales.
- 4) El Amparo administrativo, que tiene dos aspectos: a) como substituto del contencioso administrativo, que se usa para atacar resoluciones definitivas dictadas por órganos de la administración, siempre y cuando afecten derechos de particulares y b) el recurso casación: cuya meta es el examen de la legalidad de las resoluciones producidas por los tribunales administrativos. La revisión fiscal —certeramente afirma Fix Zamudio— es una casación administrativa, que se parece mucho al Amparo contra sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación.
- 5) El Amparo agrario, ejidal y comunal, que establece privilegios procesales en beneficio de los núcleos de población ejidal y comunal y de los ejidatarios y comuneros en particular, tales como la suplencia de la queja, la prohibición del sobreseimiento por inactividad procesal o la caducidad de la instancia.

Esas disposiciones se consideraron de tal importancia, que por reforma publicada el 29 de junio de 1976, se dividió la Ley de Amparo en dos libros, el primero sobre el amparo en general y el segundo sobre el amparo en materia agraria, parte ésta en la que se agruparon los preceptos tutelares de los campesinos sujetos a la reforma agraria.

Nuestro Juicio de Amparo ha tenido gran importancia en los Estados, donde los caciques políticos tenían al instrumento de la libertad como único obstáculo a sus caprichos.

El Juicio de Amparo, decisión fundamental de nuestro orden jurídico, es una de las bases del mismo a la vez que una de sus cimas más preciadas.

Es el alma viva de los derechos establecidos, su protector y cuidador y la garantía más efectiva para el hombre, de que puede vivir en paz, y con la tranquilidad de que sus derechos no serán atropellados, y si lo son, que tiene el medio necesario e idóneo para defenderlos.

Juicio de Amparo como decisión fundamental significa que únicamente un cambio jurídico o social realizado por el pueblo lo podría modificar o derogar, lo cual representaría que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, altera todo un orden jurídico para darse uno nuevo; pero mientras tal suceso no acontezca, el juicio de Amparo es y será el más eficaz procedimiento para asegurar la libertad, la dignidad y la justicia.

## IX. SU IRREFORMABILIDAD

Las decisiones fundamentales, en principio, no pueden ser reformadas por el poder revisor, sino únicamente por el pueblo.

Las decisiones fundamentales son la esencia, son los principios rectores del orden jurídico, son ideas que conforman y marcan todas las demás normas de ese determinado orden jurídico.

Esa idea necesita ser plasmada en norma, y por tanto se le da una forma. Lo que no puede, en principio, cambiar el poder revisor es la idea, pero la forma sí.

Expresémonos en diferente estilo: nuestro sistema federal es una noción que se plasmó en la Constitución de 1824, que se suprimió en 1835, que renació en 1846, que estuvo tambaleante y volvió a ser suprimido en el último periodo presidencial de Santa Anna, pero que triunfó definitivamente como idea en 1857. La Constitución de 1857 plasmó una distribución de competencias federales muy diferente a la de 1917. Tanto en la Constitución del 57 como en la del 17 existe la misma idea: el sistema federal como forma de organización política. De 1857 a 1917 las competencias federales fueron amplias y de 1917 a nuestros días igual situación ha acontecido, y por tanto se podría pensar que se ha cambiado esa decisión fundamental. Mas no es así, porque el sistema federal como tal, sigue siendo una decisión fundamental, lo que ha cambiado ha sido su forma, su reglamentación externa, su envoltura, pero no la idea. Cosa diferente sería si el poder revisor hubiera hecho de México un Estado unitario.

Así, si en lugar de la soberanía popular se hubiera declarado la soberanía del presidente de la República, o nuestro régimen de coordinación de poderes hubiera sido substituido por la concentración de todas las facultades en el legislativo, o los Estados hubieran sido declarados departamentos, entonces se hubiera cambiado nuestro orden jurídico.

La noción apuntada de señalar que la idea de la decisión fundamental no debe variarla el poder revisor, pero que la forma sí, no es una noción precisa, no es una regla matemática, sino más bien es una pauta, que se manifiesta en la convicción y sentimiento del pueblo.

El pueblo puede decidir que en lugar de un régimen de democracia representativa quiere una democracia semidirecta, o que en lugar de la supremacía del poder civil quiere separación entre la Iglesia y el Estado; o que para ese momento histórico el régimen de Estado unitario es lo que desea.

El cambio de una decisión fundamental a otra puede el pueblo realizarla pacíficamente, pero con frecuencia es necesario que una insurrección o un movimiento quiebre ese orden jurídico que caduca por voluntad popular. Es el parto del nuevo orden y como todo alumbramiento es doloroso.

Ahora bien, hemos dicho que la forma de la decisión fundamental sí puede

ser modificada por el poder revisor. Si tal cosa afirmamos es porque nuestro orden jurídico lo permite. Pero aun el cambio de forma, de reglamentación de una decisión fundamental es de tal suerte importante, que únicamente debería —entramos en el campo axiológico— ser modificada por un referéndum afectuado por el pueblo.

Otro problema que se nos presenta es el siguiente: ¿qué papel representa la costumbre respecto a las decisiones fundamentales? ¿Puede la costumbre derogar una decisión fundamental?

Antes de contestar, necesario es referirnos a la clasificación que realiza Heinrich de las relaciones que se presentan entre la costumbre y la ley. Según el mencionado autor, hay tres diversas formas del derecho consuetudinario, que son: a) delegante, b) delegado, y c) derogatorio.

Geny afirma certeramente que la delegante “se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito”, luego la costumbre jurídica se encuentra —según expresión de García Máynez— supraordinada a la ley.

La delegada se da cuando la ley remite a la costumbre para que ésta solucione el caso planteado. En este caso la costumbre se haya subordinada a la ley.

Pero la costumbre derogatoria es aquella que va contra la ley. Heinrich piensa que esta costumbre se puede formar, aunque el legislador en forma expresa le niegue validez.<sup>213</sup>

Preguntémoslos ahora, ¿puede la costumbre derogar una decisión fundamental?

En el campo del derecho privado, el artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece que “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”. Luego en el derecho privado la costumbre no puede derogar la ley. Si tal acontece con los preceptos que son voluntad del legislador, con mayor razón la costumbre derogatoria está excluida del campo constitucional que es la expresión concreta del pueblo.

Si la costumbre derogatoria no tiene validez en derecho constitucional, no puede afectar la vida de una decisión fundamental.

Así por ejemplo, es de todos conocido que nuestro artículo 130 de la Constitución no se cumple, y que ya son bastantes los años que el gobierno tolera que todos y cada uno de los párrafos de dicho artículo se violen. ¿Sería suficiente alegar que tal costumbre es ahora ley y por lo tanto la Procuraduría General de la República no puede ejercitar la acción correspondiente para castigar a los infractores?

No, desde luego que no. En el momento que se quiera vivificar la decisión

<sup>213</sup> Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1961, pp. 64-65.

adormilada, ésta revive; no queremos decir que la decisión éste muerta, no, pues ella es parte esencial de la Constitución, sino que un factor de poder se ha incrustado en la decisión y está en lucha con ella.

Es la misma situación que se da cuando a pesar de la declaración constitucional de la soberanía popular, es un hombre quien en realidad es el soberano. Entonces en la decisión hay crisis, pero como en toda situación crítica, se lucha, y la decisión al vencer resplandece con el vigor de siempre y aun más. Pero si triunfa la práctica anticonstitucional, entonces fenece ese orden jurídico.

Pero, ¿si una decisión no se cumple, si cotidianamente se la viola, no es porque el pueblo ya no la reconoce como tal? Si tal cosa sucediera, pues que el pueblo cambie su Constitución, ya que una de las ventajas de la Constitución escrita y rígida es el conocimiento fácil del contenido de la Norma de Normas. Pero mientras ese orden jurídico subsista, ninguna costumbre podrá derogar una decisión fundamental ni ningún precepto constitucional.

Si como afirma Schmitt, decir qué son las decisiones fundamentales de un orden jurídico, es decir lo que ese orden es, podríamos, tal vez pensar que hemos explicado qué es la Constitución de Querétaro.

Creemos haber hecho resaltar sus notas o características más relevantes —las decisiones fundamentales—, pero aún faltan caracteres que son necesarios conocerlos para la cabal comprensión de ese folleto de 136 artículos que trata de plasmar en normas la vida de la nación mexicana.

Por tal razón, a continuación emprendemos, en forma breve, el estudio del sistema de gobierno que nuestra Carta Magna consigna.