

20762



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

3

POSGRADO EN DERECHO

CAMPUS ACATLAN

"NATURALEZA Y PROBLEMÁTICA DE LA REFORMA
A UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA"

CASO: EL APARTADO "B" DEL ARTÍCULO 102 DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EL LIC. J. FRANCISCO PEDRO PÉREZ HERNÁNDEZ

TUTOR: DR. DAVID VEGA VERA



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÁREA DE INVESTIGACIÓN.- DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO.

DELIMITACIÓN DEL TEMA.-

En el ámbito del Derecho Constitucional los géneros y especies de investigación, no sólo son numerosos sino diversos en la medida que la materia y su importancia lo han requerido; sin embargo la presente investigación se circunscribirá en torno a un análisis sobre la estructura y características, que conlleva el documento con función de constitución política en un país; así como la problemática jurídica que engendra el constante reto para garantizar su cumplimiento, conforme a las necesidades sociales, políticas, económicas, jurídicas y culturales, o en su caso proceder a su adecuación, en el marco de una reforma oportuna e integral.

Conforme a lo anterior, el trabajo dará la oportunidad de identificar y presentar las razones de forma y contenido, que en la realidad constitucional, fundamentan las reformas a la misma, En especial me enfocaré al estudio y análisis del orden sobre el cual se fincó el proyecto de reforma, al apartado "B" del artículo 102 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a la creación de las Comisiones de Derechos Humanos, a fin de evaluar el alcance y consecuencias jurídicas de dicha reforma, cuestionando sus funciones y su conveniencia.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-

Dentro de las múltiples constituciones políticas que existen en el mundo, es mi inquietud investigadora, llegar a identificar algunas de las características generales, con cuya base se han elaborado tales documentos, o bien describir los criterios de creación, que dan valor, observancia y eficacia al documento fundamental, sobre el que se finca la estructura de cada nación, para que desde ese punto de análisis, las reformas que se realicen al mismo, se lleven

a cabo con la integralidad, solidez y viabilidad necesarias a través de los mecanismos o procedimientos establecidos.

Acorde con lo expuesto, y considerando la cantidad de reformas parciales que, el texto constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, ha sufrido en el lapso de 1917 a 1998. Hoy es posible preguntar sobre la necesidad de las mismas, ya que han provocado reacciones de diversa índole, en las esferas políticas, jurídicas y doctrinales, y aún es legítimo inquirir sobre la posibilidad de que sean consideradas como **reformas integrales** y congruentes con el resto del texto fundamental; así mismo, es posible tomar como punto de análisis los pronunciamientos que pretenden justificar la necesidad de convocar a un nuevo Constituyente. Tales fenómenos observados, presentan el dato mínimo, de que la sociedad como realidad política, cambia, y en circunstancias tales, es oportuna la reflexión sobre la naturaleza, eficacia y garantía de aplicación de la suprema norma fundamental, y en su oportunidad se recurra a reformas que la adecuen a dicha realidad.

OBJETIVOS.-

GENERAL.-

Analizar la estructura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resaltando las características propias de una Constitución, para identificar las bases de reforma, que estén acordes con la necesidad generadora y en concordancia con el sistema jurídico, ya que en él se expresa la base y régimen de constitucionalidad, como un estado de derecho. En especial se presenta el cuestionamiento sobre la necesidad y oportunidad de la reforma al Apartado "B", del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a creación de las Comisiones de Derechos Humanos.

PARTICULARES.-

1.- Analizar los fundamentos filosófico - jurídicos del estado liberal nacional o de derecho.

2.- Analizar el concepto de constitución política y sus elementos estructurales.

3.- Analizar los elementos que exijan, o justifiquen las reformas integrales al texto original constitucional.

4.- Aplicar el marco teórico generado al proceso de la reforma al Apartado "B" del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

METAS.-

1.- Identificar en forma objetiva las características de una reforma constitucional integral, aplicándolas específicamente al Apartado "B" del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- *Cuestionar la necesidad de introducir la reforma al Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre la creación de las comisiones de derechos humanos.*

HIPÓTESIS GENERAL.-

En el marco jurídico Constitucional y de sus leyes Reglamentarias, existen recursos e instrumentos jurídicos que bajo un conocimiento y aplicación adecuada, son suficientes para garantizar al ciudadano sus derechos y medios de defensa, haciendo innecesaria la reforma al apartado "B" del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que al integrarse al texto fundamental, ocasiona una serie de conflictos jurídicos

resueltos por la vía política, y lejos de afianzar el Estado de derecho, lo mina y torna ineficaz.

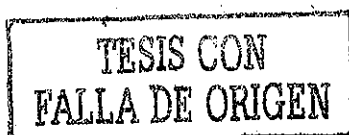
METODOLOGÍA.-

A través de la investigación, con base en actividades doctrinales y en su caso hermenéuticas, recurriendo en la medida de lo posible a otras alternativas metodológicas tales como: interpretativas, históricas, comparativas y empíricas, me propongo llegar a identificar un conjunto de elementos, característicos de una constitución política. Con dichos elementos presentaré un marco analítico - descriptivo, como soporte que garantice el orden legal. Y ya establecidos los presupuestos del Estado de Derecho y Constitución, se podrá ofrecer el afianzamiento y solidaridad de los valores humanos, sociales, políticos, de desarrollo y convivencia, como un auténtico estado de derecho.

Es así como, en un primer apartado, llevaré a cabo el análisis de los elementos más importantes que, ha fraguado la estructura del concepto, así como la estructura de un Estado de derecho, sobre el cual, se haga necesario la *elaboración de un documento fundamental, que lo rijá tanto en sus instituciones orgánicas como a los individuos.*

Una vez definidos los elementos del Estado, presentaré en el mismo sentido de la investigación, las aportaciones doctrinales sobre el concepto y estructura de una Constitución, enmarcando las principales tendencias, que van dar existencia a la misma. Al mismo tiempo identificaré aquellos elementos que caracterizan a una Constitución, para estar en posibilidad de determinar aquellas directrices que delimitarán su alcance y límites, determinando aquellas características que le darán garantía de observancia y aplicación.

Consciente de los cambios de la sociedad, analizaré las situaciones que de cualquier índole puedan motivar o requerir de un a reforma



al texto fundamental, siempre y cuando la misma sea integral y oportuna desde el punto de vista del sistema jurídico vigente.

Finalmente, con el marco teórico generado, me abocaré al estudio de la situación que motiva la conveniencia y justificación para introducir el apartado "B" del Artículo 102 Constitucional, relativo a la creación de las Comisiones de Derechos humanos, o bien analizar la situación que guardan los Derechos Humanos en nuestra realidad constitucional.

CONTENIDO TEMÁTICO

INTRODUCCIÓN GENERAL	11
----------------------------	----

CAPÍTULO I.

" FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DE UN ESTADO LIBERAL NACIONAL O DE DERECHO"

INTRODUCCIÓN.....	14
1.1.- Presencia del fenómeno llamado Estado.....	15
1.1.1.- ¿Necesidad o desarrollo?.....	16
1.1.2.- El fenómeno Estado, en el mundo grecorromano.....	19
1.1.3.- Socialización fragmentada en el mundo de la edad media ...	23
1.1.4.- El Estado pluriconceptual en el mundo contemporáneo.....	26
1.2.- Teorías principales sobre el Estado Moderno.....	35
1.2.1.- Pensadores cristianos.....	36
1.2.2.- Federico Hegel.....	37
1.2.3.- Carlos Marx.....	38
1.2.4.- Max Weber	41
1.2.5.- Norberto Bobbio.....	42
1.2.6.- Jurgen Habermas.....	44
1.3.- Estructura funcional de un estado liberal nacional o de Derecho	48
1.3.1.- Definición de Estado.....	48
1.3.1.1.- Ámbito Social.....	52
1.3.1.2.- Ámbito Político.....	53
1.3.1.3.- Ámbito Jurídico.....	55
1.3.2.- El estado de Derecho.....	56
CONCLUSIONES.....	59



CAPÍTULO II.

"REALIDAD Y FUNDAMENTO DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA"

INTRODUCCIÓN	62
2.1.- El fenómeno constitucional, consensual.....	64
2.1.1.- De Grecia a Roma.....	66
2.1.1.1.- Grecia.....	66
2.1.1.2.- Roma.....	70
2.2.- Precisión jurídica del fenómeno constitucional.....	77
2.2.1.- La Constitución como colección de mandatos y reformas normativas.....	78
2.2.2.- Proceso de consenso en Ley Fundamental.....	81
2.2.3.- Fenómeno constitucional a partir del siglo XVIII.....	90
2.2.3.1.- Clasificación de las Constituciones	93
2.3.- Elementos socio-jurídicos de una Constitución.....	98
2.3.1.- Aspectos políticos.....	99
2.3.2.- Aspectos sociales.....	100
2.3.3.- Aspectos jurídicos.....	100
CONCLUSIONES	105

CAPÍTULO III

"ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN UNA REFORMA INTEGRAL AL TEXTO CONSTITUCIONAL"

INTRODUCCIÓN	108
3.1.- <i>Ámbito de una Reforma constitucional</i>	109
3.1.1.- <i>Ámbito Espacial</i>	112
3.1.2.- <i>Ámbito Temporal</i>	114

3.1.3.- Ámbito Personal	115
3.1.4.- Ámbito Material	116
3.1.5.- Aspectos Colaterales	117
3.1.5.1.- Lo Político-social	118
3.2.- Los Diferentes Marcos Rectores de una Reforma Integral a la Constitución.121	
3.2.1.- El Constitucionalismo	122
3.2.2.1.- La Constitución muro de seguridad	125
3.2.2.2.- El Cambio Formal	130
3.2.2.3.- El Cambio No Formal	132
3.2.2.4.- Perspectivas para la "Transformación Constitucional"	135
3.3.- Las Diferentes Instituciones Jurídicas y su Validez Operativa.-	138
3.3.1.- Escenario Constitucional Mexicano	139
3.3.1.1.- La Realidad Jurídica de México	142
3.3.1.2.- La Eficacia Jurídica en México	144
3.3.2.- Marco jurídico de la Reforma Constitucional en México	146
3.3.2.1.- Presupuesto: Artículos 71,72 y 135	147
3.3.2.2.- Naturaleza de la Reforma al Texto Constitucional	150
CONCLUSIONES	153

CAPÍTULO IV

EL CASO DEL APARTADO "B" DEL ARTÍCULO 102 CONSTITUCIONAL.

INTRODUCCIÓN	154
4.1.- Derechos humanos	157
4.2.- Programa y proyecto del Constituyente de 1917.	163
4.3.- Proyecto y programa de la iniciativa de reforma al Apartado "B" del Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	164

4.3.1.-Situación de los Derechos Humanos como marco de la Iniciativa de Ley.	171
4.3.2.- Recepción en México de la figura del Ombudsman Escandinavo	174
4.3.3.- Las Comisiones de Derechos Humanos en el marco jurídico vigente	176
4.4.- Necesidad y conveniencia de la Reforma, desde el punto de vista jurídico integral	177
4.4.1.- La autonomía de la Constitución	180
CONCLUSIONES	183
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	185

INTRODUCCIÓN GENERAL

La realidad de nuestro pueblo, se percibe a través de la actuación que sus integrantes demuestren como una característica que se engendra en lo profundo de su ser biológico, psicológico, social y espiritual. No puede, de esta manera, ser la maravilla, sin la congruencia de sus raíces, con lo exterior de su ser. Por más que se considere su racionalidad como el distintivo de su evolución, ello no será la garantía de su manifestación.

El ser humano, creador, formador y elemento perceptible de sus instituciones, es quien con su forma de ser integral, da la más congruente o incongruente de sus formas sociales, políticas, económicas, jurídicas, religiosas o bien de la índole que él escoja.

El Fenómeno Estado y su regulación (CONSTITUCIÓN POLÍTICA), tendrán la realidad y dimensión que el mismo ser humano decida otorgarles. Por lo anterior y en el contexto de la realidad perceptible, tan compleja como pueda ser concebida y defendida, es que yo selecciono como título de mi trabajo de investigación para concursar por el Grado de MAESTRO EN DERECHO, el que me representa un punto de reflexión, de estudio y de evaluación, sobre un fenómeno que hoy en día es el más controvertido en el proceso de cambio estructural del gobierno mexicano.

Es innegable que en medio de la vorágine de "cambios", en cualquiera de sus aspectos organizacionales en México, no puedo dejar de reconsiderar el fundamento jurídico como fuente de los pretendidos cambios en lo jurídico, económico, político o social, por enumerar algunos de los aspectos, que se manejan en sus respectivos ámbitos como la razón de los cambios pretendidos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, definida y fundamentada en la actividad del Constituyente de 1917, tenida como la base intocable por muchos años, sin pretenderlo directamente hoy es un documento trastocado en algunos de sus elementos de Ley fundamental,

entre los que hay aquellos que pueden afectar su naturaleza, o bien su estructura normativa, poniendo en duda la vigencia de los principios políticos y estructurales, que debieron seguir siendo la base del proyecto de nación, visualizado históricamente por el constituyente de 1824, actualizados por el constituyente de 1857, y retomados por el constituyente en turno en 1917. Al continuar siendo la razón fundamental de las acciones de gobierno y del pueblo mismo, la Constitución Política, hoy si bien resuelve situaciones generales, yo considero que en ocasiones se le han integrado textos casuísticos y poco felices, por no decir con elementos de inconstitucionalidad como es el caso que me atrae en el presente trabajo.

Es así como, en el marco de la situación descrita anteriormente, hago en el primer capítulo un pequeño estudio del fenómeno ESTADO, como fenómeno que da razón suficiente, con toda su problemática, a una realidad objetiva sobre la cual se construye la integración de los pueblos del orbe. De esta forma analizo los fundamentos filosófico - jurídicos del estado liberal nacional o de derecho.

En el capítulo segundo hago un análisis del papel, de *los elementos y de la función del documento fundatorio, desde el punto de vista jurídico del Estado, identificado con el término-realidad de CONSTITUCIÓN*, incluyendo un recorrido histórico de las funciones que se le han atribuido, en los diferentes pueblos conocidos. Presento así un análisis del concepto de constitución política y sus elementos estructurales.

En el capítulo tercero presento un análisis sobre las formas de llevar a cabo, libre o necesariamente los cambios o reformas a la Ley Fundamental, garantía de las acciones dentro de una estructura estadual moderna, denominada Reformas a la Constitución, incluyendo sus mecanismos establecidos en los diversos tipos de Ley Fundamental, que se reconocen en el mundo jurídico y político. Analizo de esta manera los elementos que exigen, o justifican las reformas integrales al texto original constitucional.

Finalmente en el capítulo cuarto, me acerco a un análisis específico sobre una de esas reformas que a mi juicio representan una situación, que deber ser revisada como tal, tomando como referencia la naturaleza jurídico-política del documento fundatorio. Es en este sentido como encuentro elementos para reevaluar la consistencia estructural, constitucional y jurídica del apartado "B" del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con esta marco referencial, es como presento también al final de cada uno de los capítulos algunas conclusiones inevitables, que afloran en forma natural de cada uno de los capítulos que se presentan en el presente trabajo de investigación. Sin embargo nunca he pensado que mi postura sea de naturaleza dogmática, sino más bien quiero presentarla como una respuesta a la formación, que la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Acatlán y del Posgrado en Derecho me ha brindado. Es una respuesta a la inquietud de un espíritu en la búsqueda de elementos que enaltezcan el ejercicio de la profesión y una satisfacción personal de superación académica.

Mi agradecimiento a todos aquellos que han estado a mi lado en esta etapa de mi vida profesional, a quienes nunca podré recompensar su apoyo, cualquiera que haya sido su naturaleza: a Dios, a sus intercesores, a mi Esposa Arelia, a mis Hijos Adanely y Francisco razón de mi esfuerzo, a toda mi familia, a mis dos tutores que por circunstancias inevitables tuvieron que intervenir, especialmente al Dr. David Vega Vera artífice final del presente trabajo, a mis profesores de maestría en Derecho, cualquiera que haya sido su participación académica, en fin a quienes por olvido no expreso sus nombres y funciones, **¡A TODOS ELLOS MI RECONOCIMIENTO Y AGRADECIMIENTO PERENNE Y SINCERO!**

CAPÍTULO I

" FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DE UN ESTADO LIBERAL NACIONAL O DE DERECHO"

INTRODUCCIÓN; 1.1.- Presencia del fenómeno llamado Estado; 1.1.1.- ¿Necesidad o desarrollo?; 1.1.2.- El fenómeno Estado, en el mundo grecorromano; 1.1.3.- Socialización fragmentada en el mundo de la edad Media; 1.1.4.- El Estado pluriconceptual en el mundo contemporáneo; 1.2.- Teorías principales sobre el Estado Moderno; 1.2.1.- Pensadores cristianos; 1.2.2.- Federico Hegel; 1.2.3.- Carlos Marx; 1.2.4.- Max Weber ; 1.2.5.- Norberto Bobbio; 1.2.6.- Jurgen Habermas; 1.3.- Estructura funcional de un estado liberal nacional o de Derecho; 1.3.1.- Definición de Estado; 1.3.1.1.- Ámbito Social; 1.3.1.2.- Ámbito Político; 1.3.1.3.- Ámbito Jurídico; 1.3.2.- El estado de Derecho; CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.-

En el presente capítulo expondré algunos de los conceptos básicos, que dentro del marco de la investigación, ofrecen contenidos explicativos y referenciales, lo suficientemente sólidos como para definir a un Estado Liberal Nacional o de Derecho, a partir del cual se entiende toda la estructura tanto jurídica, como filosófica del fenómeno en comento, ya que las corrientes de pensamiento poco o mucho, siempre han influido e influyen en el pensamiento y forma de ser o actuar del hombre, sobre todo dentro de su hábitat grupal. De tal forma la relación filosófico-jurídica en el ser del estado, es el soporte del sistema político, que enmarca tanto la importancia del documento fundamental o supremo como lo es la Constitución, o bien establece la posibilidad de actualizar su contenido y estructura, cuando es necesario, en consonancia con los cambios naturales e inevitables, en los que se manifiesta su solidez como Estado de Derecho, que por otro lado es el tema del presente trabajo.

Desde luego, tomo como punto de partida información clásica en el pensamiento académico, pero también incluyo puntos de actualidad, que directa o

indirectamente condicionan el pensamiento político y jurídico contemporáneo en lo referente a la naturaleza del Estado, sobre todo en los países de mayor investigación jurídico-política, como puede darse en algunos pueblos europeos.

En este marco, dentro del presente capítulo, con la seguridad de avanzar en el análisis del concepto-realidad de Estado, presentaré una perspectiva de éste tema a través de concepciones doctrinarias e históricas sobre el mismo fenómeno, tomando como referencia escritos de conocidos autores del mundo grecorromano, inmersos en su entorno espacio-temporal y en su representativo avance organizativo y socio-político. En un siguiente apartado, presentaré y analizaré las principales corrientes de doctrina, que sobre el tema han despertado interés y han influido en la organización mundial, desde luego enmarcando sus puntos fundamentales, que han fundamentado su funcionalidad operativa en el concierto de los pueblos. Finalmente, para culminar la presentación de mi investigación sobre este capítulo, haré un análisis y evaluación de todos aquellos elementos que caracterizan a un Estado Moderno Liberal o de Derecho, extractando temáticas de garantía, evaluación y factibilidad proyectiva.

1.1.- PRESENCIA DEL FENÓMENO LLAMADO ESTADO.

Para iniciar este proceso analítico, precisaré el ámbito de la investigación sobre el fenómeno llamado estado, que yo considero como realidad-concepto, y que es un término que representa un *fenómeno*, y al mismo tiempo forma parte del léxico, ya definido y supuestamente identificado, sobre todo en cuanto a su naturaleza jurídica, política y sociológica, como lo es el de **ESTADO**, en su perspectiva más usual, ligada a los términos de *imperio y dominio*; sin embargo tal situación, obliga por necesidad metodológica a preguntar, si en su momento se justifica dicha investigación, sobre todo con sus consiguientes resultados. No puedo olvidar la experiencia social, que históricamente se ha compartido por tradición circunstancial de nuestro pueblo, la cual en ocasiones impide llevar a

cabo la confrontación de tal experiencia, con alguna perspectiva nueva que contenga algunos elementos, que por su naturaleza e importancia, impliquen cambios plenos de riqueza y actualidad.

La estructura plurivalente que al término se atribuye, es el marco sucinto de los diversos pensamientos generados a través del espacio y del tiempo, tal como lo presento a partir del inciso siguiente.

1.1.1.- ¿Necesidad o desarrollo?

En la diversidad de corrientes sociológicas actuales, no se descarta el ámbito político y jurídico, además de elementos filosóficos, en las cuales es perceptible la consideración y presencia del fenómeno gregario del ser humano, descubridor y poblador de su entorno. Aún sin querer agotar un estudio, sobre toda esa diversidad de corrientes, es necesario, retomar y analizar dicha característica, que se encuentra insita en la estructura del ser humano y que a través de comportamientos históricos hemos podido conocer, por medio de las huellas persistentes de culturas, costumbres y usos de pueblos que, aunque desaparecidos en la penumbra de los tiempos, sin embargo subsisten latentes y prestos para su evaluación a la luz de la visión actual, respetando sus propias características de tiempo, lugar y realidad objetiva.

Es así como el término "*estado moderno*", que en la actualidad representa la realidad-concepto en estudio, no puede excluir que en algún tiempo la misma realidad histórica, se expresaba con el término simple y llano de "*estado*", refiriéndose a la designación de fenómenos sociales y de organización, tan elementales y no por ello menos importantes, como los de los pueblos antiguos, llámense Asiria, Babilonia, Egipto, Fenicia, China, Mongolia, Grecia, Roma, y aún aunque con menos elementos identificables, los pueblos hoy conocidos como Americanos: Toltecas, Mayas, Aztecas, Tarascos, Zapotecas, Incas o similares,

en el ámbito de su diversidad autóctona, y cuyas huellas y presencia se mantienen en el curso de los tiempos, denominados como pueblos "indígenas".

Es de gran importancia, en la medida de lo posible, analizar sus estructuras y formas de organización conocidas; tales como la "πολις", "civitas", "república", los "calpullis" aztecas o bien los asentamientos geográficos y humanos, en ocasiones incomprendidos por nuestra forma de ser y pensar, pero que siempre han sido, son y serán muestra del avance de quienes los construyeron y desarrollaron.

Sin embargo, es notoria la diferencia de tales organizaciones simples respecto del Estado Moderno, como lo expresa el pensamiento del Maestro Manuel García Pelayo, ya este último se viene a caracterizar por modalidades tales como: *estado de bienestar*, *estado de partidos*, *estado de asociaciones*, o bien *estado social*, entendido este último como el intento histórico de adaptación del estado tradicional a las exigencias y condiciones del actuar contemporáneo, tal como se llegó a consolidar en los diversos textos constitucionales, sobre todo a mediados del siglo XX¹.

En todos estos fenómenos, estrechamente relacionados no son más que un *sólo fenómeno continuado*, en virtud de que el agente en su género y naturaleza, es el mismo desde el punto de vista filosófico, aunque condicionado al tiempo y al medio ambiente de su desarrollo solidario y grupal.

En todo lo anterior no podemos menos de considerar, que el fenómeno gregario es ineludible en el desarrollo del ser humano y que si a lo largo de siglos y milenios lo podemos constatar, es porque su fuerza o su razón de ser o necesidad en otros, debe ser algo insoslayable y por ende digno de análisis y estudio para que, incluyendo los aspectos teleológicos y holísticos, se enriquezca la convivencia humana, con los aspectos actuales de carácter político y social, como una realidad objetiva, que se expresa en el pensamiento de Santo Tomás

¹ García-Pelayo, Manuel.- Las transformaciones del estado contemporáneo.- Alianza Editorial, Madrid 1989, pág. 13 -18.

de Aquino "...una facultad de autodeterminación y autoadministración en orden del Bien común..."².

Las consideraciones anteriores, pueden enriquecerse con algunos textos al respecto. En primer lugar el clásico de los griegos, Aristóteles originario de Estagira, expresa en forma coincidental en *"la Política"*:

"Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asociaciones,... De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana y a él pueden aplicarse aquellas palabras de Homero (Ilíada, IX,63):

Sin familia, sin leyes, sin hogar...

...Si el hombre es infinitamente más sociable que las abejas y que todos los demás animales que viven en grey, es evidentemente,... porque la naturaleza no hace nada en vano ... cuya asociación constituye precisamente la familia y el Estado.

No puede ponerse en duda que el Estado está naturalmente sobre la familia y sobre cada individuo. Lo que prueba claramente la necesidad natural del Estado y su superioridad sobre el individuo es que, si no se admitiera, resultaría que puede el individuo entonces bastarse a sí mismo aislado así del todo como del resto de las partes; pero aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades, no puede ser nunca miembro del Estado; es un bruto o un dios.

La naturaleza arrastra, pues, instintivamente a todos los hombres a la asociación política....."³.

Diversos sociólogos, también dan elementos similares sobre la tendencia, que yo llamaría más bien característica humana gregaria, tal como lo hace Ely

² Caballero J., José Antonio.- "La transición del Absolutismo al Estado de Derecho".- Artículo presentado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

³ Aristóteles.- La Política.- Austral, No. 239, México 1991, Págs. 23 y 24.

Chinoy, quien al estudiar diversas manifestaciones de grupos: elementales, primitivos, semi o desarrollados, simples y complejos, formales e informales, distingue entre "*grupos sociales, categorías sociales y agregados estadísticos*", describiéndolos de la siguiente forma:

"*Grupos sociales*, 'un número de personas cuyas relaciones se basan en un conjunto de papeles y status interrelacionados', que comparten ciertos valores y creencias, suficientemente conscientes y capaces de diferenciarse a sí mismos frente a los otros"; por ejemplo la familia, un sindicato, la Universidad.

Categoría Social, que son personas que tienen un status similar y, en consecuencia, desempeñan a este respecto el mismo papel social, como los electricistas, los banqueros, los adolescentes.

Agregados Estadísticos, que los constituyen personas que poseen un atributo social semejante gracias al cual pueden ser agrupadas lógicamente; así lo son los fanáticos, los fans, los adictos,..."⁴

El concepto anterior, también es compartido por el autor Leandro Azuara Pérez⁵, quien alude a esas formas de organización de los pueblos y culturas orientales, poco conocidos en el mundo occidental. En dichos pueblos se vislumbra una idea de "una organización política superior"⁶ en el concierto de los pueblos, o cuando menos excepcional comparativamente.

1.1.2.- El fenómeno Estado, en el mundo grecorromano.

Los elementos de mayor importancia para el objetivo del presente trabajo, se encuentran con abundancia en las sociedades griegas: Atenas y Esparta, las ciudades que en escritos de Platón y Aristóteles, que junto con las de otros autores, son las que dan origen a los conceptos vertidos en la *República*, la

⁴ Chinoy, Ely.- La Sociedad.- Fondo de Cultura Económica, México 1974, Pág. 110.

⁵ Azuara Pérez, Leandro.- Sociología.- Porrúa, México 1995, pág. 63.

⁶ Monitor.- Salvat, Pamplona 1968, Tomo 5, página 2405, Pamplona 1968.

Política y las Leyes, obras con repercusiones ideológicas en la actualidad; sin embargo, dichas obras, nos muestran la visión con la que pretendieron influir en su época, desde luego con la decisión de hombres como: Licurgo, Solón, Pericles, Temístocles o Dracón, entre otros líderes preclaros, sólo por mencionar algunos. Todos ellos con prosapia de estadistas, o luchadores por una vida que hoy identificamos con la democracia y autonomía frente a los pueblos limítrofes; o bien dictando normas de conducta ciudadana acordes con la idea de la *πολις* griega.

Entre los investigadores del elemento político de las diversas culturas, el pensamiento presentado por el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, es muy representativo, quien a su vez se apoya en el pensamiento de Paul Vinogradoff:

*"Πολις representa más que un concepto político; la total sociedad y civilización del Estado Griego. ...más que un 'Estado' o 'ciudad-estado', es una comunidad. La πολις es un conjunto de ciudadanos, o mejor, de actividades ciudadanas",... "Los griegos reconocieron una íntima analogía entre la organización de la πολις y el organismo humano. Pensaban que los dos elementos, cuerpo y alma, el primero guiado y regido por el segundo, tenían un paralelo en los dos elementos constitutivos"*⁷.

Lo anterior se materializa, en la organización y forma de pensar que fueron el fundamento y soporte de la vida individual y social de los griegos; pues en su momento la *Hélade*, fue un conjunto de *πολεις*, caracterizadas cada una por su *πολιτεια* (constitución), como lo comenta nuevamente el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán:

"En otro pasaje de la *Constitución de Atenas*, Aristóteles dice: ' cuando los atenienses tomaron en sus manos el imperio actuaron despóticamente con respecto a sus aliados, salvo con los habitantes de Chios, de Lesbos y de Samos a quienes... les dejaron su *constitución* propia y el gobierno de sus posiciones'.

⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 1998, Págs. 26s.

Como se puede observar en este contexto la palabra 'constitución' se refiere a la manera de ser de tales πολιεις, a su forma, estructura, organización..."⁸.

En el mundo Romano, por su parte, los testimonios de Séneca, Virgilio, Cicerón, Ovidio entre otros, dieron la pauta del prestigio y poderío de su organización estatal ante el mundo conocido. No sólo en lo militar, sino en la cultura, las artes y la normatividad, a través de sus períodos gubernamentales de Monarquía, República o Imperio, expresado en la simbiosis emblemática de "Senatus Populusque Romanus" (El Senado y el Pueblo Romano), ondeando en el blasón de las falanges, de la Legiones y de las autoridades a quienes se encomendaba el gobierno interior de los pueblos conquistados en Grecia, Oriente Medio, en las Galias, o en Cartago.

El fenómeno organizativo de los romanos fue muy similar a la πολιεις de los griegos: la 'civitas' romana, que al igual que en Grecia tiene una característica o manera de ser: 'res publica', y se convierte en la figura de πολιτεια romana. Al establecerse la equivalencia entre πολιτεια y res publica en Roma, con posterioridad se introduce la figura organizativa de 'comitia', bajo un concepto de asamblea o "conjunto ordenado y estructurado de los ciudadanos (cives) que constituyen un cuerpo político".

De esta forma el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, hace suyo el comentario de Kunkel, Wolfgang en su obra Historia del Derecho Romano:

"La comunidad política πολιεις de la época arcaica es el punto de partida de la evolución del derecho romano. Roma no es, en su origen, sino una πολιεις. Para los primeros romanos la comunidad (res publica, civitas) no es sino el conjunto de personas que lo componen: la comunidad política eran los propios ciudadanos. De ahí que no conocían para la comunidad política más nombre que el conjunto de ciudadanos: *populus romanus*. Res publica es igual a

⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 1998, pág. 28..

res populi. En este sentido, *res publica* designa, como πολιτεια en griego, la reunión de ciudadanos; su asamblea (*comitia*: de *com-ire* = reunirse), su organización; *res publica* era así, el conjunto de individuos constituidos en grupos. 'Entre el Estado y los ciudadanos, existe la misma relación que entre las *gens* y los *gentiles*. El Estado no es algo diferente, por fuera y por encima, los ciudadanos, ellos mismos, son el Estado: Estado y '*populus*' son equivalentes... Esta reunión forma la sociedad política. El Estado... es el conjunto de *cives*: la *civitas*⁹.

En todo caso, tal como lo expresa el enunciado titular del inciso en comento, se puede realizar una pregunta que nos proyecte a un análisis más satisfactorio: El estado, en este contexto ¿Es resultado de una inercia de vida o bien una necesidad conciente del desarrollo gregario?, visto de esta manera, si es una inercia, su evolución está condicionada a un momento geográfico y temporal, marco histórico, que serán resultado de la conjunción eventual de los elementos: culturales, educativos, artísticos, técnicos, políticos, económicos, sociales, religiosos, tradicionales, entre otros, que distinguen cada uno de los momentos históricos del hombre en el mundo objetivo. Por otro lado si es resultado de una necesidad, entonces debe responder a condicionantes definidas y objetivas, que se determinen por un consenso racional y complejo, o por teorías y doctrinas originadas de una investigación seria y científica, dentro de un marco de probabilidad, como el que caracteriza a las ciencias sociales y humanas, sobre todo bajo la perspectiva cultural y de crecimiento y desarrollo humano¹⁰, pero con sustento en principios de validez plena, a partir de las normas establecidas legítimamente dentro de esas organizaciones y conocidas como Derecho¹¹.

⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág. 39.

¹⁰ García García, Fernando Augusto.- "Fundamentos Éticos de la Seguridad Social".- S. E. México, 1977, págs. 15s,46.

¹¹ Vallado Berrón, Fausto E.- "Introducción al Estudio del Derecho.- Edit. Herrero.- México, 1961, pág. 67.

1.1.3.- Socialización fragmentada en el mundo de la edad media.

A partir de la diversidad y complejidad, con la que se puede abordar el período en comento, los historiadores marcan como su inicio, la desmembración del Imperio de Constantino, a mediados del siglo V, dando origen a una serie de organizaciones, conocidas como "*ciudades medievales*"¹², expresión que por lo demás incluye y describe la situación factual de la época, en la que los dueños de los medios de producción, se apropian no sólo de instrumentos y herramientas, sino de tierras que se relacionarán con demarcaciones, en las que se establecerán los *Señores feudales*, consolidadas mediante "*una unión personal* construida esencialmente sobre vínculos personales, autoridad, subordinación, dirección y seguidores"¹³.

La forma de organización que se lleva a cabo en este período, tiene una similitud con el concepto actual de latifundio, con resabios de la cultura romana, transmitida y vivida por los mercaderes y su lucha por mantener la figura del *praetor peregrinus*, como garante de sus derechos de trabajo, en el ámbito de los gentiles o extranjeros que no se consideran como ciudadanos. La organización medieval es fragmentaria, obligada por las exigencias de defensa, trabajo, comercio y pactos *foederati*, que se sellan bajo un juramento de defensa de las alianzas; esta situación descrita se consigna en el siguiente texto:

"La necesidad de sobrevivir y de lograr defensa militar, la falta de una presencia gubernamental romana... hicieron posible y forzoso un sistema señorial en que se encuentran los orígenes de lo que los autores posteriores habrían de llamar feudalismo"¹⁴.

¹² Lenguaje utilizado por Tamayo y Salmorán Rolando.- Op. Cit. pág. 52ss.

¹³ De la Cueva, Mario.- "La Idea del Estado".- UNAM.- México 1975, pág. 34.

¹⁴ Tigar, Michael E. y Levi, Madeleine R.- El Derecho y el ascenso del capitalismo.- Siglo XXI, México 1978, pág. 34.

El vínculo personal, surgido de esta estructura real, reconocía la posesión de las tierras que *"cultivaban y virtualmente sus bienes muebles "de" su señor, - como- la base del vínculo de dominio y subordinación, del cultivador a su señor, y a través del sometimiento de éste, a otro señor más poderosos"*¹⁵. En este ámbito, a partir de juramentos, pactos y avasallamiento, se comenzaron a formar alianzas entre los feudos o ciudades. Este fenómeno, se acentúa por la presencia de un pueblo oriental, que conquistaba cuantas pueblos, ciudades u organizaciones humanas encontraba a su paso rumbo al occidente, por el norte de África hasta instalarse en la península Ibérica.

En este contexto de conquistas, surge la respuesta por parte de los invadidos promoviendo la participación y recuperación de los lugares considerados Santos y base de la cultura de los pueblos del mundo conocido en Europa. De esta forma se da origen histórico al fenómeno social y militar, conocido como la época de las **Cruzadas**, que *"fueron acontecimientos vitales, en la reestructuración burguesa de Europa occidental"*¹⁶, además de que produjeron consecuencias sociales y políticas, condicionadas por las alianzas, concertadas para la reconquista y defensa de comarcas de influencia y de los Lugares Santos en Jerusalén.

La culminación de esta forma y costumbre precaria de organización y funcionamiento fue hacia el año 800, cuando el Papa León III coronó a Carlo Magno como emperador de occidente, como estructura estadual efímera disuelta con el tratado de Verdún en 843. No se puede olvidar que, algunos historiadores marcan como inicio de la Alta edad Media el año 962, cuando el Papa Juan XII, nuevamente ciñera la corona del *Imperio Germánico Sacro y Romano* a Otón I; en cualquier situación, el período de la Baja Edad Media finaliza en el siglo XV, sin abandonar las características organizativas mencionadas¹⁷.

En este marco, es como expreso que, la caída del Imperio Romano, da lugar a la primera fragmentación de un Estado Organizado, aunque con

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Tigar, Michael E. y Levi, Madeleine R.- Op. Cit. pág. 66.

¹⁷ De la Cueva, Mario.- "La Idea del Estado".- UNAM.- México 1975, pág. 34.

características de corrupción, tanto en lo político, como en lo económico y social; elementos que lo llevan a sucumbir bajo presiones de grupos y razas con mayor fuerza cohesiva en lo militar, pero quizá con menor garantía de civilización y desarrollo, dependiendo del punto de vista de análisis que se tenga sobre dichos fenómenos históricos, en todo caso subsiste en el **tiempo** y en la **geografía** la frase descriptiva de que "lo que Roma conquistó por las armas, Grecia lo logró por la cultura"; muy representativa de una interacción inconsciente entre las culturas y razas conquistadas o conquistadoras. Estos fenómenos que caracterizan el mundo occidental conocido, hasta la baja edad media, consistió en una organización fragmentada en torno a FEUDOS, o señores que con recursos económicos y sobre todo militar, imponían su influencia en torno a castillos o residencias geográfica y económicamente estratégicas.

Sin embargo el aislamiento vivido por los feudos, siempre dio oportunidad a la celebración de **alianzas** y **federaciones**, que fueron la base de algunos fenómenos bélicos, sobre todo entre musulmanes y cristianos, llegando en el mejor de los casos a una tácita convivencia, como sucedió en la Península Ibérica con los cristianos, musulmanes y judíos, que en conceptos modernos pudiesen equivaler a estados (organizaciones) multirraciales, dentro de otra organización con estructuras plurivalentes, bien definidas en lo político y en lo religioso.

Es considerable en dicho período, la presencia paralela de un (estado) u organización, que permeó a todos los feudos y federaciones o alianzas; me refiero a la IGLESIA CRISTIANA (CATÓLICA), que con su cabeza en Roma, a través de sus obispos y párrocos, siempre mantuvo la fe solidaria y central en el Papa, como representante de Cristo Redentor y unificador de la humanidad, en un proyecto divino y espiritual, cualquiera que sea la denominación empleada, incluido el fenómeno descrito como pastoreo¹⁸, jerarquía u organización efectiva de grupos hegemónicos; sin desconocer las desviaciones inexcusables en su organización visible, incluyendo los períodos conocidos como oscurantistas, de la

¹⁸ González Vidaurri, Alicia y otros.- Control Social en México, D. F.- UNAM-Acatlán, México 1998, pág. 40.

Inquisición y el Santo Oficio, o bien las alianzas militares y políticas, en las que este Estado paralelo estuvo inmerso, como la presencia de los Borgia, o bien las sobreentendidas entre algunos otros gobiernos civiles y eclesiales.

Un hecho que influye en la formación del concepto de Estado, sin duda alguna es la presencia de los mercaderes que hacia el año 1000 d.C., se presenta como medio eficaz de transformación social, cultural económica y política, pues de ser despreciables "*Pies poudreux*"¹⁹ (*pies polvorientos*), cuya prestancia, los llevó a crear estructuras de seguridad para el ejercicio de su actividad, más allá de los límites geográficos conocidos,

Con las influencias y perspectivas anteriores y en el contexto de su análisis empírico por parte de los teóricos, se fue solidificando el concepto de Estado relacionado con el ejercicio de la autoridad y el poder, en torno a personas específicas, llámense Monarcas, Señores Feudales o bien ministros, perdurando y abarcando hasta la concepción unificada en Francia expresada por Luis XV, de "*el estado soy yo*", expresión en la que se consagra el Absolutismo, como realidad fundamentada en el punto de vista de Justiniano: *Quod principi placuit, legis habet vigorem* (lo que agradó al príncipe, tiene fuerza de ley)²⁰, o bien la conceptualización equivalente: *Princeps legibus solutus est* (el príncipe no está sujeto a las leyes)²¹

1.1.4.- El Estado pluriconceptual en el mundo contemporáneo.

El inicio de la etapa conocida como Renacimiento, en el ámbito político se personaliza con Nicolás Maquiavelo (1469-1527), quien marca el nuevo concepto de Estado, en su obra *El Príncipe*, cuando en su capítulo primero escribe:

¹⁹ Tigar, Michael y Levi, Madeleine.- El Derecho y el ascenso del capitalismo.- Siglo XXI, México 1978, pág. 17.

²⁰ Digesto.- 1,4,1, pr.- Apud Caballero, José Antonio.- "La transición del Absolutismo al Estado de Derecho".- Artículo presentado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.- México, 1998.

²¹ Digesto 1,3,31.- Apud Caballero, José Antonio.- Op. Cit.

"Cuantos Estados, cuantas denominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados"²², es una idea que permea el tiempo y la conceptualización del *Estado*, como una entidad político-social, que alimenta repercusiones jurídicas, en las que poco a poco coexisten los elementos de población, territorio y gobierno.

En medio de los vaivenes históricos de los pueblos, sobre todo europeos, aunada la aparición del comercio y sus consecuencias, entre las que resaltan la acumulación tanto de bienes de producción, como de herramientas y la distribución de los productos, que posteriormente deviene en el fenómeno conocido como la Revolución Industrial. Todo este entorno, es el marco que sirve a la formación del *estado moderno*, que con mayor fuerza a través de alianzas estables o poco duraderas, dan origen a formas de gobierno conocidos como *monarquías*, bajo el compromiso de proteger a los feudos aliados o confederados dentro de un determinado territorio, así ocurre con la Alianza Prusiana (Germana), la Francesa, la Inglesa, la Española y muy tardíamente la Italiana. En estas organizaciones surgen formas de control gubernamental que se sostienen por el tipo y calidad de ejércitos, con los que garantizan su protección a los confederados o asociados; por encima del interés político o económico, religioso, cultural o geográfico.

Esta realidad en su tiempo, origina diferentes posturas y formas de pensar, encaminadas a justificar o de proteger a los Señores y Príncipes de la época, con base en la naturaleza del nuevo concepto de Estado, de sus formas o estructura, que empírica o reflexivamente, se presentan como una organización más racional de naturaleza civil, que responda a las exigencias de su época. Puede decirse en este contexto, que el origen del **STATUS** tendrá una característica **ABSOLUTISTA**, toda vez el poder dentro del Estado se ejercerá con disciplina, energía o amor, según el tipo de príncipe de cada estado, expresión realista si tomamos en cuenta la transición del feudalismo, y del servilismo, hacia una

²² Maquiavelo, Nicolás.- *El Príncipe*.- Espasa Calpe, Colección Austral, México 1994, pág. 12.

presencia de soberanía compartida por los *Estamentos*²³, *cortes*, *estados generales* o *fueros*, siempre como consecuencia de los beneficios conseguidos frente al soberano y relacionados con la ciudad, alianza o liga establecida²⁴.

La idea de Estado se va concretando y delimitando, con el marco doctrinal de *Les six livres de la république* de **JUAN BODINO**, obra en la que se expresa: "*Republique est un droit gouvernement de plusieurs menages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine*"(República es el recto gobierno de todas las familias y los hombres, con poder soberano)²⁵; así como resultado del contenido del *Leviathan* de **TOMÁS HOBBS**, en el que la estructura es el resultado de un pacto de sometimiento de los hombres hacia un monarca o príncipe, en quien los individuos depositan sus derechos y libertades con el fin de que el príncipe les garantice seguridad. Esta idea última, se expresa en el capítulo 26 de la obra en comentario:

"1.- Ley es un mandato emanado del soberano con carácter obligatorio para todos sus súbditos. 2.- Justo es lo que está en la ley; injusto lo que está en contra de los intereses del soberano. 3.- Sólo el soberano no está sujeto a las leyes. 4.- Las leyes de la naturaleza como la justicia, equidad y gratitud, no son leyes civiles, sino cualidades establecidas por los hombres".²⁶

También contribuyen al proceso de formación del concepto de Estado Moderno, los escritos de **JOHN LOCKE**, tales como: *Ensayos sobre el Entendimiento Humano*, *Dos Tratados sobre el Gobierno* y *Cartas sobre la Tolerancia*, donde hace referencia al estado representativo, fundado en la libertad e igualdad para las cuales nacen los seres humanos²⁷. De esta forma los seres humanos aceptan un sometimiento al soberano, a cambio de una tutela y protección sobre su libertad y sus bienes. De igual forma los escritos de

²³ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. Pág. 35 "fueron capas sociales más o menos cerradas, que constituían fuerzas sociales vivas y actuantes".

²⁴ Caballero J., José Antonio.- Op. Cit.

²⁵ Bodino, Juan.- Los seis libros de la República.- Jacques du Puys, 1578.

²⁶ Hobbes, Tomás.- El Leviathan.- Fondo de Cultura Económica.- México, 1980.

²⁷ Locke John.- Apud **MARÍAS JULIÁN**.- Historia de la Filosofía.- Revista de Occidente, Madrid 1960, pág.252.

BOSSUET, en este sentido representan el Absolutismo que se afianza en los gobernantes, aunque existan destellos dispares, como: *"la definición laica de un pretendido derecho de la burguesía para gobernar a los sin-tierra-y-sin-riqueza de Locke*²⁸.

De importancia considerable, es el pensamiento de JUAN JACOBO ROUSSEAU, que en su obra *El Contrato Social*, expone que el estado se origina en virtud de un contrato tácito fundamentado en el acuerdo de voluntades o *volonté générale* (voluntad de la mayoría²⁹). A través del pacto de unión, los hombres que renuncian a sus libertades individuales originarias, constituyen una comunidad política, capaz de consolidar a la mayoría, sobre una base de igualdad; el gobierno por tanto, se subordina a la expresión directa y continuada de la voluntad popular³⁰.

El concepto de Estado, también ocupó el pensamiento de EMMANUEL KANT, con tendencia racionalista, expresa su idea con la frase: "el estado es una entidad de razón que se concreta por la necesidad racional de una legislación jurídica en la que se resuelven todos los derechos naturales"³¹.

En el ámbito del pensamiento de mayor influencia en la sociedad moderna, es indispensable presentar la idea del Estado de **GEORG JELLINECK**: "La teoría general debe estudiar al estado en todos los aspectos de su ser, pero tiene dos campos especiales de investigación, que corresponden a los dos puntos de vista desde los cuales puede ser contemplado: *en un aspecto, el estado es una estructura social, y en otro, una institución jurídica*"³², como una expresión del ser y del deber ser.

El mismo autor, relaciona política y estado como se ve en la siguiente expresión: *"la ciencia política es la ciencia práctica o aplicada del estado, cuya misión consiste en "el estudio de la manera como el estado puede alcanzar determinados fines, por lo tanto, considera los fenómenos estatales desde puntos*

²⁸ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 78.

²⁹ Rousseau, Juan Jacobo.- Apud MARÍAS JULIÁN.- Op. Cit. pág. 262.

³⁰ Enciclopedia Monitor.- tomo 5, Pág. 2405.

³¹ Ibidem

³² Jellineck, Jorge.- Allgemeine Staatsleher.- Hermann Gentner Verlag, Darmstadt 1959, Pág. 4ss.

de vista teológicos y valora la condición y las relaciones estatales". Finalmente cuando habla de la naturaleza del estado, la considera como un fenómeno social, atribuyéndole "elementos objetivos de la unidad estatal", a nivel esencial, tales como: "el territorio, las formas institucionales y los principios teleológicos", hasta llegar a precisar una definición de estado: "El estado es la corporación formada por un pueblo sedentario, dotada de un poder de mando originario", o bien "Es la corporación territorial dotada de un poder de mando originaria"³³.

En cuanto al concepto de **soberanía**, dada la polémica histórica que lo circundaba, optó por hablar de estados soberanos y semisoberanos, dentro de un equilibrio: "el imperio y los estados disfrutaban de un poder de mando originario, pero sólo el primero sería soberano, en tanto los segundos serían estados semisoberanos"³⁴; sin embargo "la soberanía no corresponde ni al príncipe, ni al pueblo, sino al estado"; de donde deduce que "el derecho es el ordenamiento creado por el estado o aceptado por él"; así, resumiendo el pensamiento de Jellineck, "la soberanía es la potestad de dictar y abrogar el derecho, mas no de violarlo"³⁵.

Por su parte **MAURICE HAURIUO**, igualmente elaboró su teoría de la Institución, tanto en su *Manual de Derecho Administrativo* y sobre todo en los *Principios de Derecho Público*, en el que habla de una Institución corporativa, como una "institución-persona "que es un cuerpo social vivo, con una autonomía interna que le permite perseguir por sí misma sus fines y cumplir por sí misma su destino"; además que identifica los siguientes elementos: "a) La idea de la obra a realizar en y por el grupo social, o bien, la idea directriz de la empresa... b) Un poder organizado para la realización y al servicio de la idea (constitucional, democrático y limitado)... c) La adhesión de los miembros del grupo a la idea y a los procedimientos para realizarla..."³⁶. En este contexto se llega a la siguiente

³³ Jellineck, Jorge.- Op. Cit. pág. 148s.

³⁴ Jellineck, Jorge.- Op. Cit. pág. 150.

³⁵ Jellineck, Jorge.- Op. Cit. pág. 151s.

³⁶ Hauriou, Maurice.- Apud De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 155s.

definición de estado: "La institución corporativa formada históricamente para realizar y al servicio de la idea de nación"³⁷.

LEON DUGUIT, junto con **GEORGES BURDEAU Y MAURICE DUVERGER**, como estudiosos del fenómeno en comento, coinciden al hablar del Estado, y hacen las siguientes consideraciones, tales como "el estado era una situación de hecho, resultante del proceso social de diferenciación entre gobernantes y gobernados", "el estado ya no se confunde con ninguno de sus elementos, ni es tampoco su suma, pues su esencia es el poder, porque sin éste, no hay estado", aunque "el hombre no es por naturaleza un ser social, sino, simplemente, que siempre ha vivido en sociedad... y es un ser consciente de sus actos; por tanto el hombre es un ser sociable y consciente", ya que los hombres están y permanecen unidos en sociedades nacionales porque tienen necesidades comunes y aptitudes diferentes"³⁸. Estas coincidencias de los autores mencionados, caracterizadas por la fuente de *solidaridad*, concuerdan con el pensamiento de **EMILE DURKHEIM**, ya que "la solidaridad social, es la suma de los vínculos que une a los hombres y la ley originaria de la vida social", quien más específicamente y a la par con **M. ESMEIN**, expresa: "**El estado es la personificación jurídica de una nación**", estableciendo los siguientes presupuestos:

"a) La nación es, sin suda, una realidad, y nunca he tenido la intención de negarlo. Esta realidad consiste en el vínculo de solidaridad o interdependencia que une, de manera particularmente estrecha, a los hombres que son miembros de una comunidad... rechazo, sin titubear, todas las doctrinas que afirman que existe una conciencia y una voluntad de la nación. de lo que a su vez se deduce que la nación posee una personalidad distinta de la de los individuos que la componen, o con otras palabras, la voluntad de esta persona es la voluntad soberana, o

³⁷ Ibidem.

³⁸ Duguit, León.- *Traité de science politique*.- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1967, t. I, pág. 22.

sea, el poder político que engloba el poder de mandar a los hombres"

b) El territorio, que *no es un elemento indispensable para la formación del estado*³⁹; "si la nación es el medio para la diferenciación de los gobernantes y de los gobernados, el territorio es el límite material de la acción de los primeros"

Finalmente el pensamiento de Duguit, encuentro que se expresa en el siguiente párrafo: *"El estado no es un ente soberano, es una cooperación de servicios públicos organizada y controlada por los gobernantes"*⁴⁰.

HANS KELSEN y la Escuela de Viena, con su sistema positivista, enmarcado en un conjunto de normas con validez soportada en derechos y obligaciones surgidas de un proceso preestablecido para crearlas, nos lleva a la idea de Estado siguiente: *"será una persona jurídica carente de realidad social", o bien "la estructura de poder creada por los mismos hombres para realizar su derecho"*, tomando como base que *persona jurídica* lo son tanto el hombre como las comunidades humanas:

"La sociedad es considerada como persona porque en relación con ella, el orden jurídico estipula ciertos derechos y deberes relativos a los intereses de los miembros de la misma, pero que no parecen ser derechos y deberes de éstos, por lo cual se consideran pertenecientes a la sociedad misma"⁴¹.

HERMAN HELLER.- En su obra *La Soberanía*, parte de una idea de Estado con una dimensión diferente: *"Del título de la presente obra se desprende... que no nos proponemos construir una teoría general del estado, con carácter de universalidad para todos los tiempos, porque no lo estimamos, en absoluto, posible"*; por tanto, más adelante revisa la función y objetivo de la teoría del estado, en los siguientes términos: *"La teoría del estado se propone investigar la específica realidad de la vida estatal que nos rodea, aspira a comprender al*

³⁹ Duguit, León.- *Traité de science politique.*- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1967, t. II, pág. 46.

⁴⁰ Duguit, León.- *Op. Cit.* pág. 57.

⁴¹ Kelsen, Hans.- *Teoría general del derecho y del estado.*-

*estado en su estructura y funciones actuales, su destino histórico y las tendencias de su evolución*⁴². De esta forma a Heller no le interesa el estudio de la *esencia del estado*, ni la totalidad de sus relaciones, dado que tal situación *"partiría de la idea de que el estado es algo así como una cosa invariable, que presenta caracteres constantes al través del tiempo"*⁴³.

Tomando como base que *el hombre aparece como el hacedor y como un elemento vivo, integrante, y actuante dentro, y en la vida del objeto cultural*, HERMAN SÉLLER, define una serie de elementos o notas propias del concepto-realidad en comento: **la primera nota** fundamental del estado lleva a *"la concepción inmanente que no puede ser una interpretación suprahumana ni infrahumana del estado, sino que tiene que ser precisamente humana"*⁴⁴. En expresión del Dr. Mario de la Cueva: "el estado es un vivir de los humanos, una manera del constante actuar, es, como escribió García Morente, *un estilo de vida*⁴⁵, *"la nación es un estilo de vida que van forjando constantemente los hombres"*⁴⁶.

En este caso, se presenta una lucha, entre la centralización del poder monárquico y la creciente tendencia hacia la participación de la población en la gestión del gobierno, marcando fuertemente su resistencia a la concentración del poder y por lo tanto de las funciones de gobierno, tal como lo muestra la presencia del pensamiento de Montesquieu, y de la ilustración, bien comentada por Rousseau.

Cuando leí las páginas de Heller me vino a la mente la fórmula magnífica de Burchardt: *si el estado es una obra cultural de los hombres, es una obra de arte*⁴⁷.

⁴² Heller, Hermann.- Teoría del Estado.- F. C. E., México 1942.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ García Morente.- Idea de la Hispanidad.

⁴⁶ García Morente Manuel.- ibidem.

⁴⁷ De la Cueva, Mario.- Op. Cit., Pág. 189.

Como una **segunda nota** fundamental que Heller otorga al Estado, es que *"la teoría del estado es sociología y como tal, ciencia de la realidad y no ciencia del espíritu"*, corroborada con el siguiente texto:

"El estado no es espíritu objetivo y quien intente objetivarlo frente a su sustancia humana psico-física, verá que no le queda nada en las manos, pues *el estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida*"⁴⁸.

En suma, la teoría del estado, debe encaminarse hacia una *ciencia sociológica de la realidad*, ya que el sentido del estado no es abstracto, sino *su función social*, puesto que *"la misión que tiene que cumplir como factor, como unidad de acción es la conexión de actividad social"*⁴⁹.

Como **tercera nota** la teoría del estado proclama que *"es una ciencia de estructura y no de ciencia histórica... ya que los procesos sociales se muestran como procesos entre hombres dándole al estado una característica de algo que deviene, pues el estado da forma al devenir político"*⁵⁰, como se expresa en el siguiente texto:

"Quien quiera describir el ser del estado por fuerza ha de tener en cuenta las comunidades de voluntad y de valores que se actualizan en el presente del estado y deberá además referirse a su futuro. Pues toda representación presente de la estructura del estado, cuya actualización se realiza en modo constantemente renovado, nace únicamente del hecho de que estimamos a un determinado poder de voluntad, frente a los demás, como el formador del futuro, es decir, que entre diversas tendencias de evolución, señalamos a una como la única válida para el futuro, pudiendo ella ser, en relación con la situación presente, reaccionaria, conservadora o revolucionaria"⁵¹.

⁴⁸ Heller, Hermann.- Teoría del estado.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

Con las descripciones anteriores, Heller da oportunidad para hablar de la *geopolítica*, como *la tierra permeada por una organización social*,... en las que se distinguen *las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo*, al que estudia como *una formación natural y como una cultura*⁵².

Tomando como realidad que el estado es *ser*, *"la soberanía es la potestad de decisión universal y suprema en virtud de que se nombra soberana a una comunidad cuando posee una unidad de decisión que resuelve, como instancia universal y suprema, todos los asuntos de la comunidad*,... ahora bien *la autoridad es el poder organizado de la comunidad*, de donde resulta que el derecho: *es el orden social establecido por el poder organizado de la comunidad soberana*"⁵³.

1.2.- TEORÍAS PRINCIPALES ACERCA DEL ORIGEN DEL ESTADO.

Hablar de teorías sobre el origen del Estado, es siempre tener la oportunidad de repasar las etapas de influencia que tuvieron algunos investigadores en el contexto de su entorno cultural, político, geográfico, pero sobre todo aquellos que hasta hoy han dejado su huella en el pensamiento social, jurídico y político de la comunidad actual.

En forma por demás considerable, dentro de este esfuerzo el Maestro Mario de la Cueva, ha dejado testimonio magistral, en su obra **"La idea del estado"**, editado por la UNAM. En dicha obra nos lleva por un recorrido, a través de los pensamientos de quienes en su oportunidad formaron criterio o tendencia en las diversas manifestaciones organizativas, a partir de los griegos hasta nuestros días, de lo cual sólo hago una sinopsis sobre lo que él trata en la Parte Cuarta de su obra: el pensamiento cristiano, a la par con el pensamiento de Max Weber, Norberto Bobbio y Jurgen Habermas, quienes son base del proyecto actual del Estado, en proceso de consolidación.

⁵² De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 192.

⁵³ Heller, Hermann.- La soberanía.

Así pues, dentro de esta perspectiva holística inicio la exposición sobre los diferentes pensamientos de los autores propuestos.

1.2.1.- Pensadores cristianos.-

Sin entrar en polémica, sí es obvio o no el valor del pensamiento cristiano, en el contexto de los diversos fenómenos sociales provocados por su influencia, el primero que presenta tal realidad es **SAN AGUSTÍN**. Es el primer filósofo cristiano que presenta las enseñanzas conjuntas de su antecesor San Ambrosio en concordancia con los textos del Nuevo Testamento, que le dan existencia al pensamiento cristiano, en medio de un mundo originariamente pagano. El Edicto de Constantino, el Concilio de Nicea, el de Salónica, y el de Calcedonia, dice Garilli "*habían colocado a la Iglesia, la única fuerza espiritual de aquellos tiempos, en una condición incomparable del mundo que se derrumbaba*"⁶⁴; y fue ella, de conformidad con las explicaciones de Windelband, quien "*realizó lo que el estado y la cultura ya no podían defender*"⁶⁵. *La ciudad de Dios*, presenta la descripción de una organización terrena, encaminada a Dios, con un territorio universal, donde vive el hombre *populus*.

SANTO TOMÁS DE QUINO, en el mundo de sus múltiples e ingentes obras, para su época, que llegó a escribir como la *Summa contra Gentiles*, *Cuestiones Disputadas*, *Summa Theologica* entre las más importantes, describe al hombre con el pensamiento del Estagirita como político y social⁶⁶; sin embargo atribuye "*una valoración del hombre como miembro de la comunidad y una explicación de los diferentes matices de la idea de la justicia*"⁶⁷. Aún así el

⁶⁴ Garilli, Giovanni.- *Aspetti della filosofia giuridica, politica e sociales di S. Agostino*.- Dott. A Giufré, Milán 1957.

⁶⁵ Windelband, Wilhelm.- *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*.- Verlag von J.C.B. Mohr, Tubingen 1935. 220ss.

⁶⁶ Aquino, Tomás de.- *Summa Theologica*, II.I, c. LXXII, a. IV.

⁶⁷ De la Cueva, Mario.- *Op. Cit.* pág. 216.

concepto que más trata de comentar es el del gobierno y no propiamente el del Estado. Concordante el pensamiento cristiano con el desarrollo de la organización humana, en ocasiones también opta por relacionar el concepto de *Estado* con el de gobierno o sus integrantes, como lo hace Jacques Maritain, en su obra "*El Hombre y el Estado*". "En sus dos primeros capítulos presenta una distinción de los términos *comunidad, sociedad, nación, cuerpo político y estado*"⁵⁸. Precisamente cuando se refiere al término *estado*, lo "caracteriza como *aquella parte del cuerpo político especialmente interesada en el mantenimiento de la ley y del orden público, el fomento del bienestar común y la administración de los asuntos públicos, en pocas palabras la parte del cuerpo político que se especializa en los intereses del todo*"⁵⁹.

1.2.2.- Federico Hegel.-

Con su filosofía, caracterizada por la idea de que "*cada concepción o doctrina filosófica ha de ser la conciencia del momento histórico que vive*"⁶⁰ y que "*lo que es racional, es real; y lo que es real, es racional*"⁶¹, en sus obras: *Lecciones sobre filosofía de la historia universal* y en *Lineamientos fundamentales de la filosofía del derecho*, expresa lo siguiente: el estado es "*la realidad de la idea ética*", o bien "*lo divino del estado es la idea, tal como existe sobre la tierra*", "*estado como un dios terrestre, el estado es en la tierra la encarnación plena de lo absoluto*"⁶², línea de pensamiento que siguieron Herbert Marcuse y Nicolai Hartmann, en el sentido de relacionar al estado con el poder, como se puede observar en el siguiente párrafo: *la libertad del espíritu absoluto no es idéntica al derecho del hombre a hacerse a sí mismo, sino el deber de armonizar la vida a la*

⁵⁸ Maritain, Jacques.

⁵⁹ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 239.

⁶⁰ Hegel, Friederick.- *Lecciones sobre filosofía de la historia universal*

⁶¹ Hegel, Friederick.-

⁶² Hegel. *Lineamientos fundamentales de la filosofía del derecho* -

*idea universal que exprese el estado, este dios terrestre en el que se albergó el espíritu absoluto*⁶³.

1.2.3.- Carlos Marx.-

Con su filosofía materialista y socialista, cambió puntos de vista sobre el mundo y su realidad, como fruto de las relaciones injustas entre medios de producción y capital, así lo percibo con el elemento prioritario de la economía, en medio de una dialéctica histórica y materialista, en un historicismo como *"doctrina que contempla los problemas humanos y sociales como un devenir permanente, como procesos que se desarrollan en el tiempo"*⁶⁴; de importancia especial es el siguiente texto: *"mi investigación dio por resultado que las relaciones jurídicas así como las formas de estado, no pueden comprenderse ni por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que más bien tienen sus raíces en las relaciones materiales de vida, cuyo conjunto Hegel, siguiendo el ejemplo de los ingleses y franceses del siglo XVIII, reunió bajo el nombre de 'sociedad civil', así como que la anatomía de la sociedad civil debe buscarse en la economía política"*⁶⁵.

El ser humano, por tanto, no puede eludir las fuerzas de la naturaleza, haciendo *"que las estructuras política, jurídica, religiosa, ética y todas las que se puedan ocurrir, están a su vez determinadas por la estructura económica"*⁶⁶

Es de especial notoriedad, el hecho de que tanto Marx como Engels, en el *Manifiesto comunista*, definen la función del estado en la sociedad individual, siempre con la tendencia de unificar los conceptos de estado y gobierno: *"El poder político del estado moderno es, simplemente, el comité que administra los negocios comunes de toda la burguesía"*⁶⁷. Así mismo en manuscritos aparece lo

⁶³ Hegel, Friederick.-

⁶⁴ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 339.

⁶⁵ Marx, Carlos.- Crítica de la economía política.

⁶⁶ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 346.

⁶⁷ Marx-Engels.-- El manifiesto comunista.

siguiente: *"Los economistas burgueses aducen que el moderno estado policía (el del liberalismo clásico de dejar hacer, dejar pasar) facilitó la producción mejor que el derecho del puño (faustrecht), pero pasan por algo que el derecho del puño también es un derecho y que el derecho de los más fuertes vive igualmente en otra forma en su estado de derecho"⁶⁸. Y en este orden de ideas, Engels en su obra *"Los orígenes de la familia, de la propiedad privada y del estado"* y posteriormente Lenin en su obra *"El estado y la revolución"*, coinciden en lo siguiente:*

"El estado no es en manera alguna un poder impuesto a la sociedad desde fuera (por una divinidad); tampoco es 'la realidad de la idea ética', 'la imagen y la realidad de la razón', según pretende Hegel. Es mas bien (*vielmehr*) un producto de la sociedad en un determinado estadio de su desarrollo. Es la propia confesión de que la sociedad se ha enredado consigo misma en una contradicción insoluble, de que se ha dividido en antagonismos irreconciliables que es impotente para conjurar"⁶⁹.

El estado para los autores marxistas se identifica con el poder, como único elemento que puede estudiarse o que merece su análisis. Frases como las siguientes confirman lo anterior: *"si algún día se hiciera el estado el representante de toda la sociedad, se haría a sí mismo superfluo"*, *"el estado se sustenta en los ejércitos y en las cárceles para los desposeídos y defensores de la libertad y dignidad del trabajo"*. *"El estado es una institución clasista, de la clase en el poder para preservar sus privilegios, el instrumento de poder de la riqueza sobre los desheredados, los ejércitos y las cárceles del capital para los violadores de los mandamientos decretados por los dueños del poder"*⁷⁰. Comentarios que queremos cerrar con el siguiente párrafo de Engels en su obra *Anti-Duhring*:

"El estado moderno es también esencialmente una máquina capitalista, *el estado de los capitalistas*, el capitalista total ideal. Mientras más fuerzas productivas asume como de su propiedad,

⁶⁸ Marx.- Introducción a la crítica de la economía política.

⁶⁹ Engels.-

⁷⁰ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 376s.

tanto mejor deviene el verdadero capitalista total y mayor es el número de ciudadanos que explota. Sus trabajadores siguen siendo trabajadores asalariados, proletarios. La relación capital, lejos de abolirse (con el llamado *socialismo de estado*), se lleva a sus últimos extremos. Pero al llegar a su cúspide hace crisis. La propiedad estatal sobre las fuerzas productivas no es la solución del conflicto, pero alberga en su seno el procedimiento formal, el camino para alcanzar la solución"⁷¹.

Así es como se impulsa el movimiento obrero hacia la dictadura del proletariado, como el mismo Engels lo expresó: "*La sociedad socialista, en la que la producción será reorganizada sobre la base de una asociación de productores libres e iguales, transportará la maquinaria estatal al lugar que le corresponderá en el futuro el museo de las antigüedades, junto al torno de hilar y el hacha de bronce*"⁷², con mención en tiempos anteriores de la frase de Marx: "*Entre la sociedad capitalista y la comunista habrá un período de transformación revolucionaria de la una a la otra, al que corresponderá un período paralelo de transición política, en el que estado no podrá ser sino la dictadura revolucionaria del proletariado*"⁷³.

Finalmente en el contexto marxista es inevitable hablar de la desaparición o destrucción del Estado, entendido el poder como se ha manifestado a través de la historia y como lo han presentado dichos autores, puesto que "*la dictadura del proletariado no es el estado que continúa, sino un estado totalmente nuevo*", tal como lo describe la Academia de Ciencias de la URSS⁷⁴, así el mismo Engels creó la frase lapidaria: "*El estado no será abolido, se extinguirá*", y por su parte Lenin sostiene que *el estado como tal*, es decir lo que ha sabido la historia, como el estado de la burguesía *'no se extingue, sino que es destruido por el proletariado en la revolución'*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁷¹ Engels.- Anti-Duhring.

⁷² Engels.- El origen de la familia, de la propiedad privada y del estado.

⁷³ Marx, C.- Notas al programa de Gotha.- Carta de 5 de mayo de 1875 a Wilhelm Bracke.

⁷⁴ Grundlagen der marxistischen Philosophie.- Dietz Verlag, Berlin, 1965, pág. 525.

1.2.4.- Max Weber.-

Consecuente con la presentación que Norberto Bobbio hace de este autor, en su obra *Estado, Gobierno y Sociedad*⁷⁵, retomo su exposición en el sentido de que su pensamiento se puede considerar como continuación del de Georg. Jellinek, toda vez que confirma la aportación sobre la necesidad de distinguir entre el punto de vista jurídico sobre el estado y a la vez el punto de vista de la Sociología sobre el mismo fenómeno.

Weber, en su obra *Doctrina general del Estado*, expresa la distinción anterior. De esta forma la sociología jurídica afirma que *"cuando se habla de derecho, ordenamiento jurídico, norma jurídica, es necesario un especial rigor para distinguir el punto de vista jurídico del punto de vista sociológico"*⁷⁶, dicha postura normalmente deviene en el estudio de una *"validez ideal de la que se ocupan los juristas y validez empírica de las normas de la que se ocupan los sociólogos"*⁷⁷.

Una ventaja que aporta la distinción de Weber es la visión fundamentada en la teoría de los grupos sociales, entre los que se cuenta con los grupos políticos, con su tendencia definida para constituirse en estados modernos, en los cuales se puede observar un aparato administrativo que en su actuar se apropia en forma exclusiva de la fuerza dentro de un territorio⁷⁸, figura que mantiene la relación directa entre Estado y Poder, en una identidad que confunde conceptualmente al gobierno, con el poder y con el concepto de Estado. Corroboro lo dicho con un texto de Norberto Bobbio en su obra citada:

"...Quien describió con extraordinaria lucidez este fenómeno fue Max Weber que contempló en el proceso de formación del Estado moderno un fenómeno de expropiación de parte del poder público de los medios de servicio, como las armas, el cual corre

⁷⁵ Bobbio, Norberto.- *Estado, Gobierno y Sociedad*.- Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 487, México 1994.

⁷⁶ Weber, Max – *Doctrina general del Estado*.- Traducción it. Comunita, Milán 1968, pág. 309

⁷⁷ Bobbio, Norberto.- *Op. Cit.* pág. 74.

⁷⁸ *Ibidem*.

paralelamente al proceso de expropiación de los medios de producción poseídos por los artesanos de parte de los poseedores de capital. De esta observación deriva la concepción weberiana, que ya se ha vuelto *communis opinio* (opinión común), del Estado moderno definido mediante los dos elementos constitutivos de la presencia de un aparato administrativo que tiene la función de ocuparse de la prestación de los servicios públicos, y del monopolio legítimo de la fuerza"⁷⁹.

1.2.5.- Norberto Bobbio.-

Para exponer un punto de vista de este autor, tomo como referencia la obra *Estado, Gobierno y Sociedad*, en el que especialmente en su capítulo Tercero, hace una serie de reflexiones sobre el Estado, y aunque lo refiere al poder y al gobierno, sin embargo ello lo hace con toda parsimonia y claridad, tratando de identificar la realidad del ESTADO, bien como MODERNO o bien como fenómeno propio de los grupos sociales.

Hace la aclaración de que, tradicionalmente no ha sido posible llegar a una separación plena del concepto y su realidad, esto es del Estado y el ejercicio del Poder, sin embargo en la actualidad aunque relacionados e inseparables hoy se ve la tendencia para evaluar con mayor precisión entre ambos conceptos.

En el tercer capítulo de su obra en comento, se concreta a presentar sus estudios, tanto del nombre, el origen del Estado, en aspectos de continuidad o bien de discontinuidad del fenómeno, su relación con el poder, la normatividad y con la forma específica de gobierno, entre otros puntos de interés.

En todo caso su punto de partida es la distinción, que ha de operar entre las fuentes del fenómeno-realidad, como pueden ser la historia de las instituciones políticas y por otro lado la historia de las doctrinas políticas, que en el contexto del discurso analítico pueden ocasionar confusión. Es innegable en

⁷⁹ Bobbio, Norberto.- Op. Cit. pág. 91.

palabras de Bobbio, que la historia de las instituciones es posterior a la historia de las doctrinas, en virtud de la exigua recopilación de fuentes, de tal forma que:

“frecuentemente los ordenamientos de un sistema político determinado han sido conocidos o nos hemos conformado con conocerlos mediante la reconstrucción, e incluso la deformación o idealización, hecha por los escritores.”⁸⁰

Ante tal realidad, sobre el origen del Estado, claramente expresa que hay una doble posibilidad: o bien hablar de un fenómeno organizativo de los grupos humanos, a partir del momento primigenio de la humanidad, o bien referirse al Estado moderno, como una “*dísociación del origen del hombre y el origen de la cosa*”⁸¹.

Como una primera alternativa, el origen del Estado coincide con el desarrollo humano, que al principio se caracteriza como una comunidad primitiva unida por vínculos de parentesco, propia de los grupos primarios, unidos por necesidades de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa), y que al no poder continuar con su sistema primitivo de organización, se disuelve; al respecto, yo expreso que pretender describir o explicar una realidad que conocemos por datos referenciales, utilizando conceptos actuales, no es lo feliz que se quisiera, pues en tal caso es posible referirse más bien a un proceso de aculturación y transculturación; en este contexto, la cosa Estado nace con el paso del estado primitivo al de **época civil**, entendida como lo relacionado con la ciudad, ciudadano y civilizado⁸² (Adam Ferguson). Es el proceso de cambio de la *πολις* a la *civitas*; es el paso de la organización por inercia y necesidades compartidas, a la de una organización bajo un orden normativo consensual.

Cuando al estudio del fenómeno organizativo político (*πολις*), se le agrega un elemento diferente, como lo es su relación con el *poder*, aparece otra explicación teórica como la de Charles Morgan y Engels, quienes incluyen el *dominio de clase*, con denotación negativa hacia la *gens*; esta relación conlleva al

⁸⁰ Bobbio, Norberto.- Op. Cit. pág. 68s.

⁸¹ Bobbio, Norberto.- Op. Cit. pág. 97.

⁸² Ibidem.

nacimiento de la propiedad privada, en contraposición con *la propiedad colectiva* de las comunidades primitivas, en abierta discrepancia con la organización política apoderada de la fuerza para su sostenimiento.

Tomando en cuenta los comentarios anteriores, se puede enunciar la posibilidad de referirse al Estado moderno a partir de la época de Maquiavelo, como un fenómeno organizativo político, con intervención directa de los integrantes de los grupos humanos, en la medida de su posibilidad de respuesta participativa, cultural, social, educativa y de convicción.

1.2.6.- Jurgen Habermas.-

Una forma de pensamiento de nuestros días, lo es sin duda, el de Jurgen Habermas como exponente del pensamiento crítico, en la escuela de Frankfurt, que en sus publicaciones, se ha referido a fenómenos organizacionales de un Estado nacional⁸³, o bien un Estado democrático de derecho, convertido en proyecto⁸⁴, entre los que se observan movimientos organizacionales con dicho carácter, en países como Francia y Alemania entre otros. En sus escritos, siempre aparece el afán objetivo y circunstancial de sus consideraciones, tal como lo expresa en el siguiente párrafo:

“El pluralismo de formas de vida, todas con iguales derechos y que a su vez han de dejar espacio para proyectos de vida individualizados prohíbe la orientación por criterios fijos que resulten vinculantes para todos. Aristóteles había podido presentar todavía el modo de vida de Atenas como vinculante para todos, de suerte que conforme a ella habría de regirse el *ethos* de los hombres. Pero hoy el logro o malogro de la propia vida de uno no puede medirse ya por contenidos que hubieran de

⁸³ Habermas, Jurgen.- Ensayos Políticos.- Península, Valladolid 1999, Pág.121s.

⁸⁴ Habermas Jurgen.- Jurgen Habermas: moralidad, ética y política. Propuestas y críticas.- Ed. Patria, México 1993, pág. 56

considerarse superiores o ejemplares sino por puntos de vista formales concernientes a autenticidad”⁸⁵.

Y tal como lo expresa Manuel Jiménez Redondo, en la introducción a la obra citada, este tipo de consenso político subyacente en una convivencia, implica una realidad conceptual de racionalidad hegeliana que lleva al autor al siguiente comentario:

“Sería bien errónea la sugerencia de que el orden político de una república moderna pudiera basarse en un consenso de fondo, adquirido de forma casi-natural, es decir, en un consenso de fondo que, por haber los individuos crecido cuasi-orgánicamente en él, quedase libre de cuestionamientos. Lo que une a los miembros de una sociedad que viene en principio definida por el pluralismo social, cultural y por el pluralismo en lo tocante a concepciones últimas del mundo, no puede consistir en otra cosa que en principios abstractos y en procedimientos abstractos de un medio republicano artificial, es decir, generado en medio del derecho. Esos principios sólo pueden echar raíces en los motivos de los ciudadanos cuando la población haya hecho buenas experiencias con sus instituciones democráticas y se haya acostumbrado a la situación de libertad política. Es entonces cuando aprende también, y ello desde su propio contexto nacional de esa población, a entender como un logro la república y su constitución. Sin tal posibilidad de representación histórica no pueden surgir esa clase de vínculos a los que me he referido bajo la denominación de ‘patriotismo de la constitución’”⁸⁶.

Por demás, huelga decir, que las expresiones transcritas, son una constante de sus pensamiento e intervenciones, que para el efecto de la presente investigación son de riqueza y contenido especial. En coincidencia con el traductor de Habermas, el párrafo transcrito, es resultado de una abstracción y “artificialidad”, propia de la legitimidad política contemporánea, que solamente se

⁸⁵ Habermas, Jürgen.- Más allá del Estado nacional.- Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta Valladolid 1998. pág. 23.

⁸⁶ Ibidem.

aclara tomando como base la *πολις* moderna, (comunidad artificial), a diferencia de la *πολις* griega, (comunidad natural).

Sin embargo Habermas en este contexto expone a la *individualidad como* una característica del Estado moderno:

“La individualidad del Estado, en tanto que ser-para-sí excluyente, aparece como relación con otros Estados, cada uno, de los cuales es independiente respecto a los demás. En la medida en que es una esta independencia donde el espíritu real (es decir, la particularidad histórica en que el Estado consiste) tiene su existencia, ésta es la primera libertad y el honor supremo de un pueblo (f322)”⁸⁷.

En síntesis, el pensamiento habermasiano sobre el Estado moderno o nacional, lo tomo del siguiente párrafo:

“El Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta (El texto en negritas es propia del autor). Por su parte, la libertad concreta consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares tengan su total desarrollo y el reconocimiento de su derecho (en el sistema de la familia y de la sociedad civil, es decir, en las esferas de la vida privada) y que en parte se transformen en interés por el todo, y en parte, con saber y querer, reconozcan ese Todo y por cierto como su (de ellos) propio espíritu sustancial y actúen para él como *telos* de ellos, de suerte que ni el todo se imponga a espaldas del interés, el saber y el querer particulares, ni los individuos vivan sólo para esto último como personas privadas sin querer a la vez en y para el todo y sin tener una actividad consciente de ese *telos* El principio de los Estados modernos tiene esta tremenda fuerza y profundidad, a saber, la de dejar consumarse el principio de la subjetividad hasta convertirlo en el extremo autónomo que representa la particularidad o individualidad personal y a la vez reducir ese

⁸⁷ Habermas, Jürgen.- Op. Cit. pág. 30.

principio a la unidad sustancial, manteniendo así a ésta en aquel principio mismo”⁸⁸.

En similar importancia, está la referencia que lleva a cabo sobre *la valentía* del Estado como forma superior; lo mismo que *la independencia*:

“Por cuanto que los Estados en su relación de mutua independencia se enfrentan unos a otros como voluntades particulares, e incluso la validez de los tratados descansa sobre ello, y por cuanto que la voluntad particular del todo que es cada Estado, en lo que concierne a su contenido, no consiste en otra cosa que en lo que él considera su bienestar o felicidad o bien común, entonces este bienestar o felicidad o bien común se convierten en ley suprema en la relación con los otros, tanto más cuanto que la idea del Estado consiste precisamente en esto, a saber, en que en ella se elimina la oposición entre el derecho como libertad abstracta y el contenido que lo llena, es decir, el bien, el bienestar o felicidad [...]. Ahora bien, ese bien o bienestar o felicidad sustancial del Estado es su bienestar como tal Estado determinado, con sus determinados intereses y características, con sus peculiares circunstancias externas, y con su peculiar situación en lo que se refiere a tratados; la gobernación de un Estado consiste en un saber hacer relacionado con tal particularidad, y no en la sabiduría de la Providencia Universal; por tanto, el fin en la relación con otros Estados y el punto de referencia y el principio de la justicia de las guerras y tratados no puede ser una idea general (de tipo filantrópico), sino ese bien bienestar o felicidad real, al verse humillado o simplemente amenazado en esa su determinada y concreta particularidad (f337)”⁸⁹.

Quizá atreviéndome a interpretar el pensamiento de Habermas, en relación con el estudio en comento, expreso el punto de vista crítico y humanista del autor para comprender la realidad del Estado

⁸⁸ Idem, pág. 32.

⁸⁹ Idem, pág. 33.

1.3.- ESTRUCTURA FUNCIONAL DE UN ESTADO LIBERAL NACIONAL O DE DERECHO.

Finalmente hemos llegado al momento en que puedo relacionarse puntos de vista o de pensamiento, que bajo la lupa de condiciones de validez y eficacia han dejado oportunidad para formular proyectos y planes de desarrollo, tanto tradicional, como en el marco de conceptos que hoy condicionan la acción y eficacia de los mismos, tales como la globalización, la tecnología y el avance general de la ciencia.

Es una situación de todos conocida, que las formas de organización de los diversos pueblos, va a responder a elementos que en su momento histórico y geográfico se viven, siempre correspondientes a una ideología, que puede tener raíces religiosas, tradicionales, culturales, o bien ser resultado de nuevas tendencias o investigaciones sobre el tema, tal como lo deja entrever Jurgen Habermas, comentado en párrafos anteriores.

Es por ello que dentro del presente trabajo, debo mencionar conceptos básicos referenciales como los que a continuación se exponen:

1.3.1.- Definición de Estado.

El tema es lo suficientemente básico para poder desarrollar el resto de los aspectos elementales aquí propuestos. Por tanto en la búsqueda de los primeros principios del fenómeno Estado, no podemos descartar el contenido de las diferentes formas de pensamiento, que a lo largo del presente estudio se han presentado, desde el más simple, pero no por ello menos importante de la sociedad griega y romana; de las formas feudales y serviles, a cambio del alimento y protección; de las organizaciones en torno a la designación divina de los monarcas; de las formas revolucionarias de la ilustración y de la sociedad humanista; de la idea racionalista de organización social, de la idealista y finalmente la materialista.

Su razón de ser, aunque en algún momento pareciera inercia y justificación de un fenómeno humano ineludible, sin embargo la naturaleza del tema nos exige hacer un análisis de conceptos que cumplan con las exigencias de investigación.

Tomando como base el comentario de Herbert Krüger, transcrito por el Dr. Mario de la Cueva, etimológicamente "la palabra *estado*, proviene de la voz latina "*status*"⁹⁰, sin que tal aseveración se refiera en manera alguna al origen del fenómeno en comento, *sino más bien a una condición, situación, o descripción de la forma de ser o de estar de algo*⁹¹. Concepto y situación que por mucho tiempo fue la característica natural en el desenvolvimiento humano.

El concepto de Estado Moderno como tal, se toma en el Renacimiento con la publicación de la obra "El Príncipe" de Nicolás Maquiavelo, cuando en forma feliz inicia su primer capítulo con la siguiente frase: "Todos los estados, todos los dominios, que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados"⁹², en consonancia con la realidad de la Europa de su época; ya que cuando él escribió su obra, existían pueblos firmemente asentados sobre territorios determinados, comunidades firmemente unidas, independientes unas de otras con un poder político central, época que se identifica con un apelativo: *feudalismo*.

Aún cuando a través de las expresiones de pensadores, sociólogos y juristas, ha existido una tendencia de incluir con el mismo término, tanto a la organización por un lado, como a quienes llevan el peso de la administración o gobierno, referirse al término *ESTADO*, implica tener que aclarar dicha relación subliminal, tanto con el concepto de *nación*, como específicamente con uno de sus elementos que es el *gobierno*. En el primer sentido se garantiza una mayor precisión sobre su contenido; objetivamente se representa a la organización humana, relacionada con un territorio determinado; en tanto que con el concepto

⁹⁰ De la Cueva Mario.- "La idea del Estado".- UNAM, México 1975, Pág. 41.

⁹¹ Blanco García, Vicente.- Diccionario Latino-Español y Español Latino.- M: Aguilar, Madrid 1948, Pág. 338.

⁹² Maquiavelo, Nicolás.- El Príncipe.- Espasa Calpe Mexicana, Colección Austral , México 1994, pág. 12.

relativo al gobierno, se presenta una tendencia de exclusividad con las autoridades, que llevan a cabo la administración de la organización⁹³.

El Estado Moderno, en la doctrina mexicana, toma como concepto referencial, el utilizado en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, acorde con el pensamiento de Duguit y Laski: "el estado no es un ente misterioso, que exista en sí y por sí, con una finalidad propia y dotado con el poder de dictar e imponer el derecho, sino *un fenómeno social consistente en el hecho de que algunos o muchos, o todos dictan e imponen el ordenamiento jurídico que regirá la conducta de los hombres*"⁹⁴. O bien, el punto de vista marxista: "El estado del mundo occidental de nuestros días, igual que el del pasado, es la consecuencia inevitable de las diferencias económicas y tiene como finalidad suprema la defensa de la propiedad privada, mediante ejércitos y cárceles o al través de un ordenamiento jurídico que otorgue un grado más o menos importante de libertad, compatible con la estabilidad del sistema"⁹⁵.

Sin embargo desde el punto de vista jurídico, político, social y filosófico el estado como entidad, incluye elementos que sustentan su realidad objetiva, tales como el territorio, la población, el gobierno (ordenamiento jurídico) y la soberanía (autonomía e independencia).

Así lo expuso *LUIS ANGEL CERSOSIMO*, autor argentino, en su ponencia "*El estado y la conciencia geopolítica: espacio y cultura*", que a continuación extracto:

"El Estado es formación humana establecida para un fin. Es decir, es la resultante de la actividad teleológica del hombre como manifestación de la vocación y de la voluntad de su ser social para el perfeccionamiento de su ser individual. En tal sentido, pueblo y Estado se corresponden biunívocamente de manera tal que la existencia de uno implica la existencia del otro. El derecho

⁹³ Duverger, Maurice.- Course de sociologie politique. Les courses de droit, Paris 1961 - 1962, pág. 11s.

⁹⁴ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 410.

⁹⁵ De la Cueva, Mario.- Op. Cit. pág. 414.

natural preexiste respecto a ellos, pero halla su máxima expresión en ellos y por ellos.

Establecida la preeminencia del carácter político del Estado sobre cualquier otra consideración, es necesario analizar otro factor sin el cual su realización y actualización no podrían considerarse, ese factor es precisamente el suelo, entendido no sólo como territorio en su significación restringida a descripción geográfico-geométrica donde halla el pueblo y consecuencia el Estado su asiento terrestre para la realización de sus fines, sino en la íntima unión de la concepción espacial de un pueblo y su manifestación, a través del Estado racional y voluntaria para el dominio y valorización.

Llegamos así a la expresión por la cual es Estado, y por lo tanto el pueblo, actúan conscientemente sobre el espacio. Dicha expresión es la geopolítica, ... que es la actividad humana por la cual la conciencia del espacio se manifiesta en forma racional y voluntaria⁹⁶.

Finalmente y con el fin de enriquecer el concepto que se analiza, no se puede pasar por alto el pensamiento de HABERMAS:

"El Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la libertad concreta consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares tengan su total desarrollo y el reconocimiento de su derecho (en el sistema de la familia y de la sociedad civil, es decir, en las esferas de la vida privada) y que en parte se transformen en interés por el todo, y en parte, con saber y querer, reconozcan ese Todo y por cierto como su (de ellos) propio espíritu sustancial y actúen para él como *telos* de ellos"⁹⁷

⁹⁶ Cersosimo, Luis Ángel.- El Estado y la conciencia geopolítica: Espacio y Cultura".- Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.- UNAM, México 1982, tomo VII, pág. 229s.

⁹⁷ Habermas, Jürgen.- Más allá del Estado Nacional.- Trotta, Valladolid 1998.

1.3.1.1.- Ámbito Social.-

Al hacer alusión al ámbito social, la dimensión del concepto-fenómeno Estado, adquiere una relación de objetividad que se ancla en la misma estructura del ser humano. Georg Jellinek y Norberto Bobbio, con mayor oportunidad nos comentan las repercusiones de este ámbito, desde el punto de vista de organización, incluyendo el punto de vista político auténtico, con elementos de la πολις griega, implica la vida del integrante del grupo para, con y dentro de la comunidad. En tal contexto, según Bobbio es legítimo preguntarse: *“¿las sociedades primitivas conocieron y conocen ordenamientos de convivencia que pueden llamarse estados o deben considerarse “sociedades sin Estado”, o como ha sido dicho con intenciones polémicas, “sociedad contra el Estado”?”*⁹⁸.

Por lo anterior, es legítimo abordar el tema sobre la definición y delimitación del concepto Estado, ya que además se debe tomar en cuenta que *“hay sociedades primitivas sin Estado en cuanto no tienen una organización política o bien hay sociedades primitivas que aunque no son estados tienen una organización política”*⁹⁹. Por consiguiente, también es importante tomar muy en cuenta sus semejanzas y diferencias, a fin de que valide la relación entre las expresiones siguientes, propias del fenómeno: “Sociedades con gobierno mínimo”, “con gobierno difuso” y “con gobierno en expansión”, al fin y al cabo todas se consideran como sociedades políticas (government). Para mayor claridad y explicación, transcribo el siguiente párrafo:

“¿Existen sociedades primitivas que ni siquiera sean organizaciones políticas en el sentido más amplio de la palabra? Para dar otro ejemplo, quien distingue sociedades acéfalas de aquellas que tienen un jefe, considera sociedades no políticas a las primeras porque introducen como criterio distintivo una cierta concentración de poder y la necesidad de un guía en el vértice; si en cambio el Estado en un primer momento es identificado con la

⁹⁸ Bobbio, Norberto.- Op. Cit. pág. 99s.

⁹⁹ Ibidem.

organización de un poder concentrado, pero luego se introduce otra distinción entre poder coactivo, el cual utiliza la fuerza para hacerse valer, y poder de las palabras, poder del gesto, de los símbolos, es posible sostener que solamente son sociedades políticas las primeras"¹⁰⁰.

Con todas las consideraciones anteriores, se tiene como consecuencia, que el carácter social, es un aspecto conceptual, que en la práctica es inseparable de lo político.

1.3.1.2.- Aspectos políticos.

Referimos al inciso en comento, nos lleva a no olvidar el concepto latino de "ordo"; concepto clásico de *orden* y *organización* en toda sociedad; por tanto no podemos entender uno sin el otro, ya que mutuamente se incluyen. Así en la diversidad de tendencias organizativas de los pueblos, la presencia de orden y de necesidades comunes e individuales, han marcado su forma específica de integración, como lo expone JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ:

"El orden político de la Edad Media y parcialmente también de la organización político-territorial al inicio de la Edad Moderna se caracteriza por la existencia de un pluralismo de centros limitados y limitadores de la decisión política, sobre los que no se articula una organización política superior, sino un cosmos integrador. La sociedad posee carácter político, de tal manera que la situación posesoria de hecho, la familia, o el trabajo mismo se constituyen - a través del feudo, la corporación gremial o el estamento social- en elementos de la vida política. Son en sí políticos. A esta concepción integradora de la "*societas civilis*" y del "*imperio*", se opone el proceso de desligamiento Estado-sociedad por medio de la continua y creciente concentración del poder en una persona o en una institución determinada, característico de la Edad

¹⁰⁰ *Ibidem*.

Moderna. Competencias judicial y jurisdiccional, desarrollo de la facultad legislativa, ejercicio de la soberanía y del mando sobre policía y ejército son diversas expresiones del proceso de monopolización de la decisión política..."¹⁰¹

De esta forma, la participación ciudadana en las actividades simbióticas de Estado sociedad, viene a ser la razón de ser del derecho que *"se institucionaliza en el artículo 6 de la Declaración de 1789, con la participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo por medio de sus representantes. Es decir, la exigencia y el reconocimiento de la intervención de la sociedad en el Estado a partir de la sociedad misma"*¹⁰² El ejercicio de Derechos Humanos y las mínimas exigencias del orden público, en el marco del libre desarrollo de las estructuras sociales, son elementos que llevan a las libertades exigidas por la participación ciudadana, de naturaleza política; sin embargo con las características de actuación del gobierno, con los marcos económicos actuales *"no se actualiza la efectiva participación del ciudadano en la comunidad"*, por tanto el bien común interactuado entre Estado-gobierno y sociedad, debe ser la característica política de la búsqueda y lucha por su integración e interacción, como lo expresa Beneyto:

"Reconocer expresamente el carácter político de la actividad humana y de la acción de los grupos sociales, dotando a la libertad de lo que es específico y propio de lo político: *el interés público*. Reconocer, en definitiva, la peculiar estructura dialógica de la libertad humana, íntimamente unida a su incidencia en el medio social: la libertad se realiza *en y para* la sociedad, es decir, posee un eminente interés general"¹⁰³.

La política entendida como la participación de la sociedad en su autorregulación en forma directa o bien mediante la representación, siempre será característica de todo actuar humano y en consonancia, solo separable de lo

¹⁰¹ Beneyto Pérez, José María.- Dialéctica Estado-Sociedad y "Politización".- Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.- UNAM, México 1982, tomo II, pág. 163.

¹⁰² Beneyto Pérez, José María.- Op. Cit. pág. 165.

¹⁰³ Beneyto Pérez, José María.- Op. Cit. pág. 171.

social desde el punto de vista conceptual, pues la realidad objetiva rebasa lo virtual y lógico.

1.3.1.3.- Aspectos jurídicos.

A pesar de que la doctrina contempla los elementos, que son propios y característicos de un ESTADO identificados como: Territorio, Población, Gobierno y Soberanía, sin embargo vemos que los textos constitucionales, siempre al referirse al Estado, nos llevan a la consideración directa, desde el punto de vista administrativo, sobre un aspecto, incoado en el ejercicio del gobierno y con él toda la estructura.

Es inevitable hoy hacer referencia a la permanente conceptualización de los elementos mencionados en el párrafo anterior, pues la organización moderna, con la participación cada día mayor de sus individuos integrantes, en forma por demás arrolladora, sobrepasa la realidad conceptual tradicional, por medio de acciones conjuntas soportadas con valores culturales, sociales, políticos, educativos, religiosos, deportivos, entre otros, enmarcados en el entorno globalizante, que por demás trata de ignora la validez y alcances de los límites jurídicos, dejándolos en cuestionamientos de subsistencia y permutándolos por instancias de arbitraje convencional.

En nuestro País el artículo 49 Constitucional, es el principal fundamento del Estado, cuando establece la división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como formas de llevar a cabo la administración integral y a través de una plena colaboración.

Mención especial, como relacionados con el presente subtema, merecen los comentarios de **FERNANDO LASALLE**, sobre la validez de la Constitución, en un mundo donde la base de relación entre Gobernantes y Gobernados, se convierte en un documento de papel, distinto de una Constitución real, sujeta a la influencia y observancia de las **fuerzas reales de poder**, que toman como

parapeto de sus intereses dicho documento, con el fin de continuar en su status de dominio, en el marco de un fenómeno de pseudoconstitucionalismo¹⁰⁴.

Hoy en día el aspecto jurídico, se ve como la base irremovible, en una perspectiva encaminada a adquirir una realidad de eficacia valorativa, sobre la advertencia de quedar fuera de toda evidencia operativa jurídica.

1.3.2.- El Estado de Derecho.-

Con el conjunto de exposiciones anteriores, que he tenido oportunidad de llevar a cabo, me inclino a comentar, que el estado de derecho, en un tiempo calificado como la búsqueda de la felicidad, u otro concepto disímbolo, hoy se puede describir como que:

"Su fundamento es la constitución, concebida como el pacto celebrado por el pueblo soberano y reconocida como la ley suprema. La supremacía de la constitución permite que su contenido limite la esfera de actuación de los gobernantes y fije los derechos y las obligaciones de los gobernados. El gobierno se entiende como una comisión dada a los gobernantes por el pueblo, quien puede revocarla si considera que aquellos no cumplen con su encargo"¹⁰⁵.

O bien puede ser válido el concepto vertido por el Dr. Tamayo y Salmorán, quien describe el concepto de Estado de Derecho en relación con la Constitución, de la siguiente manera: *"...la constitución deja de ser un contrato de gobierno (pactum subjectionis) y se convierte en el instrumento de la comunidad que institucionaliza el ejercicio del poder... Los fines de la institucionalización del poder no son ventajas recíprocas, como en el caso del contrato en que se fijaban condiciones en base a las cuales el gobernante ejerce el poder, sino fundan el principio que lo legitima"*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Lasalle, Ferdinand.- ¿Qué es una constitución?.- Coyoacán, México 1997, págs. 60 y 98.

¹⁰⁵ Caballero, José Antonio.- Op. Cit., inciso D.

¹⁰⁶ Tamayo y Salmorán Rolando.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 1998.

Desde luego que en el contexto del Estado de derecho, también es oportuno tomar en consideración el pensamiento de ZIPPELIUS, quien se basa en el concepto de *NACIÓN*, bajo la siguiente perspectiva: La existencia de una nación depende de *"la comunidad de origen; la comunidad cultural; la comunidad de destino político; y el sentimiento de pertenencia nacional"*, dicho autor aclara que ninguna de las cuatro figuras mencionadas, puede considerarse definitiva e indica que una nación, también puede ser caracterizada por una combinación de las cuatro¹⁰⁷.

En este sentido también el Dr. Caballero, cita el caso de la Declaración de Delaware, que expresa: *"todo hombre libre, que tenga reconocido interés por la comunidad, tiene derecho de sufragio"*¹⁰⁸, estableciendo una condición activa para reconocer el derecho de participar en la formación de la voluntad general.

Situación similar, también se contiene en el siguiente párrafo del mismo autor:

"La formación del Estado de derecho, no puede ser observada desde una perspectiva unidimensional. Se trata del resultado de una conjunción de procesos históricos y desarrollo de las ideas. La profunda reforma producida en el derecho desde el siglo XVI, sin duda permitió obtener las bases técnicas para su funcionamiento. La mezcla de los avances técnico-jurídicos con las ideas racionalistas del derecho natural, produjo no solo la noción de una sociedad en la que debía garantizarse al hombre la posibilidad de ser feliz, sino que determinó los medios a través de los cuales esto se lograría. Se legitimó el ejercicio del poder, pero al mismo tiempo se limitó su ejercicio. Además se introdujo un mecanismo que permitió separar el poder legítimo mediante la división de competencias (o división del poder). Un mecanismo adicional para asegurar que el poder no obstruyera a los gobernados, se adoptó bajo la forma de los Derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Zippelius.- Apud Caballero, José Antonio.-Op. Cit., inc. D.

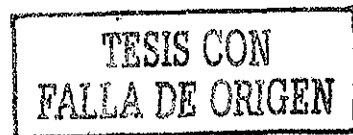
¹⁰⁸ Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware.- 11 de septiembre de 1776.

La ley como producto del poder legítimo, se convirtió en el instrumento a través del cual se trazó la estructura del Estado y se reguló la actividad de sus elementos. En consecuencia, fue necesario vigilar que se aplicara. A partir del principio de supremacía de la constitución, se garantizó el imperio de la ley dentro del Estado como una garantía de que el derecho existente, sería aplicado en los términos que el mismo establecía. Es decir, se estableció el Estado de Derecho¹⁰⁹.

De esta manera se puede observar, que para hablar del Estado de derecho, implica llevar a cabo diferentes consideraciones, dentro de las que sobresale el marco de la situación jurídica, filosófica, social, política y económica entre otras; la necesidad de tomar sin temor ni vacilación alguna tal concepto desde el punto de vista organizativo, sujeto a un espacio y a un tiempo, que fragua la ideología y formas de pensar del grupo humano que lo integra, afecta valores socio-políticos, religiosos, y económicos, tal como lo expresa Jaime Cárdenas Gracia, citando al autor español Pablo Lucas Verdú, en el siguiente párrafo:

“Todo Estado de derecho debe contar al menos con los siguientes elementos: 1) Primacía de la Ley; 2) Sistema jurídico de normas; 3) Legalidad en los actos de la administración; 4) Separación de Poderes; 5) Protección y garantía de los Derechos Humanos; 6) Examen de la constitucionalidad de las leyes”¹¹⁰.

Sin el convencimiento pleno, de haber presentado en forma exhaustiva el contenido del primer capítulo del trabajo de investigación, sí quiero expresar que aquí se han vertido elementos para una mayor reflexión sobre el concepto-fenómeno, conocido como Estado, en sus dimensiones de Derecho, Liberal o Nacional.



¹⁰⁹ Caballero, José Antonio.- Op. Cit., inciso D.

¹¹⁰ Cárdenas Gracia, Jaime.- Una Constitución para la democracia; Propuesta para un nuevo orden constitucional.- IIJ-UNAM, México 2000, pág. 22.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Como ha sido posible conocer, a lo largo y ancho de la geografía y del tiempo universal, *el estado* se ha percibido siempre, como un resultado o elemento característico (objetiva o subjetivamente) de la naturaleza humana, del ser humano, del *hombre* con todas sus ventajas y limitaciones, desde cualquier punto de vista que se le quiera observar: biológico, psicológico, social o espiritual. Unas veces dando mayor relevancia a alguno de dichos elementos, otras en alguno distinto, pero al fin de todo siempre es una necesidad organizativa.

SEGUNDA.- Tampoco puede descartarse la consideración de unificar los conceptos de Estado y Gobierno, en una simbiosis, que ha dado pie a fenómenos de organización, que han ido desde el absolutismo, hasta el esfuerzo social por establecer la democracia participativa de los elementos que integran el devenir social.

TERCERA.- Si hoy quisiéramos atribuir bondad o validez a las formas de estado, que han devenido históricamente en los contextos culturales y geográficos, pecaríamos de ingenuos, pues no existe un parámetro único, general y universal que nos pueda dar tal punto de vista, por consiguiente cada forma de organización social que hemos constatado, tiene sus garantías y límites históricos, al grado de que podemos decir, parafraseando la sabia conseja: *el pueblo tiene el tipo de gobierno que se merece*, de la siguiente manera: *Los pueblos han tenido, tienen y tendrán el tipo de organización política que les permitan su cultura, su decisión participativa, acordes con las circunstancias geopolíticas que les caracterizan*".

CUARTA.- Por tanto las diversas teorías sobre el Estado, deberán estar abiertas y serán consecuentes con los grados conscientes de evolución, en relación estrecha con el tiempo y circunstancias en que se elaboren. Esta exigencia, la percibimos cuando en los medios de exposición, comentarios e investigación, se manejan elementos como los que el Dr. Mario Agüero Aguirre,

presenta en su conferencia magistral sobre el paradigma de la globalización económica, fenómeno desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial, en su obra: *"Hacia el Tercer Milenio: el Capitalismo Globalizador y sus efectos"*, (La transformación del concepto Estado-nación, uno de los efectos llamado globalización):

"De lo que se trata es de crear un nuevo sistema de organización mundial con la imposición de nuevas reglas, sin que los países subdesarrollados tengan opción. Esto representa un gran reto para la mayoría de los países que están siendo incorporados a este nuevo modelo de organización mundial dentro del cual se asigna un papel secundario a los gobiernos nacionales, quedando como simples instrumentos para asegurar la apertura y el libre funcionamiento de los mercados, sin respetar la soberanía ni la cultura de las naciones e imponiendo una nueva forma de ser y hacer".

QUINTA.- La función específica del Estado, será el problema teórico de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

SEXTA.- Se toma como punto de partida la idea de que el ordenamiento jurídico está funcionando en un Estado social de Derecho, donde se considera al individuo con su realidad integral, es decir de manera distinta a la consideración del individuo ideal del estado liberal clásico.

El Estado, entonces, se interna en la sociedad y expande en el ámbito de la Constitución; contribuye con la sociedad en su organización y desarrolla su contenido, para que ambos, sean de real utilidad en el logro de la convivencia pacífica y próspera entre los ciudadanos.

SÉPTIMA.- Los principios de la constitución del Estado Social de derecho, son nominalmente los mismos del estado liberal clásico, pero su connotación es diferente, dentro de esta perspectiva el estado influye con más cercanía a la sociedad que gobierna, sin abolir los logros de las libertades de los ciudadanos.

OCTAVA.- Las ideas centrales se encuentran en los siguientes conceptos:

El estado se interesa en el mejoramiento de la cultura de los juristas, en relación con el conocimiento de las herramientas de que ahora dispone lo civil,

con miras hacia una aplicación más eficiente de los derechos fundamentales: Libertad, Igualdad y Autonomía pero entendidos dentro de un contexto real diferente.

NOVENA.- El concepto de autonomía en lo constitucional se entiende y funciona de manera diferente al ámbito de lo privado. Los mecanismos de ponderación difieren según el campo del derecho competente para cada caso. Los presupuestos ideológicos de los juristas contribuyen a determinar con qué estructura procesal se trabaja. La teoría de ponderación parte de la consideración de la relación de desigualdad entre las partes. Los métodos de aplicación son básicamente el de la Aplicación Mediata o Indirecta, y la Aplicación Inmediata o Directa.

DÉCIMA.- No se puede negar que el panorama descrito, hoy se encuentra en tela de juicio, y es en este consenso cuando encontramos cuatro direcciones importantes, sobre el concepto de estado.

DÉCIMA PRIMERA.- El estado LIBERAL, se concibe hoy con elementos como la garantía jurídica de las libertades individuales y la división de poderes. El individuo es preeminente sobre cualquier fenómeno social o de otra índole. Es la oportunidad para el *laissez faire et laissez passer*, como excesivo culto a la libertad, sin tomar en cuenta la realidad social o grupal.

DÉCIMA SEGUNDA.- El estado DEMOCRÁTICO promotor de la igualdad entre los pobladores, organizado por un gobierno representativo de todos los ciudadanos. Es la panacea de corrientes muy disímiles y en ocasiones opuestas entre sí, presentándose como representativas del pensamiento helénico o renacentista.

DÉCIMA TERCERA.- El estado SOCIALISTA formado por hombres con "espíritu de clase", es promotor de la igualdad social, propiedad colectiva, dentro del marco del Materialismo histórico y con bases en el fenómeno económico-social de la plusvalía, que provoca sujeción y manipulación en el área laboral y política.

DÉCIMA CUARTA.- El estado ÉTICO, se realiza con una tendencia hacia la unificación moral del pueblo, con la inclusión de valores característicos de los grupos con elementos teleológicos y de sublimación.

En este último sentido Jurgen Habermas escribe: *“Las diversas tendencias a la globalización del tráfico, de los contactos y de las comunicaciones, de la producción económica y de su financiación, de las transferencias en tecnología y armamento, del comercio de drogas y de la criminalidad, y sobre todo de los peligros tanto estratégicos como ecológicos, nos confrontan con problemas que ya no pueden solucionarse dentro del marco del Estado nacional”*.

CAPÍTULO II

" REALIDAD Y FUNDAMENTO DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA"

INTRODUCCIÓN; 2.1.- El fenómeno constitucional, consensual; 2.1.1.- De Grecia a Roma; 2.1.1.1.- Grecia; 2.1.1.2.- Roma; 2.2.- Precisión jurídica del fenómeno constitucional; 2.2.1.- La Constitución como colección de mandatos y reformas Normativas; 2.2.2.- Proceso de consenso en Ley Fundamental; 2.2.3.- Fenómeno constitucional a partir del siglo XVIII; 2.3.- Elementos socio-jurídicos de una Constitución; 2.3.1.- Aspectos políticos; 2.3.2.- Aspectos sociales; 2.3.3.- Aspectos jurídicos; CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.-

Hablar de una constitución política, conlleva a tomar en cuenta los presupuestos naturales que, toda organización o estructura en la que el ser humano interviene posee o bien ha tomado, como base de su propio ser; este es el evento de la formación de un Estado: De manera especial es conveniente analizar los elementos que le dan estructura, y a la vez le dan su propia forma y realidad, como son: la ubicación geográfica, conocida como *territorio*; la *población* o elemento generador actuante con base en el elemento anterior; y el *gobierno* como administrador o rector de los dos elementos precedentes; a estos primeros elementos, se puede añadir uno más, sujeto a discusión sobre su validez y ámbito de realidad que es la *soberanía*.

Desde luego que como elementos estructurales, que se describen en el uso y manejo del concepto actual, van a originar la mejor de las realidades organizativas: el *Estado*. Estos elementos, encuentran su garantía de realidad, en el *marco jurídico*, que en el devenir de su desarrollo integral, se convierte en su *norma fundamental*, sobre la cual tendrá que sostenerse su estructura jurídica, social, política, económica. o de cualquier otra índole, como base y característica del estado nacional o de derecho; elementos que deben responder a las exigencias del momento, como necesidades históricas de la sociedad, que deviene en sujeto beneficiado en un interés recíproco, ya que a la vez, tal

ordenamiento fundamental, es signo de su origen y garantía para la misma norma fundamental.

La estructura social del Estado, descrita anteriormente, incluye los elementos señalados por la **Sociología jurídica**, como interesada en la búsqueda de las causas y efectos¹¹¹ del fenómeno jurídico en los grupos, sean primarios o secundarios¹¹², *por cuanto incluye características que involucran el desarrollo de los integrantes de la población, considerados desde un punto de vista externo al mismo ordenamiento jurídico, individual o bien colectivo, según los diversos quehaceres impuestos por el devenir ingente, inevitable y natural de la población.*

La estructura política, se refiere a una de las finalidades del Estado, que es el bien común, como objetivo directo del elemento gobierno y en él, la de todos sus organismos, a través de los cuales administra, rige y controla a la población, dentro de un marco geográfico natural, como ámbito de aplicación y vigencia. Esta nota distintiva, consensual, consciente o no, siempre ha estado presente en las organizaciones, ya primitivas o bien desarrolladas, al margen de la geografía política o del tiempo; así desde Grecia o Roma¹¹³ en occidente y los mismos pueblos orientales, siempre han manifestado su esencia y contribución firme al resto de la humanidad: la *cohesión grupal* bajo una guía de dirección, como lo ha sido la forma de dominación cultural; de bien común¹¹⁴; de seguridad y de normatividad equilibrada.

Con base en el marco anterior, presento la influencia que tiene la realidad y estructura económica, pues en forma inevitable, establece y controla los recursos propios de la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios, como satisfactores necesarios para la vida de quienes dan realidad y forman parte del estado, procurando el equilibrio entre los diversos intereses, que se dan dentro del esquema normativo del Estado. Hoy en día, los tratados

¹¹¹ CORREAS OSCAR.- "Introducción a la Sociología jurídica".- Coyoacán.- México, 1992, pág. 23

¹¹² CARBONNIER JEAN.- "Sociología jurídica".- Tecnos.- Madrid, 1982, Págs. 15 y 16.

¹¹³ ARISTÓTELES.- "La Política".- Austral, No. 239.- México 1991, pág. 23.

¹¹⁴ GONZÁLEZ URIBE HÉCTOR.- "Teoría Política".- Porrúa.- México 1992, pág. 161.

globalizadores que pactan los diversos estados, celebrados con base en los Derechos Humanos, con motivo de mutua colaboración, libre comercio, entre las razones más importantes que motivan dichos documentos, provocan un influjo representativo tanto en la naturaleza, como en la eficacia de cualquier orden jurídico establecido; a la vez exigen su revisión y actualización constante, a fin de que el desarrollo, no se margine de las garantías contenidas en el documento jurídico fundamental de cada entidad participante.

Es así como en el presente trabajo, me enfoco hacia una perspectiva sobre el fenómeno socio-jurídico, con una serie de datos e información, relacionados con el tema, a la vez que actualizados, a fin de poder enriquecer la concepción fundamental y político-jurídica del documento fundamental de un estado moderno. Posteriormente y en forma enunciativa presento algunas de las consideraciones, sobre las que se puede identificar con mayor precisión al fenómeno constitucional, en un estudio que incluye el desarrollo del proyecto como norma constitucional; de esta forma concluyo con el análisis de los elementos, que caracterizan de facto o de iure al documento fundamental, para llegar a una tarea comparativa con la organización y estructura jurídico-política en México.

2.1.- EL FENÓMENO CONSTITUCIONAL CONSENSUAL.

Con la expresión de *fenómeno Constitucional consensual*, me refiero tanto a un proceso, como a una situación dada que poco a poco se ha ido precisando, sin ser despojada de los datos, que paulatinamente han conllevado a la definición del concepto, expresado por el término CONSTITUCIÓN.

Dentro del proceso de fijación y delimitación, sobre el contenido del concepto **constitución**, ha desempeñado un papel muy importante el juego de los usos, *"que generalmente señalan hechos, ideas, o actitudes que han*

*moldeado el pensamiento sobre la constitución*¹¹⁵, sobre todo en cuanto es garantía para una realidad conocida como una *comunidad política*¹¹⁶.

En este sentido, es indispensable averiguar el concepto originario de la palabra; en primer lugar tomo como punto de partida el criterio de que *"al conjunto de cosas que las palabras nombran, se identifica como 'el campo de aplicación de una palabra'*, dentro del cual puede originarse un uso paradigmático o significado originario, ya que surge cuando cierto objeto o acontecimiento aparece por primera ocasión, por la necesidad de ser nombrado se acuña una palabra o una expresión; o bien se origina un uso específico, como cuando a una palabra, ya existente, se le da un nuevo uso¹¹⁷.

Al tratar de exponer el concepto paradigmático de **Constitución**, me es obligado tomar en cuenta el concepto y contenido del fenómeno conocido como *πολιτεία* entre los griegos, como antecedente natural del término CONSTITUCIÓN; a la vez ello me impele a relacionar también, dicha realidad jurídica, con el fenómeno de la CODIFICACIÓN, tomada esta, como forma de recopilación normativa; proceso que históricamente puede referirse a la época de Justiniano, sin desconocer los antecedentes en el Derecho Romano, y en la Ley de las XII TABLAS; sin embargo en forma más precisa, la puedo ver objetivada en tiempos posteriores, con los documentos obtenidos por las cortes o estamentos, además de la actividad del clero, a través de la presión que cada uno ejerció sobre el soberano en turno, en diferentes partes del territorio de la Europa, entonces conocida. No se puede olvidar la fase de los fueros o privilegios conseguidos por escrito, que garantizaban las estructuras y garantías para los firmantes; ejemplo de estos pactos, entre otros, está la Carta Magna de Juan sin Tierra en el año de 1215, considerada a la vez por los ingleses como la primera constitución y la fuente de las libertades de los hombres¹¹⁸.

¹¹⁵ MAYER J. P.- Trayectoria del pensamiento político.- Fondo de cultura Económica, México 1961, pág. 4.

¹¹⁶ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, México 1998, pág.19

¹¹⁷ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 21

¹¹⁸ DE LA CUEVA MARIO.- Op. Cit. pág.36.

De igual manera, si bien he de admitir que *Estado y Constitución*, en la doctrina jurídica forman un binomio inseparable, motivo por el cual, al presentar elementos del primero, obviamente se dan perspectivas de la segunda, como ha sucedido en el capítulo anterior; en tal caso es oportuno recordar la presencia y actividad de grandes legisladores, que en pueblos diferentes y épocas distintas, dejaron huellas de la estructura normativa, que hoy podríamos asemejar con el fenómeno constitucional, tales son los casos de Pericles, Solón y Licurgo, en Atenas y Esparta; sin embargo aquí presento información, que a mi modo de ver, puede cambiar en forma específica con cada realidad histórico - geográfica.

2.1.1.- De Grecia a Roma.

Si bien el término CONSTITUCIÓN, en su uso y concepto actual, es relativamente reciente, dentro de la investigación presente, conviene tomar en cuenta la información documentada, que la cultura ofrece dentro de su ámbito, y si bien su contexto histórico-geográfico, en ocasiones es incomprendido o inexplorado, sin embargo por sus características y elementos hoy calificados como elementales y simples, no por ello dejan de ser muestra del avance en su organización y su administración; esa situación para las nuevas generaciones presenta rasgos muy diversos, con perspectiva natural o humanizada para las generaciones, que encuentran canales o alternativas respecto de una administración de la comunidad actual. Con este marco exploraré información sobre la comunidad griega y romana.

2.1.1.1.- GRECIA..-

El Pueblo Griego en su organización y administración, se caracterizó por su democracia, pudiendo distinguirse los siguientes elementos en relación con el documento fundamental, que hoy identificamos como CONSTITUCIÓN:

a) En Grecia, pueblo sobre el cual dispongo de mayor información, el término que hace referencia a CONSTITUCIÓN, es el de πολιτεια, como se puede constatar en un texto de Aristóteles, en el que expone las instituciones políticas, observadas por él, en un gran número de πολιεις griegas o bárbaras, este documento se conoce como Αθηναιον πολιτεια, traducido como "La constitución de Atenas", en él, "analiza la forma y estructura del gobierno y administración de Atenas"¹¹⁹, aludiendo a algo propio de la comunidad política (φυσις)¹²⁰ e independiente de la legalidad .

b) "πολιτεια, es un término que abarca todas las innumerables características, que determinan la peculiar índole de la πολις"¹²¹, como un compuesto de ciudadanos, dentro de una diversidad natural, similar al uso que hacemos de la expresión *constitución de un individuo* (organismo humano); por tanto es más que un concepto político y es la total sociedad y civilización del Estado Griego, esto es **una comunidad**, incluyendo al gobierno. De esta forma "la identidad de la πολις reside en su constitución"¹²², (manera de ser, o manera de organización), un: "significado de la manera de ser de la última (πολις), la manera de que está compuesta: su estructura, su funcionamiento"¹²³.

c) πολιτεια, representa una relación muy estrecha con la πολις, considerada ésta como un conjunto de ciudadanos organizados, en virtud de que cualquier ciudadano realiza una función, siendo así un *funcionario de la πολις*, por ello πολιτεια, equivalía a la determinación de las funciones de los ciudadanos dentro de la organización, convirtiéndose en un esquema de o para la πολις. La Πολιτεια funciona como un patrón, como un plan, según el cual la πολις se encuentra arreglada¹²⁴, particularmente los papeles que juegan los ciudadanos, las funciones ciudadanas (magistraturas, electores, jueces,...), incluyendo su

¹¹⁹ Trabajo citado Apud Tamayo Y Salmorán Rolando.- Op. Cit. pág. 24.

¹²⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO.- Op. Cit. pág. 24.

¹²¹ MCILWAIN CHARLES H.- Apud Tamayo y Salmorán Rolando.- Op. Cit. pág. 26.

¹²² BARKER ERNEST.- Political thought of Plato and Aristotle, Apud Tamayo y Salmorán Rolando.- Op. Cit. pág. 27

¹²³ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op Cit, pág. 27.

¹²⁴ BARKER ERNEST.- Apud Tamayo y Salmorán Rolando .- Op. Cit. pág. 29

finalidad como comunidad política¹²⁵. Evidenciando diferentes ideales y maneras de vida de las *πολις*, y por lo tanto, también diferentes constituciones¹²⁶.

d) *πολιτεια*, también equivale a "Un esquema gubernamental ideal", o modelo para la *πολις*¹²⁷, Sócrates la describe, en el *Panatenáico* y en el *Aeropagítico*, como "alma de la *πολις*"; Platón, a su vez, la describe como que "Toda nuestra *πολις* es una imitación de la vida mejor y más notable"¹²⁸. Este estilo de vida, según Aristóteles, lleva a la *πολις*, a una sociedad ética y hubiera sido difícil para cualquier hombre, actuar contra el *εθος* y los hábitos de su *πολις*¹²⁹.

e) De igual forma, *πολιτεια*, también incluye los conceptos de: "administración" o "gobierno", tanto cuando se refiere a la actividad de Pericles, como a la de Temistocles, quien buscaba la ruina del Consejo: "... a los aeropagitas se les mostraría dónde se encontraban gentes reunidas para destruir la constitución", texto en el que constitución significa: "El régimen o administración que dirige o gobierna la *πολις*"¹³⁰.

f) *πολιτεια*, así mismo, implica una ley (*νομος*) en Atenas, como en la *Constitución de los cuatrocientos*, votada en 411 a de C. y transcrita por Aristóteles: "Los cien comisarios, electos por los cinco mil, *redactaron* entonces esta constitución. Cuando ella estuvo *ratificada por el pueblo*, bajo la presidencia de Aristómacos..."¹³¹. Aclaro, que **ésta es la Primera ocasión en que aparecen las figuras de redacción y ratificación popular**, aún cuando hubiera sufrido varias modificaciones, como las de Solón, Dracón, Pisistrato y Clisthemnes, entre otros.

No hay que olvidar que, *πολιτεια*, también llega a expresar un conjunto de leyes a la manera de una "*legislación*", especialmente con la actividad de Solón

¹²⁵ ARISTÓTELES.- Política. Apud Tamayo y Salmorán,- Op. Cit. pág. 29.

¹²⁶ ARISTÓTELES.- Ibidem.

¹²⁷ MATHIEU, C y HAUSSOULLIER, B.- Apud Tamayo y Salmorán,- Op. Cit. pág. 29.

¹²⁸ Op. Cit. pág. 29.

¹²⁹ BARKER ERNEST.- Apud Tamayo y Salmorán Rolando.- Op. Cit. Pág. 30.

¹³⁰ ARISTÓTELES.- "Const. Ath" XXV,3.- Apud Tamayo y Salmorán,- Op. Cit. pág. 30

¹³¹ Ibidem.

"... ellos acordaron elegir a Solón como árbitro y arconte y le confiaron la tarea de establecer la constitución"¹³². Este texto, es un signo de que a Solón se le encargó el cambio de estructura de Atenas, en cuanto a "reformas judiciales, reformas monetarias, reforma de las magistraturas, reforma de la estructura de los barrios y de las clases censitarias; lo cual implica un conjunto de leyes"¹³³.

g) πολιτεια, también representa un tipo de legislación especial: "Solón estableció una constitución y publicó otras leyes"¹³⁴, entre las cuales puede insistirse sobre las clases censitarias y el reparto del cuerpo de ciudadanos en cuatro clases, según su renta gravable, como elemento primario de la estructura comunitaria¹³⁵.

h) De igual manera, πολιτεια, es una regla de competencia o descripción de la πολις, a manera de una estructura total, según los comentarios de Haussoullier: "comprendiendo la distribución de los ciudadanos en tribus o barrios y las distintas funciones de los magistrados basada en las diferentes leyes (νομοι), así como en las antiguas tradiciones de los ancestros (νομισματα)"¹³⁶.

En síntesis, podemos expresar en palabras del Dr. Rolando Tamayo y Salmorán:

Entre "los griegos, la πολις era concebida como una comunidad ética, donde había un interés común, sin embargo, las πολιεις griegas se encontraban fuertemente estructuradas por el derecho, y no por vínculos personales o por la sumisión común a la voluntad de un individuo. Eran realmente un vínculo asociativo (κοινωνια) en la que νομισατα (las normas no escritas) como, en general, νομοι (el derecho escrito), eran decisivos. Aunque la constitución (πολιτεια) es la forma de ser de la πολις, esta

¹³² Aristóteles.- "Const. Ath." 1,2.- Apud Tamayo y Salmorán.- Op. Cit. pág. 31.

¹³³ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág. 31.

¹³⁴ Aristóteles.- "Const. Ath." VII,1.- Apud Tamayo y Salmorán.- Op. Cit. pág. 32.

¹³⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág. 33.

¹³⁶ Mathieu, C y Haussoullier, B.- Introduction, en Constitution d'Athenes, a/f Collection Belles Lettres, París, pág. 1.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág. 33.

constitución contiene, primordialmente, elementos que, de manera habitual, reconocemos como jurídicos (costumbres, pactos, leyes,...) específicamente leyes, leyes de habilitación o competencia o, al menos, leyes que determinan el papel (socialmente relevante) de los individuos en la πολις¹³⁷.

2.1.1.2.- ROMA.-

En orden de sucesión no tanto cronológica, sino más bien cultural, con relación al occidente del mundo conocido, encontramos la siguiente información:

En Roma, el término CONSTITUTIO, que es el más cercano a la expresión usada en castellano, tiene raíces en el verbo latino constituere, atribuyéndole significados variados como: *Fundar, levantar, construir, constituer*¹³⁸, vocablos cuyo significado en ocasiones, incluye algunos usos, como: *Estado, carácter, forma de ser de algo, orden, organización, norma, ley, ordenanza* y en especial dentro de la jerga jurídica, el uso de "*crear una situación, relación u obligación jurídica*"¹³⁹. Así el nombre de *constitutio*, se va a referir a un acto legislativo en general o su resultado¹⁴⁰. Por ello *constituere iura* significa 'establecer normas', expresión referida a todo tipo de actividad legislativa (del *populus*, del pretor, del Senado, del emperador y de los juristas), incluso de la costumbre jurídica (*ius moribus constitutum*) en la época del Imperio.

Con base en la realidad mencionada y con posterioridad temporal o histórica, el Digesto contiene la siguiente máxima; 1.4.1 "*quod principi placuit, legis habet vigorem*" (lo que el emperador ordena tiene fuerza de ley); Igualmente

¹³⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág. 34.

¹³⁸ Blázquez Fraile, Agustín.- "Diccionario Latino-Español.- Sopena.- Barcelona 1967, t. I, pág. 461.- Apud Tamayo y Salmorán.- Op. Cit. pág. 57.

¹³⁹ Berger, Adolf.- "Encyclopedic Dictionary of Roman Law".- The American Philosophical Society.- Philadelphia, 1968, pág. 409.- Apud Tamayo y Salmorán.- Op. Cit. pág. 38.

¹⁴⁰ Azara, Antonio y Eula, Ernesto.- Novissimo Digesto Italiano, UTET, Turín 1964, t. IV, pág. 1052.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.38.

con motivo de la *constitutio antoniana de civitate*, el término *constitutio* significa 'estatuto de una civitas'¹⁴¹.

Para presentar la evolución del significado en el término *CONSTITUTIO*, incluyendo la expresión de *res publica*, como conjunto de ciudadanos organizados, de cuya voluntad se originaba la *civitas* mediante *leges*¹⁴², como determinación específica del *populus*, que es la razón de uso que origina y soporta la expresión de Cicerón: "*Senatus populusque romanus intelligit*", transcribo el texto del Dr. Tamayo¹⁴³:

"En Roma, en un principio, se presenta un problema similar al de Grecia. Roma es, sin duda, una *πολις* (*civitas*) la cual tiene una manera de ser (*res publica*). *Πολιτεια*, para los romanos, equivale a *res publica* que, a su vez, es igual a *comitia* que significa 'el conjunto ordenado y estructurado de los ciudadanos (*cives*) que constituyen un cuerpo político'¹⁴⁴.

La comunidad política *πολις*, de la época griega, es el punto de partida de la evolución del derecho romano. Roma no es, en su origen, sino una *πολις*. Para los primeros romanos la *comunidad* fuese *res publica*, o *civitas*, siempre se refiere al conjunto de personas que la componen: la comunidad política, entonces, eran los propios ciudadanos. De ahí que no conocían para la comunidad política, más nombre que el conjunto de ciudadanos, *populus romanus*. *Res publica* expresión que equivale a: *res populi*¹⁴⁵. En este sentido, *res publica* designa, como *πολιτεια* en Grecia, la reunión de ciudadanos, su asamblea, su organización concretizada a través de los *comitia*: término que proviene de *com-ire* = reunirse. *Res publica* era así, el conjunto de individuos constituidos en grupos; entre el Estado y los

¹⁴¹ DIGESTUS.- 1.4.1 GAYO Institutionum 1.5.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.38.

¹⁴² TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.39.

¹⁴³ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.39 y 40.

¹⁴⁴ Πολιτεια. αζ: Res publica. (Cfr. Diccionario Griego-Español.- t. I, pág. 462).

¹⁴⁵ KUNKEL WOLFGANG.- Historia del Derecho Romano.- Ariel, trad. por Juana Miguel, Barcelona 1966, pág. 25.

ciudadanos, existe la misma relación que entre la *gens* y los *gentiles*... Así, en un principio *constitutio* significaba algo muy distante a πολιτεια.

Si la forma de ser de la *civitas*, no era sino la forma de ser del *populus romanus*, entonces, la forma de ser de la *civitas* es, justamente, la que el *populus* ha establecido. Haciendo a un lado el problema del *mores maiorum*, cabe señalar que el *populus* establecía la forma de la *civitas* mediante *leges*: "*lex* es lo que el pueblo ordena y ha establecido"¹⁴⁶. Por ello dice Rehm que el pueblo, y únicamente el pueblo, es la fuente del derecho. La asamblea es el Estado; no meramente el órgano del *populus*, sino el *populus* mismo...

¿Qué es lo que hizo *República* a Roma, que así se opone a la Roma del Imperio? ¿En qué se distingue una del otro? ¿Cuál era la estructura o forma de ésta o aquella? Ambas tienen diferente *constitutio*. Así, por ejemplo, Cicerón, como señalé, habla de *Reipublicae Constitutio* para indicar el orden o la forma de la comunidad Romana. *Constitutio*, en cierta medida corresponde a πολιτεια, aunque no connota todo lo que el término griego implica.

En la Roma republicana, la creación de la *lex* suponía la intervención de varios órganos (cónsul, senado), así era parte de su *constitutio*. 'Sin embargo, el poder supremo del *princeps* fue poco a poco ganando terreno a la *constitución* republicana"¹⁴⁷

La actividad legislativa del emperador, se consolidó a principios del siglo II después de Cristo, tal como lo conocemos por Gayo: "*La constitución imperial (constitutio principis) es lo que el Emperador establece por decreto, edicto o rescripto. Jamás se ha dudado de que estas decisiones tengan fuerza de ley.*"¹⁴⁸

La forma para llevar a cabo la actividad legislativa fue la **oratio** ante el Senado, acción que, todo emperador, llevaba a cabo al inicio de su principado. De ahí que el carácter legislativo fuese atribuido a los *edicta* y a las

¹⁴⁶ Gayo.- Inst., 1.3.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.40.

¹⁴⁷ Kunkel, Wolfgang.- Op. Cit. pág. 55.

¹⁴⁸ Gayo.- Instituciones 1,5.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.40. "*Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec unquam dubitatum est quin id legis vicem optineat...*"

constituciones generales (decreta y rescripta), a través de las cuales, el emperador determinaba, que una decisión para un caso específico, en adelante sería aplicada en casos análogos. Testimonio de esta figura la encontramos en las *Institutiones* de Justiniano: "*Consecuentemente, todo lo que el Emperador establezca por decreto, o decida en su competencia judicial u ordene por edictos es claramente ley; son lo que se denomina constituciones*"¹⁴⁹.

Es de importancia, también considerar el origen de la fuerza que adquiere la legislación romana, como la describe el Dr. Tamayo y Salmorán¹⁵⁰:

"La autoridad de cualquier forma de legislación romana dependía invariablemente de su relación con la *lex*, puesto que ésta era *populus tenetur*. Así, por ejemplo, los patricios se negaron a considerarse obligados por disposiciones tomadas únicamente por la *plebe*; sólo se consideraron obligados hasta que éstas fueron equiparadas a *leges*, por una *lex* aprobada por todo el *populus*: (la *Lex Hortensia de plebiscitis*, de 287 a. de C., a la cual precedieron la *Lex Valeria Horatia de plebiscitis* y la *Lex Publilia Philonis*¹⁵¹ que equipara los plebiscitos a las *leges*)¹⁵². El emperador legisla pero el mismo emperador recibe su *imperium* justamente por una ley ("*... cum ipse imperator per legem imperium accipiat*")¹⁵³: la *lex regia*".

Para mayor claridad de las dos últimas citas, transcribo lo conducente de Gayo, que se encuentra a pié de página de la obra del Dr. Tamayo y Salmorán:

Institutiones 1,3.- "...(*lex*) es lo que el...(*populus*) ordena y establece. El ...(*plebiscitum*) es lo que la ...(*plebs*) ordena y establece. La *plebs* difiere del *populus* en que se llama *populus* a la totalidad de ciudadanos comprendidos los patricios, mientras

¹⁴⁹ Institutiones Justiniani.- 1.2.6.- "*...quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constant: sunt haec quae constitutiones appellantur*".- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

¹⁵⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

¹⁵¹ Novissimo Digesto Italiano.- t. IX, pág. 786.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

¹⁵² Gayo.- Institutiones 1,3.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

¹⁵³ Gayo.- Institutiones 1,5.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

que se entiende por *plebs* a todos los ciudadanos, excluidos los patricios. Es por esto que los patricios decían que los plebiscitos no los obligaban puesto que su autoridad no intervenía en ellos; pero posteriormente fue aprobada la *lex Hortensia* que estableció que los plebiscitos obligaban al pueblo entero..."

Institutiones 1,5.- "Esa *lex* era la que ratificaba los poderes que tenía el Emperador al momento de asumir el cargo y precisamente por tener la suma de ese poder era que podía determinar la vida legislativa a los súbditos" (Pietro, Alfredo di, *Notas e Introducción a las Instituta de Gayo*. La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967, pp. 8-9, nota número 5). Esta *lex regia o de imperio* encuentra su antecedente en la *lex Titia* del año 43 a. de C. en que se investía a Lépido, Antonio y Octavio como *triumviri rei publicae constituendae* (cfr., Burdese, *Manual de Derecho Público Romano, cit., p. 186*) y en las *leges* que conferían diferentes potestades a Augusto, específicamente la *Tribunicia potestas*, el *imperium preconsulare* y las que otorga el derecho de remitir en todo tiempo las *quaestiones* al Senado (cfr., *ibid., p. 191*). Como los distintos poderes le habían sido conferidos a Augusto por *leges*, así también la designación de sus antecesores siguió fundándose en una concesión análoga de poderes. *Lex de imperio* se denomina el procedimiento que confiere unitariamente, a los sucesores de Augusto, los varios poderes de los que él había gozado (cfr., *ibid., p. 202*).

Durante la época imperial del siglo II a. C., la **LEX** es una vinculación originaria, de la cual derivan su autoridad las otras formas legislativas, aunque el mismo emperador, a través de una *lex regia* recibiera su *imperium y potestas del pueblo*, como lo expresa Ulpiano: "*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*" (lo que el emperador decide tiene fuerza de ley, en virtud de que el pueblo, a través de la *lex regia*, establecida sobre el

imperio, le ha conferido toda su autoridad y potestad)¹⁵⁴. Aunque no se puede olvidar que de las *leges regiae* sólo se conoce la aprobada para el emperador Vespasiano (60-70 a. de C.)¹⁵⁵.

En consonancia con Rudolf von Ihering en su obra *L'esprit du droit roman*, citado por el Dr. Tamayo y Salmorán, un elemento importante, es la diferencia que existía entre los derechos públicos y privados, ya que aunque procedían del mismo titular, la única diferencia era la afectación de los privados a los particulares, en tanto que los públicos afectaban a todo el mundo; así mismo la garantía y eficacia de los derechos del individuo, la daba el mismo *populus* como protector, tomando en cuenta que más que derechos (*a priori*), disponían de recursos judiciales: *actiones*¹⁵⁶.

Sin embargo, acorde con el autor en comento, para comprender la razón obligatoria de las formas legislativas, es necesario comprender la naturaleza de la misma *lex*¹⁵⁷; posibilidad exclusiva, a través del estudio de los recursos judiciales, por la garantía que les otorgaba el mismo *populus*.

Para el efecto, el texto de la obra del Dr. Tamayo y Salmorán, establece:

"El derecho de la comunidad (*res publica*) es la voluntad del conjunto de ciudadanos. La *lex* es un contrato por el cual los *cives* se obligan reciprocamente a observar cierta conducta¹⁵⁸. El sujeto del poder legislativo, no es el *Senatus* o el *princeps* colocados por encima de los ciudadanos, sino los propios ciudadanos en su conjunto. *Lex* no era una orden o prohibición dirigida a súbditos, sino una convención celebrada entre iguales. En tanto que obligación del *populus*, ella necesita una *stipulatio*, el *populus* es consultado y responde mediante el voto. Es por lo que Papiniano consideraba que *lex* era una *communis reipublicae*

¹⁵⁴ Ulpiano.- Digestus 1.4.1.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág. 42.

¹⁵⁵ Girard, Paul F. y Senn, Felix.- Textes du droit roman.- Arthur Rousseau, París 1937, pág. 107-108.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

¹⁵⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.43.

¹⁵⁷ Mcilwain Charles H.- Constitucionalismo antiguo y moderno.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.43.

¹⁵⁸ Ihering R. Von.- L'esprit du droit roman.- t. I, p.217.- Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.41.

sponsio. La *lex publica* es una convención de todos, y a la inversa una convención privada es una (*lex*) para ambos contratantes"¹⁵⁹.

"...La *publica sponsio* era un compromiso de todo el *populus* y las *constitutiones* valían como tales. Por lo que toca a estos compromisos, correspondió a los pretores - con ayuda de los jurisconsultos - proteger tales *sponsiones* a través de la concesión de *actiones*. La idea, pues, es que la *constitutio* es una *sponsio publica* hecha por el *princeps* en nombre de todo el *populus* y cuya protección se hacía a través de la prestación de la función jurisdiccional, tal y como se protegía la *sponsio publica* establecida en una *lex*. Éste es, a mi juicio, el criterio decisivo. *Constitutio* significa 'forma legislativa o mandato legislativo imperial'"¹⁶⁰.

Este criterio se mantiene hasta llegar a las diversas *constitutiones de civitates*, de las cuales sobresale la del emperador Caracalla (211 d. de C.) en la que se establecían facultades específicas para las poblaciones organizadas, con la categoría de *civitates*, refiriéndose al vehículo o forma legislativa, por la cual se les crea el orden jurídico propio. Ejemplo de tales constituciones es la *Lex Coloniae Genitivae Juliae*¹⁶¹, ciudad fundada por Julio Cesar.

Al respecto, el Dr. Tamayo y Salmorán afirma:

"Por ello es altamente probable que mediante *constitutiones* (legislación imperial) se otorgara a una comunidad una estructura para su cuerpo cívico, un gobierno local. *Constituere* significa Fundar o establecer ciudades nuevas: *constituere oppidum* (Julio César). *Constituere coloniam* (Cicerón). *Constituere urbem* (Neponte)"¹⁶².

¹⁵⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.43.

¹⁶⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.44.

¹⁶¹ Gilbert, R.- *Lex Coloniae Genitivae Juliae*, en Nueva Enciclopedia Jurídica.- Seix, Barcelona 1974, t. XV, p. 148.

¹⁶² Tamayo y Salmorán, Rolando.- Op. Cit. pág.45.

Tomando como base el contexto anterior, se puede sostener que *Constitutio* equivalía, por un lado a: 'fundación o establecimiento de una *civitas* o comunidad política y por otro, otorgamiento de cierto *status* a sus componentes (ciudadanos).

2.2.- PRECISIÓN JURÍDICA DEL FENÓMENO CONSTITUCIONAL

El parteaguas histórico, consistente en la desmembración del Imperio Bizantino, en Romano de Oriente y de Occidente, ocurrido cuatro siglos después de las Instituta de Gayo, de igual manera introduce una nueva visión sobre el concepto de *lex*, tal como Justiniano nos lo presenta en sus *Institutiones*, a partir del concepto básico anterior: "*Ley es lo que el pueblo romano acostumbra establecer a instancia de un magistrado senatorial, por ejemplo, un cónsul*" (*lex est quod populus Romanus senatore magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*)¹⁶³.

Sin embargo, la continuidad en su avance y estructura jurídica, observado en los pueblos griego y romano, permea el paso de los siglos con sus respectivas instituciones, sobre el resto de las culturas y de los pueblos, como lo he comprobado en varios autores consultados.

¹⁶³ Justiniano.- *Institutiones*, 1,2,4.

2.2.1.- La Constitución como colección de mandatos y reformas normativas.

La subsistencia de las ciudades, que desafiaron el paso de las legiones y falanges romanas, así como los embates de culturas extrañas, manteniendo su estructura de *πολις* y *civitas*, fueron imitados al disolverse o fusionarse algunos reinos bárbaros, conocidos en Roma, tal como lo experimentaron las comunidades tribales celtas en España, en la Galia y en Bretaña, posteriormente dotadas de un gobierno cívico¹⁶⁴. Esta estructura, aún durante la Edad media subsiste, al otorgar la mayoría de edad a una comunidad, declarándola *civitas*. Se confirma el proceso, con la estructura de la Iglesia y del mismo Imperio, cuando se dotaba a algunas ciudades de una *Constitutio*, como 'legislación especial', 'Gobierno cívico'.

La frecuencia en el otorgamiento de *Constitutiones*, por parte de los emperadores, sobre todo en el imperio de Oriente o Bizantino, supera y omite la fuerza de la *sponsio publica*, como lo testifica Justiniano: "*cum enim lege antiqua, quae regio nunpabatur, omne ius omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem... sed nostrae electioni hoc adscribatur...*" (puesto que todo derecho y toda la potestad del pueblo romano se transfirió a la del Emperador, en virtud de la antigua ley llamada regia, entonces la vigencia del derecho dependía por entero de su voluntad)¹⁶⁵. Es la época en que aparecen las colecciones de constituciones, con carácter de *ius certum et scriptum o ideal*, sobre la administración, sobre el ordenamiento económico y social del Imperio. Forma jurídica, que también adopta la Iglesia a través de sus *constitutiones pontificales*, para diseñar su gobierno, bajo el modelo de la administración secular heredada de Bizancio¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BARKER ENEST.- Greek Political Theory.- Methuen and Co. Ltd, Suffolk, 1964. Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.42.

¹⁶⁵ JUSTINIANO.- Constitutio Deo Auctore, 7.

¹⁶⁶ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- La ciencia del derecho y la formación del ideal político, pág.22ss.

Es así como aparece, la tendencia de convertir todo derecho en derecho legislado, bajo la característica de *mandato imperial*, con la idea de estabilizar el derecho, que durante buen tiempo había sido simple doctrina jurídica¹⁶⁷. De esta manera los *senatusconsulta* y *constituciones imperiales*, sólo se emplearon para introducir reformas, como la codificación de Adriano (76-138 d. de C) y de Dioclesiano (245-216 d. de C.), en las que se había dado una revaluación sobre el derecho expresado por los juristas. Por tanto cuando se intenta estabilizar el orden jurídico a través de la recopilación y definición del derecho antiguo, cualquier modificación posterior se llevaba a cabo por medio de las *Constitutiones*¹⁶⁸, en las que se agotaba el derecho, convirtiéndose así éstas en el vehículo o forma legislativa por la cual se crea la normatividad, sin que se fundamenten en las *leges regiae*:

"No excluimos que puedan surgir nuevos negocios que no estén sujetos aún por los lazos de las leyes. Si tal ocurriere, solicítese el remedio del emperador, pues Dios puso la gracia imperial al frente de las cosas humanas para poder enmendar y ajustar toda novedad, y ordenarlo con las correspondientes medidas y reglas"¹⁶⁹.

Este esfuerzo de estabilizar la normatividad jurídica, es lo que soporta la figura de las *rescripta*, como respuestas de autoridad, a las consultas continuas sobre dudas surgidas en la multiplicidad de provincias, cuya expresión más clara se encuentra en los *códices gregorianus* y *hermogenianus*¹⁷⁰, como compilaciones de leyes existentes, tal como se expresa la Constitución TANTA, cuya disposición prohíbe en adelante la jurisprudencia:

¹⁶⁷ SCHULZ FRITZ.- History of Roman Legal Science.- Oxford University Press, Oxford 1967.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.47.

¹⁶⁸ CONSTITUCIÓN.- Tanta.- 23: "Estas leyes nuestras... las Instituciones o Elementos y el Digesto o Pandectas dispusimos abstuvieran su vigencia... para que valga siempre, a la par que nuestras constituciones"

¹⁶⁹ CONSTITUCION TANTA.- 18. Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.47.

¹⁷⁰ SCHULZ FRITZ.- "History of Roman Legal Science".- Apud Tamayo y Salmorán.- Op. Cit. pág. 49.

"También mandamos... que ninguno de los jurisperitos actuales, ni los futuros, se atreva a añadir comentarios a estas obras... No les concedemos... lanzar interpretaciones de las leyes o mejor perversiones de las mismas, no vaya a ser que su verbosidad provenga confusión para nuestras leyes (Hoc autem... madabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesente iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat comentarios isdem legibus adnectere... alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusiones dedecus..."¹⁷¹

Históricamente, es el momento de unificación del *ius civile* y del *ius honorarium*. Y son, precisamente, estas constituciones las primeras que coleccionan el mandato legislativo imperial.

La referencia sobre los códigos mencionados, se funda en el texto de la *lex romana visigothorum* del año 506, que en su apéndice contiene escritos jurídicos prejustinianos y sobre todo del *codex iustinianus*, precisando que el *Codex Gregorianus*, parece ser obra de Gregorio, perteneciente a la burocracia central y contiene constituciones tomadas de los archivos imperiales, desde la época de Adriano hasta el año 291 d. de C.; en tanto que el *Codex Hermogenianus*, de origen similar en la época de Dioclesiano y contiene constituciones de los años 29 al 294 d. de C.¹⁷²

Adicionalmente a estos códigos, existen otra colecciones, que mencionaré y son citadas en la obra del Dr. Tamayo y Salmorán:

La *Fragmenta Vaticana*, terminada probablemente después del año 318, con fuentes en los dos códigos anteriores.

La *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, con las mismas fuentes a excepción de una Constitución del año 399, tomada de otra fuente.

¹⁷¹ CONSTITUTIO TANTA.- 21.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.48.

¹⁷² SCHULZ FRITZ.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág.49.

Las *Constitutiones sirmondianae*, que sólo contiene 16 *constitutiones imperiales* de naturaleza eclesiástica y privada, proveniente de occidente; la más antigua es del año 333 y la más tardía del año 425.

El *Codex Theodosianus*, que contiene constitutiones de Constantino, aproximadamente del año 312 y publicada por el emperador Theodosio II (408-450 d. de C.). Este Códice tiene fuerza legislativa, en virtud de que se establece que toda constitución, promulgada con posterioridad al año 312 y no incluida, perdía *ipso facto* su validez en 439, fecha señalada para su entrada en vigor¹⁷³.

El *Codex Iustinianus*, que abroga al *Codex Theodosianus*, en Oriente el año de 529 y en Italia en el año de 554. Fue completado en 530 con las *Quinquaginta Decisiones*.

En síntesis, en este período de la historia, el término de **Constitución** se mantuvo como expresión de 'una forma de comunidad', 'de una manera de ser de la organización política', (diferente a una norma) fuese πολιτεια, civitas o res publica, :

"El viejo derecho creado por el *populus* y reformado por las *responsa* de los juristas no existe ni en el recuerdo. *Constitutiones* significa 'mandatos del legislador', id est, del *princeps*, o mejor, del Βασιλευς"¹⁷⁴.

2.2.2.- Proceso de consenso en Ley Fundamental.

El proceso, que corresponde al período histórico siguiente, desde luego que puede referirse a la Edad Media, sin embargo, como fenómeno, su

¹⁷³ CODEX THEODOSIANUS 1.1.6.- "Idem AA. Omnes edictales generalesque constitutiones vel in certis provinciis seu locis valere aut proponi iussae, quas divus Constantinos posterioresque principes ac nos tulimus, indicibus rerum titulis distinguantur, ita ut nos solum consultum dierumque supputatione, sed etiam ordine compositionis apparere possint novissimae. Ac si qua earum in plura sit divisa capita, unumquodque eorum, dicuntur a caeteris apto subiciatur titulo et circumcisis eisque constitutione ad vim sanctionis non pertinentibus solum ius relinquatur".- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 49.

¹⁷⁴ SCHULZ FRITZ.- Op. Cit.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 50.

naturaleza jurídica, también en ocasiones, rebasa los tiempos y la geografía, con la actuación del ser humano. Es así cómo en adelante el término de **Constitución**, representa a una legislación negociada, en la que se establecerán prerrogativas tanto para los gobernantes, como para los súbditos, binomio hasta nuestros días representativo de la sociedad humana, la otrora comunidad política, hoy, se estructura por medio de las relaciones de poder. Fue la Iglesia, la que toma el término romano de *constitutio*, para establecer la reglamentación general de la Iglesia y para sus provincias eclesiásticas en particular.

Con el paso de la historia, las constituciones, van a adquirir modalidades nuevas de carácter jurídico, como LOS PACTOS, celebrados entre el soberano o príncipe (*princeps*) con los grupos de ciudadanos organizados, como resultado de sus negociaciones o presiones; de esta forma se da calidad a las *constituciones*, que otorgaban categorías en favor de las comunidades políticas (derechos reales), tales como: burgos, villas o ciudades; sobre todo en la época de los descubrimientos de nuevas tierras y de sus conquistas, tal como sucedió en los territorios, que correspondieron al dominio de España, Portugal, Francia, Inglaterra, Alemania e Italia; en todas ellas siempre puede percibirse la característica de "Legislaciones especiales"¹⁷⁵

En **España**, por ejemplo, la invasión morisca y su reconquista cristiana, provocó la fortificación amurallada, de ciudades solidarias en la lucha contra los moros, al mismo tiempo que, los soberanos les otorgaban privilegios y autogobierno (pacto entre el soberano y las cortes), como lo sucedido con Córdoba, Murcia, Sevilla, Medina entre otras, que fueron agregadas a Burgos, Valladolid, Madrid y Barcelona:

*"A los habitantes de estas comunidades los reyes de León y Castilla encontraron deseable otorgar fueros o cartas dotándoles de extensos privilegios"*¹⁷⁶.

¹⁷⁵ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 59.

¹⁷⁶ CHEYNEY EDWARD P.- The dawn of a New Era, 1250-1453.- Harper & Brothers, New York 1936, pág. 64

Dato importante, es considerar que Castilla contaba con 100 ciudades con fueros. Aragón tenía ciudades góticas y moriscas, y Cataluña entre todas contaba con Barcelona, ciudad que fue beneficiada con dos *constituciones* una en 1247 y otra en 1258¹⁷⁷.

El uso de las *Constituciones*, en el sentido de legislación del soberano, se mantiene en el Decreto *Unaquaque*, posiblemente con base en el derecho de Graciano y de las Etimologías de San Isidoro¹⁷⁸, instrumentos que sirvieron para unificar la vigencia de principios generales, conocidos como '*privilegios*', tales como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a ser juzgado por los jueces naturales, entre otros, para beneficiar a los habitantes de la ciudad¹⁷⁹.

Cabe hacer notar que en Cataluña, la expresión *Constitución*, en la que la legislación del soberano, tiene un vínculo muy estrecho con los estamentos, tanto en su confección, como en su objeto (privilegios, *franquicias* o libertades), es la época (s. XI y XII) en que el príncipe al legislar, ocasionalmente lo lleva a cabo en asambleas y parlamentos, convirtiendo su actividad legislativa personal o ante asambleas, en *Constituciones*¹⁸⁰.

Tiempo adelante las disposiciones de carácter general en toda Cataluña, dictadas por el príncipe, se designan como *Constitución*, siempre y cuando fueran consentidas, loadas y aprobadas en asambleas representativas; aparece una remembranza romana de convencionalidad, aún en su forma de promulgación, dando un carácter de pactos, que deben cumplirse, con fuerza de *leyes*¹⁸¹, a la manera de la *sponsio publica*, sólo que su matiz fue de relación de obediencia y de mando, entre el príncipe y los súbditos, *pactum subjectionis*¹⁸². Lo importante es la oportunidad de reconquista de libertades y franquicias antiguas.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ PONS GURI JOSÉ MA.- Constitución de Cataluña.- Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. V.

¹⁷⁹ PICONE FRANCISCO H.- Constitución.- Enciclopedia Jurídica Omeba, t. III, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1955.

¹⁸⁰ PONS GURI JOSÉ MA.- Op. Cit. pág. 233.

¹⁸¹ Ibidem.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 55.

¹⁸² BURDEAU GEORGES.- Op. Cit. pág. 47.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 55.

En **Francia**, como reino de ciudades, los pactos fueron la base de organización de las villas o burgos ante los señores feudales, con privilegios negociados y otorgados por medio de cartas (constituciones), como el caso de Marsella, Narbonne, Toulouse o Montpellier¹⁸³. El enfrentamiento de Felipe el Hermoso contra el Papa, en abril de 1302, motivó que el rey convocara a *Estados Generales*, en Notre Dame de París, con la participación de representantes de las ciudades, al mismo tiempo con los otros estamentos. De esta forma el rey beneficiaba a las ciudades dentro de sus dominios, otorgándoles cartas de libertades y franquicias *vis a vis* de sus señores¹⁸⁴.

En **Inglaterra**, con la aparición de ciudades (*towns*), el fenómeno fue similar a Francia, así ocurrió como Londres, Bristol, York, Hull, Yarmoth, Winchester, entre otras ciudades, como le establece la Carta Magna:

"Espontáneamente y por nuestra voluntad... otorgamos y por nuestra carta...la ciudad de Londres gozará todas sus antiguas libertades y ... costumbres tanto en tierra como en mar. Aún más... todas las ciudades y Burgos, y villas puertos, gozarán de sus libertades y ...costumbres"¹⁸⁵. (...Spontaneously and of our will...did grant and by our charter... And the city of London, shall have all its old liberties and free customs all other cities and Burroughs, and towns and ports, shall have all there liberties and free customs).

En **Alemania**, resaltan las cartas, establecidas en las riberas del Rin: Constance, Coblentz, Mainz y Colonia, con remembranza de la cultura y época romana.

¹⁸³ CHEYNEY EDWARD P.- Op Cit. pág. 66.

¹⁸⁴ Ibidem.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 54.

¹⁸⁵ CARTA MAGNA 1 y 13.- Magna Carta The Great Charter of English Liberty, granted by King John at Runnymede, June 15, 1215, en Select Historical Documents of the middle Ages, Stubbs Charters. Constitution of the State of California 1879 and Related Documents. California, state sent. pp 3 y 5.

En Italia, el territorio de la bota, fue propicio para el establecimiento de ciudades con autogobierno, libertades y privilegios por excelencia, con base en cartas propias¹⁸⁶, quizá con la continuidad de algunas de ciudades, que contaban con raíces de la época de los romanos.

Los siglos XII y XIII, fueron muy representativos para el fenómeno constitucional, por la formación de ligas o confederaciones de ciudades, como la Hanseática, la del Rin, las hermandades de Castilla y León, las de Languedoc entre otras¹⁸⁷, con el fin de defender sus privilegios e independencia de clase o estamento. Esta realidad obligó a los príncipes o monarcas, en lo sucesivo a convocar *representantes* de las mismas. La figura de la *Representación* aparece, así, en la estructura del fenómeno 'constitución'.

El fenómeno, fue observable en los reinos ibéricos de León, Castilla, Aragón, Cataluña y Valencia, en los que las *sesiones en cortes* fueron evidentes. En las Cortes de Burgos, Alfonso IX (1189), convocó la representación de 58 ciudades y en Aragón, dicha representación se remonta a 1162 en Huesio¹⁸⁸, aunque no fue característica exclusiva, pues en toda Europa se daban estas sesiones, como las de Nápoles convocadas por Federico II en 1232 y 1234; o bien la convocación de los condados ingleses en 1213. La característica central fue que 'estos Consejos o parlamentos oían el juramento del rey de no violar o transgredir los pactos ni los derechos por él consentidos que, en suma, eran leyes del reino'¹⁸⁹. Sin embargo, no es posible olvidar que el derecho de los individuos, fue resultado de *su participación* en la vida de la ciudad: "*Un burgués debe sus franquicias a la comuna de la cual es miembro*"¹⁹⁰, como realidad y origen de escalas sociales.

El fenómeno constitucional, en Inglaterra, se personificó por el único estamento antiguo, que fue la Iglesia, en el documento: *Constitutions of*

¹⁸⁶ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 55.

¹⁸⁷ CHEYNEY EDWARD P.- Op. Cit. pág. 70.

¹⁸⁸ Ibidem.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 56.

¹⁸⁹ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 56.

¹⁹⁰ LAGARDE G. de.- La naissance de l'esprit laïque au Moyen Age.- Ockham 1942, t. IV, pág. 103.

*Clarendon de 1164*¹⁹¹, promulgado por Henry II: "Hemos confirmado... por esta nuestra presente carta que la iglesia inglesa tendrá sus derechos intactos y sus libertades no serán violadas", (We have confirmed... by this our present charter that the English church shall have its right intact and liberties unfringed upon...)¹⁹². También se usan sinónimos, como *lex* o *edictum*, para que junto con constitución designen la legislación temporal. Sin embargo, en Inglaterra, el fenómeno *Constitución*, fue denominado con diferentes expresiones, tales como: *leges* por Hoveden¹⁹³; '*edicto real*' por Glanvill¹⁹⁴; '*nova constitutione*' por Bracton¹⁹⁵, con posterioridad al '*statute of Merton*' de 1236; y '*constitutionem libertatis*' en la Carta Magna de 1225¹⁹⁶. De esta forma, se continúa la realidad descrita por Georges Burdeau:

"La organización política reposa, en definitiva, en un pacto celebrado entre los gobernados, quienes convienen en obedecer, y los gobernantes, los cuales se *comprometen*, además de asegurar el orden, a respetar las condiciones puestas a su derecho de mandar"¹⁹⁷.

La aparición de esta conciencia, sobre el nacimiento de **DERECHOS Y OBLIGACIONES**, inicia el cambio de criterio, sobre el valor de las antiguas constituciones del *princeps*, y da lugar al establecimiento de un control, sobre el *gubernaculum*, figura que daba garantía al arbitrio del gobernante, frente a la nueva figura de los derechos de los súbditos, viejas leyes y costumbres del reino = *Common Law* o *jurisdictio*¹⁹⁸.

¹⁹¹ Chronica Magistri Rogeri de Houedene, *Walter de Coventry las denomina 'Consuetudines quae inductae sunt contra ecclesias terrae suae in tempore suo'* - *The Historical Collection of Walter of Coventry (Rolls Series)*, I, 207.

¹⁹² MAGNA CARTA.- 2.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 57.

¹⁹³ Chronica Magistri Rogeri de Houedene.- Op. Cit.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ BRANCTON.- De legibus et consuetudinibus angliae.- F. 312 b.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ BUDEAU GEORGES.- Traité de science politique.- t. IV, pág. 48.

¹⁹⁸ Ibidem.

Ejemplo de este movimiento, es la *Carta Magna* del 19 de junio de 1215, cuando el rey John I, es obligado a pactar '*una concesión de libertad a todos los hombres del reino y a sus herederos a perpetuidad*', desde luego que tal concesión fue en favor de los condes, barones y demás vasallos del reino, como una *jurisdictio*, mecanismo que con posterioridad en caso de conflicto, éste se solucionaba invocando el texto o contenido del Documento suscrito.

Más adelante el significado de 'constitución', retoma el concepto romano de 'instrumento legislativo del princeps', conjuntándose con el gubernaculum en estructura diferente a la *consuetudo* (costumbre antigua) o *Common Law*¹⁹⁹; de esta manera *Constitutio*, en adelante, representará los *compromisos básicos fundamentales*²⁰⁰.

En forma simultánea, tanto en Inglaterra como en Francia, se pactan **Constituciones fundamentales**, como lo mencionan Bernard de Girard, Rushworth²⁰¹ y Glanvill:

"Or nous voyons que ce bel ordre instituté en nostre Monarchie, est corumpu, que nous ne retenons que l'ombre de ces belles *premieres Constitutions*. Voyla donc trois freins & brides, qui guident l'Etat du Royaume de France, qui le gardent de se precipiter aux dangers, ausquels les Etats, qui son mal conduies & menez. se precipitent"²⁰².

"¿Por qué no debe considerarse absurdo calificar de *leges* las leyes inglesas aunque no estén escritas? ¿Por qué? Porque *quod principi placet legis habet vigorem*, ¡aun eso es una *lex*! -me refiero a las que han sido notoriamente promulgadas relativas a puntos dudosos determinables en el Consejo, con la opinión, por lo menos, de los magnates y con la autoridad del príncipe"²⁰³.

¹⁹⁹ MCILWAIN CHARLES H.- Constitucionalismo Antiguo y Moderno.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 59.

²⁰⁰ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. pág. 59.

²⁰¹ RUSHWORTH.- Historical Collections.- Apud Mc Ilwain, Op. Cit. Pág. 40.

²⁰² BERNARD DE GIRARD.- De l'estat et succez des affaires de France.- Pierre Le-Mur, París 1519.

²⁰³ GLANVILL RANULF.- De Legibus et Consuetudinibus Angliae.- "Leges namque Anglicanas licet non scriptas leges appellari non videatur absurdum, cum hoc ipsum lex sit, quod principi

Las expresiones anteriores, tienen una similitud considerable con el texto del Digesto:

"La costumbre inmemorial se observa como *ley* y no sin razón; y ésta es la ley que se dice establecida por uso. Pues, dado que las *leges* mismas no son obligatorias para nosotros por otra razón que por el hecho de haber sido recibidas por el juicio del pueblo, es propio que también sean obligatorias para todas aquellas cosas que el pueblo ha aprobado sin haberlas consignado por escrito. Al fin y al cabo ¿qué diferencia hay entre que el pueblo haga saber su voluntad mediante una votación o por las mismas cosas y por actos?"²⁰⁴

Así aparecen los conceptos de *comunidad y Estado*, con una relación inseparable entre ambos, que es *la sujeción, la dependencia y supremacía* de alguno de ellos. Esta interdependencia, provoca una discusión que, en primer lugar, da ocasión para introducir la protección judicial de los pactos y los *civil rights*, con base en "...dos principios fundamentales implicados en el uso de "constitución": La constitución es obra del pueblo (inglés) - este era el sentido de la ratificación popular - y la constitución se encuentra por encima de los órganos de poder"²⁰⁵. Es a partir de este momento, que el término Constitución, connotará *libertades o derechos del hombre* o de los ciudadanos, tal como se puede observar en el *Agreement of the people* de 1653²⁰⁶.

placet legis habet vigorem, eas scilicet quas super dubiis in concilio definiendis, procedunt quidem consilio et principis accedente auctoritate constat esse promulgatas".

²⁰⁴ DIGESTO.- 1,3,32.- "De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est:: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et eae quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur".

²⁰⁵ BURDEAU GEORGES.- "Traité de science politique".- t. IV, pág. 78s.

²⁰⁶ Proyecto de constitución elaborado por el Consejo Militar de Cronwell, que debía de haber sido ratificado por todas los ingleses antes de su promulgación. Nunca fue publicado, aunque

En la época de los descubrimientos y colonización de nuevas tierras, los interesados, siempre reciben una *carta* de derechos y garantía de la expedición en las colonias inglesas, sobre todo, para establecer una colonia con sus autoridades, tal como sucedió con Sebastián Cabot con la *Carta de la Muscovy Company* en 1555; o la *Carta de la Virginy Company of London* otorgada en 1606, por la que garantizaba a los fundadores (*settlers*) todas las libertades, franquicias, e inmunidades, de las que gozaban los ingleses en Inglaterra; una carta posterior, en 1609, establecía que los miembros del *Council*, deberían ser nominados, escogidos, ratificados, destituidos, cambiados, removidos,... de entre la *Company* de los colonos (*adventures*), por el voto de la mayor parte de una Asamblea, hecha para tal propósito²⁰⁷. Es de importancia señalar que, con base en estas cartas, se establece en 1618, un orden democrático, a través de *The Great Charter of Privileges, Orders and Law*, antecedente directo de la Constitución de Virginia en 1776²⁰⁸, cuando la *Court*, envía a Sir George Gardley, como gobernador de Jamestown, con instrucciones para convocar una asamblea, que sesionó el 30 de julio de 1619²⁰⁹. Una situación similar ocurrió el 11 de noviembre de 1620 en Cabo Cod, los *Pilgrimfathers* a bordo del *Mayflower*, se comprometieron a fundar una comunidad: *New Plymouth* y establecer sus autoridades²¹⁰.

En el marco de estos acontecimientos, nacieron los *pactos entre iguales*, conocidos como *convenants*²¹¹, tales como el *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639:

"... Nosotros nos unimos y nos asociamos para formar un Estado y declaramos, por nosotros y nuestros sucesores y por cualquiera

sus ideas pasaron al *Instrument of Government*.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 64.

²⁰⁷ WESLEY FRANK CRAVEN.- *The Virginia Company of London 1606-1624*.- The University Press of Virginia, Charlottesville 1970.

²⁰⁸ ABRAHMSON SHYLE S.- *Constitution of the United States National and State*.- Oceana Publications, New York 1964.

²⁰⁹ ROUESE Jr, PARKE.- *Virginia The English Heritage in America*.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 65.

²¹⁰ *The mayflower Compact (1620) en United States Constitutions. Constitution of the State of California 1879 and Related Documents*.

²¹¹ *Ibidem*.- Op. Cit. pág. 76.

que pudiera unirsenos a nosotros en lo sucesivo, que hemos celebrado un pacto natural de unión y de confederación... Con el fin, además, de ser conducidos y gobernados en nuestros asuntos civiles de conformidad con las leyes, ordenanzas, edictos y decretos que serán hechos, despachados y establecidos como sigue...²¹².

Dentro de la variedad de criterios, "todos coinciden en reconocer, primeramente, la existencia de un derecho propio a la naturaleza del hombre para obrar libremente y en segundo término, reconocen la necesidad de un *consensus*, para fundar una comunidad política"²¹³, junto con su estructura de poder, representativo de la influencia del *Derecho Natural*, que revive la *naturaleza del hombre*²¹⁴, en el marco del principio: '*naturalis juris mater est ipsa natura humana*'.

En síntesis, esto es lo que yo considero como génesis, importancia y garantía jurídica de una Constitución.

2.2.3.- Fenómeno constitucional a partir del siglo XVIII

Dentro del concepto, que fue acendrándose en las culturas, sobre todo occidental, y que he expuesto en líneas superiores, llevaré a cabo un análisis sobre textos que, de alguna forma, pueden ser los representativos de la concepción sobre el fenómeno constitucional, enmarcado a partir del s. XVIII, como lo expresó *Thomas Paine*:

"Una constitución no existe más que cuando la puede uno meter en su bolsillo"²¹⁵

²¹² POOSE BEN PERLEY.- The Federal and State Constitutions of the United States.- Washington 1977.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 67.

²¹³ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 68.

²¹⁴ VILLEY MICHEL.- La formation de la pensée juridique moderne.- E. Monstchrestien, Paris 1968.- Apud TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 68.

²¹⁵ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 69.

Sin tocar el tema en forma limitativa, pero sí enunciativa, me referiré en primer lugar, a la obra de **FERDINAND LASALLE**.

En el mes de abril de 1862, pronuncia una conferencia en Berlín, en la que se pregunta: ¿Qué es una constitución? y trae a la mente, que en su sociedad, la población en todos sus ambientes y medios de información se refiere a dicho fenómeno, pero sin precisar su concepto y sobre todo su fuerza y garantía; por tal motivo él se pronuncia, después de repasar algunos puntos de vista, como el concepto que él pone en boca de un jurista:

"La constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país".

O bien:

"La constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho público de esa nación"²¹⁶.

Y finalmente, su expresión de oro:

"El concepto de la constitución, es la fuente primaria de que se derivan todo el arte y toda la *sabiduría* constitucionales"²¹⁷.

Tomando como base lo anterior, el Término *Constitución*, en expresión del autor, llega a representar la categoría de una *Ley Fundamental*, tomada como:

"Una *fuerza activa* que hace, por un *imperio de necesidad*, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean *lo que realmente son*, de tal modo que, a partir de ese instante, *no puedan* promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, *otras cualesquiera*"²¹⁸.

Sin embargo el mismo autor, lleva a cabo un análisis del condicionamiento, que tal documento puede sufrir, por presiones o influencias y controles de parte de elementos, que rigen en el seno de cualquier sociedad, conocidos como

²¹⁶ LASALLE FERDINAND.- ¿Qué es una Constitución?.- Ed. Coyoacán, México 1997, pág. 41.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ LASALLE FERDINAND.- Op. Cit. Pág. 45.

FACTORES REALES DE PODER, describiéndolos como: *"la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son"*²¹⁹.

Desde luego, que dentro de dichos elementos, podemos considerar los diferentes niveles (llamadas clases) sociales, económicos, políticos, religiosos, culturales, deportivos y geográficos, con sus variantes respectivos (tales como el ejército, órganos de gobierno, sistema electoral, poder organizado y desorganizado entre otros).

En palabras del mismo Lasalle, estos diversos *factores reales de poder*:

"Se toman, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales de poder*, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado"

²²⁰

Posteriormente, estos factores de poder, sobre todo en los tiempos actuales, hacen que las "Constituciones no sean *reales y efectivas* sino *escritas y hojas de papel*":

"El hacer una constitución escrita era lo de menos, era lo que *menos prisa corría*; una constitución escrita se hace, en caso de apuro en veinticuatro horas; pero con hacerla nada se consigue, si es prematura.

*Desplazar los factores reales y efectivos de poder dentro del país, inmiscuirse en el Poder Ejecutivo, inmiscuirse en él tanto y de tal modo, socavarlo y transformarlo de tal manera, que se le incapacitara para ponerse ya nunca más como soberano frente a la nación; esto, lo que se quería precisamente evitar, era lo que importaba y lo que urgía, esto era lo que había que echar por delante, para que la constitución escrita que luego viviera fuese algo más que un pedazo de papel"*²²¹

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Op. Cit. Pág. 52.

²²¹ Op. Cit. Pág. 71.



Con ciertas coincidencias conceptuales, también se expresa en el mismo sentido Carl Schmitt, según lo cita el Dr. Sergio R. Márquez Rábago, en su tesis doctoral "Atributos y responsabilidad de la Constitución de 1917" :

"La palabra (constitución), no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con arreglo a los cuales se rija la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación, sino más bien el Estado particular y concreto"²²².

Con fundamento en estas referencias textuales, puedo hacer clara referencia, con una visión conceptual, que tiene vigencia aún en nuestros días, en cuanto a la clasificación de las Constituciones:

2.2.3.1.- CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES.

De acuerdo con la doctrina, al respecto, he comprobado que la clasificación de las Constituciones, en el mundo de los autores, puede variar, según sus criterios e intereses intelectuales, pues conforme a dichos puntos de vista, presento las siguientes clasificaciones:

Uno que puede llamarse criterio tradicional, y que fue propuesto por **JAMES BRYCE**. El autor presenta esta clasificación, como de mayor antigüedad en el conocer humano, fundamentada en un proceso determinado de creación, aún cuando no es la más feliz, por las confusiones que produce; ya que las constituciones no escritas o estatutarias, al no estar sujetas a un proceso determinado de creación, ellas se encuentran al nivel de las no escritas o consuetudinarias, tal como el autor lo expresa en el siguiente texto:

"La anticuada clasificación de las constituciones transmitidas hasta nuestro tiempo, descansa en la distinción entre derecho

²²² MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R.- Atributos y responsabilidad de la Constitución de 1917.- Tesis Doctoral, México 2000, pág. 7.

escrito y derecho no escrito. En sí misma, es esa una distinción torpemente expresada y que lleva harto fácilmente a confusión, puesto que *ius non scriptum*, quiere denotar costumbre; y cuando esta costumbre ha sido escriturada y protocolizada, apenas puede seguir llamándosele no escrita²²³

El mismo autor, en su afán por dar una clasificación mejor, tomando en cuenta las características jerárquicas de los documentos actuales, las clasifica en: CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y FLEXIBLES, con clara referencia a la posibilidad de cambio o a la estaticidad, esto es, tomando como base el proceso de reforma o adición.

Conforme con en el pensamiento de Gabino Fraga y de Bryce, las *Constituciones flexibles* son las que se pueden modificar sin necesidad de alguna formalidad especial; en tanto las *Constituciones rígidas*, pertenecientes al tipo de estatutarias, están por encima de las otra leyes del país que regulan. El instrumento –o instrumentos-, en que están contenidas estas constituciones. No procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entra en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder²²⁴.

Otro autor, que lleva a cabo la clasificación de las Constituciones, es **K. C. WHEARE**, tomando como punto de partida el establecimiento del sistema de gobierno. La clasificación que presenta es:

²²³ BRYCE, JAMES.- *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*.- Instituto de Estudios Políticos.- Madrid 1952, pág. 15.

²²⁴ CARPIZO, Jorge.- *Estudios Constitucionales*.- Porrúa-UNAM, México 1999, Pág. 413s.

- a) *Supremas o no sobre el órgano legislativo*, en cuanto que el órgano legislativo no pueda o sí pueda modificarlas.
- b) *Federales o unitarias*, con base en la distribución de las competencias, centrales o locales.
- c) *Parlamentarias o presidenciales*, según se acepte el principio de separación de poderes.
- d) *Republicanas y monárquicas*, en proceso de extinción²²⁵.

De igual forma **C. F. STRONG**, clasifica a las constituciones, tomando como base:

- a) La naturaleza del Estado en el cual se aplica, en unitaria o federal;
- b) La naturaleza de la propia constitución, en flexible o rígida;
- c) La naturaleza del poder legislativo, en razón del sufragio uni o plurinominal, del sistema electoral de la segunda cámara, o bien de procedimientos semidirectos;
- d) La naturaleza del poder ejecutivo, en parlamentarias o presidenciales, y
- e) La naturaleza del poder judicial, de 'estado de derecho' (*rule of law*) o de 'derecho administrativo'²²⁶

Clasificación de **S. A. DE SMITH**, en la que toma las anteriores y agrega algunas más :

- a) Escritas o no escritas;
- b) Flexibles e inflexibles;
- c) Monárquicas y republicanas;
- d) Presidenciales y parlamentarias;
- e) Federales y unitarias;
- f) Diárquicas y no diárquicas, según exista división o no de la competencia gubernamental;

²²⁵ WHEARE, K. C.- *Modern Constitutions*.- Londres 1966, Págs. 16ss

²²⁶ STRONG, C. F.- *Modern Political Constitutions*.- Londres 1970, Págs. 59-79.

g) De partido único y otras constituciones, según exista uno o varios partidos políticos²²⁷.

LESLIE WOLF-PHILLIPS, también presenta una larga lista de clasificación de constituciones:

- a) Escritas o codificadas y no escritas o no codificadas;
- b) Condicionales o no condicionales, si incluye procedimientos o no para su reforma;
- c) Superiores y subordinadas, si la reforma se realiza por órgano especial o por el legislativo;
- d) Rígidas y flexibles, según la facilidad o frecuencia con que se reforman;
- e) Autócratas y externas, si fueron 'hechas en casa' o por imitación;
- f) Manifiestas y latentes, si incluyen o no el grado de actividad política;
- g) Presidenciales y parlamentarias;
- h) Monárquicas y republicanas;
- i) Bicamerales o unicamerales;
- j) Competitivas y consolidativas, si hay ausencia de competitividad en las *propuestas jurídicas*;
- k) Programáticas y confirmatorias, si señalan cuántas cláusulas programáticas contienen;
- l) Justiciables y nugatorias, si contienen su 'protección efectiva', y
- m) Federales y unitarias²²⁸.

Por su parte **GERMÁN J. BIDART CAMPOS**, también presenta su clasificación sobre las constituciones:

- a) La escrita, formalmente codificada y la no escrita o dispersa;
- b) La formal externa y la material vigente y real;
- c) La rígida y la flexible;
- d) La pétrea o irreformable;

²²⁷ SMITH, S. A. de.- Constitutional and Administrative Law.- Londres 1971, Pág. 36.

²²⁸ WOLF-PHILLIPS, Leslie.- Comparative Constitutions.- Londres 1972, Pág. 48.

e) La impuesta, pactada y otorgada²²⁹.

Sobre la última clasificación, comenta el autor Daniel Moreno, en su obra *Derecho Constitucional Mexicano*, que la primera, corresponde a la actividad primaria del soberano, al otorgar sus normas en forma unilateral; ahora bien, son pactadas, cuando el documento fundamental, es resultado del acuerdo o pacto social; finalmente son otorgadas, cuando el soberano otorga la norma, con base en la presión de los grupos existentes en la estructura social.

PABLO LUCAS VERDÚ, por su parte clasifica a las constituciones en:

- a) Consuetudinarias y escritas;
- b) Breves y extensas, desde el punto de vista empírico;
- c) Otorgadas, pactadas e impuestas, y
- d) Flexibles y rígidas²³⁰.

Por su parte **CARLOS TAGLE ACHÁVAL**,... presenta la siguiente clasificación de las constituciones:

- a) Escritas y consuetudinarias;
- b) Rígidas y flexibles;
- c) Formales y materiales, según la expida el constituyente o bien se viva en el país, y
- d) Racional-normativa, historicista y sociológica, según la tipología²³¹.

Otra clasificación de Constituciones la presenta **SEGUNDO V. LINARES QUINTANA**, en los siguientes términos:

- a) Codificadas y dispersas;
- b) Rígidas, flexibles, con cláusulas pétreas, y

²²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J.- Manual de derecho constitucional argentino.- Buenos Aires, 1975, Págs. 31s.

²³⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo.- Curso de derecho político.- Madrid 1974, vol. II, Págs. 432-436.

²³¹ TAGLE ACHÁVAL, Carlos.- Derecho constitucional.- Buenos aires 1976, t. I, Págs. 117-123.

c) Constitución, carta y pacto²³².

En su caso el autor HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, hace un esfuerzo por consensar una sola clasificación de constituciones, tomando los diversos puntos de vista de los autores mencionados²³³

Algunos autores de derecho marxista, IMRE KOVÁCS y BODO DENNEWITZ, también clasifican las constituciones en: Socialistas y burguesas.

Finalmente, expondré, el criterio ontológico de **KARL LOEWENSTEIN**, quien al criticar las clasificaciones anteriores, él propone la siguiente:

- a) Originales y derivadas, si es que crea un nuevo principio funcional de proyecto de nación; o simplemente adapta a su realidad los principios funcionales de la originaria, y
- b) Ideológico-pragmáticas y utilitarias, según el documento contenga un programa ideológico o bien sólo desde el punto de vista utilitario²³⁴.

Este es el marco referencial, de las clasificaciones, que se han realizado sobre la diversas constituciones y que corresponden a mi investigación..

2.3.- ELEMENTOS SOCIO-JURÍDICOS DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

En este último punto, voy a presentar algunos elementos, que caracterizan al documento conocido como **CONSTITUCIÓN**, no sin aceptar que, algunos o todos pueden ser puestos en tela de juicio o de refutabilidad.

²³² LINARES QUINTANA, Segundo V.- Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado.- Buenos Aires 1953, t. II, Págs. 94-115.

²³³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto.- Derecho Constitucional.- Buenos Aires 1978, Págs. 35-41.

²³⁴ LOEWENSTEIN, Karl.- Teoría de la Constitución.- Barcelona 1964, Págs. 205-209.

2.3.1.- ASPECTOS POLÍTICOS.

Desde la influencia de Maquiavelo, las sociedad ha presentado innumerables aspectos sobre su funcionalidad, incluidos los más tradicionales y conservadores, como la uniformidad y la imposición de valores, que en su variedad histórica, fueron causa de acciones, en ocasiones, aberrantes como sucedió con la Inquisición, o las conquistas, como sistemas organizativos de los pueblos en el devenir de los tiempos. En todos ellos, la lucha por el poder siempre significó el sojuzgamiento, explotación por la fuerza o bien por la necesidad de sustento, con las condicionantes históricas de cada región. El soberano, que aparece como un elemento de organización de la comunidad, posteriormente suplanta y desconoce su origen, convirtiéndose en el centro y fuente de toda autoridad y de toda norma aplicada al pueblo. En este punto, las ideologías, siempre fueron justificantes o problematizantes de una situación concreta; recordemos el papel de Marx y su doctrina, con su afán de acabar con el poder absoluto, cayendo él mismo en lo que combatió ideológicamente. Los teóricos del poder, bien fundan al gobierno en una constitución, o bien sostienen la constitución al servicio de un gobierno; en todo caso el documento fundamental, o es eficaz, o es el pretexto de cualquier acción en el entorno de un pueblo, modificable, sustituible a voluntad del soberano en turno.

Al respecto y relacionado con el tema puede entenderse la constitución como un fenómeno, que *"se exterioriza en las normas que rigen a una colectividad desde que se establece su estructura por la búsqueda de cierto objetivo"* en palabras de Georges Burdeau²³⁵.

²³⁵ MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R.- Op. Cit. pág. 8.

2.3.2.- ASPECTOS SOCIALES.

En lo social, la estructura y desarrollo de un pueblo, se percibe a través de la existencia de un documento fundamental, conocido como *constitución* y sobre él se apoya cualquier acción individual o comunitaria, con la seguridad de que el resultado, convertido en acción, siempre se mantendrá en un marco justificado ante el resto de la comunidad, ya que su disciplina o indisciplina será la que sea percibida por el grupo, convocando a una aceptación o rechazo condenatorio de la misma acción. Además, en el concierto de las naciones, la aceptación o rechazo de la personalidad, que pueda tener algún Estado, se garantiza con la ley fundamental propia del Estado, amén de que en cualquier conflicto, la base para su resolución, sólo será la *constitución* y su relación con los tratados internacionales.

En relación con este punto, la Sociología Jurídica, es la que tiene como objetivo, todo el ámbito del fenómeno jurídico, desde el punto de vista externo; por tanto analiza su origen y causas, con sus consiguientes repercusiones en su ámbito.

Ferdinand Lassalle, en su obra citada anteriormente expresa:

“No hay nada más equivocado ni que conduzca a deducciones más desencaminadas, que esa idea tan extendida de que las Constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos. ...todo país tiene, necesariamente una constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales del poder, cualesquiera que ellos sean”²³⁶

²³⁶ LASALLE FERDINAND.- Op. Cit. pág. 58.

2.3.3.- ASPECTOS JURÍDICOS.

Con la aparición de la Constitución de Virginia en 1776, los usos sobre el término *constitución* varían, a partir de aspectos ideológicos, como los de John Locke (1632-1704) en las *Glorious Revolution*, de Sir Edward Coke, de Harrington, de Montesquieu, de Voltaire, de Francis Bacon y otros. En ellos existe la convicción de que, todos los poderes de un gobierno, derivan de la ley fundamental o voluntad générale. Este documento, como resultado de la supremacía de las cartas, sobre cualquier autoridad, en la colonia afirma la práctica de *constituciones escritas*²³⁷, que recogen la tradición en su contenido: "1) supremacía de la carta constitucional; 2) la filosofía y la jurisprudencia inglesas detentan: el gobierno por consentimiento, la competencia normal de los tribunales, para conocer de *todas* la controversias de derecho; y 3) los ideales de la filosofía política de la Ilustración: democracia republicana, igualdad y laicización de la constitución"²³⁸.

En tiempos de Domat o Leibniz, se plantearon algunos elementos sobre el documento constitucional, como *resultado* de la necesidad jurídica, determinando:

a.- La necesidad de sistematizar los ordenamientos existentes haciendo coherentes los preceptos y permitiendo su fácil manejo y entendimiento;

b.- Acabar con el casuismo de las disposiciones a través de una depuración en su redacción. Terminar con los anacronismos;

c.- Establecer principios generales que rijan la existencia del derecho;

d.- Elaborar una versión oficial de las disposiciones del derecho común y traducirla a la lengua de la tierra; y

*e.- Fortalecer el derecho nacional limitando el derecho común a un plano supletorio*²³⁹.

Para ello, se Tomó como referencia algún criterio jurídico y con el fin de tener algún punto de coincidencia, pudiera considerarse que una constitución es

²³⁷ TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Op. Cit. Pág. 71.

²³⁸ Op. Cit. pág. 77.

²³⁹ CABALLERO JOSÉ ANTONIO.- Op. Cit.

"el documento que indica la estructura, la disposición esencial de una entidad o de una institución en general"²⁴⁰, y si en relación al Estado, se habla de una Constitución, ésta indica "el conjunto de instituciones y de normas fundamentales, escritas o no, que determinan el ordenamiento jurídico supremo".²⁴¹

Bajo este concepto, en la práctica, podemos considerar que en todo Estado, que se precie de serlo existe un documento con tales características, en el cual se expresan tanto los derechos humanos, como la forma de garantizarlos, así como las disposiciones que regulan la estructura y los poderes de los órganos fundamentales del Estado (división de poderes), elementos que son distintivos del Estado de Derecho, como lo fue en su tiempo la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789".²⁴²

Sin embargo el fenómeno de una Constitución, hoy en día, no es algo con carácter dogmático, sino más bien, es una situación que, pudiera estar sujeta al sistema jurídico en vigor, ya que la diversidad de criterios actuales, establecen principios y directrices sobre unos conceptos, como los que propone MIGUEL CARBONELL, en su artículo UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.- citando en primer lugar a Constantino Mortati "...Constitución formal es el complejo de normas diferenciadas de las otras por vía de contraseñas exteriores, y formando de ese modo un todo unitario, independientemente de su contenido"²⁴³, y en segundo lugar parafraseando a Lucas Verdú, cuando se refiere a la Constitución material, como "...el conjunto de fuerzas sociales y espirituales que operan dentro del Estado y que confluyen en la creación de la Constitución formal". En ambos casos jamás puede pasarse por alto el hecho de que en "la Constitución como norma suprema de todo el sistema jurídico, debe buscarse una autoridad normativa que, no recibe su poder de una

²⁴⁰ Enciclopedia Monitor.- Vol. III, pág. 1599.

²⁴¹ Enciclopedia Monitor.- tomo 5, pág. 2405.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ MORTATI CONSTANTINO.- Apud MIGUEL CARBONELL.- Revista EL FORO.- Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., Décima Época, Tomo XI, México 1998, pág. 20.

*norma, sino que se basa en la aceptación, en la aquiescencia o, más idealmente, en la participación de los sujetos del ordenamiento que se va a crear*²⁴⁴.

Cuando hago el intento, para llegar a identificar los elementos socio-jurídicos del documento que, hoy también identifico como Constitución, no puedo menos de considerar como datos de análisis y de partida, aquellos caracteres que con mayor frecuencia, marcan los puntos estructurales del mismo, y que además están muy ligados al desarrollo de los diversos documentos que a la fecha son la representación del Estado de Derecho.

Quizá en un afán, por establecer criterios con bases objetivas, pudiera mencionar que: el primer elemento de una constitución, es ser la expresión de la voluntad y aquiescencia de la población, a quien va dirigida y aceptada como Norma Suprema. El segundo de los elementos, más consolidados, es su formalidad institucional, sea esta escrita o consensual, regida por los diversos sistemas jurídicos que, enmarcan su realidad. En tercer lugar, presento la oportunidad y adecuación de respuesta al marco social, como una garantía de las libertades que, a todo ciudadano corresponde. En cuarto lugar, como se percibe hoy en día, debo considerar la ortodoxia, al preservar los valores humanos que, desde la época de HOBBS, con la influencia del positivismo jurídico, se perdieron, en el marco del absolutismo y que en épocas posteriores, se han pretendido rescatar, como una exigencia y vivencia generalizada a nivel internacional. En quinto lugar, el elemento estructural de las distintas instituciones de gobierno y la delimitación de sus funciones.

En nuestros días, sobre el aspecto jurídico de la Constitución, El Dr. Márquez Rábago, comenta el pensamiento del Dr. Ignacio Burgoa Orihuela en el siguiente texto:

"El Derecho es la única ciencia que tiene como virtud el traer a la vida diaria de los hombres a través de su regulación normativa, en su interrelación social, sus anhelos, esperanzas y ambiciones,

²⁴⁴ CARBONELL MIGUEL.- Una aproximación al concepto de Constitución.- Revista EL FORO.- Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., Décima Época, Tomo XI, México 1998, pág. 3.

y aún valores éticos; cuando el derecho no lo hace o lo realiza de manera insatisfactoria, el pueblo soberano, puede ejercer la presión necesarias para que se reflejen dichos intereses dentro de la Carta Magna y su sistema jurídico²⁴⁵.

Me parece muy oportuno, incluir en el presente capítulo del trabajo de investigación, otro comentario del Dr. Márquez Rábago:

"El Derecho Constitucional no sólo toma en cuenta la realidad normativa de un Estado, es decir su *Constitución*, entendida ésta como la Ley Suprema, sino que entiende a esta clase especial de derecho como objeto de estudio multidisciplinario. García Pelayo señala en su libro *Derecho Constitucional Comparado*, que el conocimiento completo del Derecho Constitucional no se satisface con un enfoque formal detenido en las normas escritas en los textos, así entendemos que el Derecho Constitucional regula la vida diaria de un pueblo, previene la existencia de un orden social y organiza políticamente al Estado."²⁴⁶

²⁴⁵ MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R.- Op. Cit. pág. 10.

²⁴⁶ Idem, pág. 11.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con el anterior marco generado, es innegable "La supremacía de la constitución, concebida como el pacto celebrado por el pueblo soberano y reconocida como la ley suprema", es el único medio de garantizar el Estado de Derecho, tanto para los ciudadanos, como para los organismos de gobierno.

Desde luego que aquí, cuando se expresa que la Constitución es resultado de la expresión de voluntades, tomamos en cuenta el criterio democrático, por el que el pueblo, expresa su motivación, necesidad y adecuación a la misma en virtud de la utilidad, seguridad, y libertad que le protege dicho documento, como manera de ser πολιτεια..

SEGUNDA.- De igual manera cuando nos referimos a la formalidad, es que no perdemos de vista el origen y forma de elaboración de la norma fundamental, tal como Aristóteles lo comenta de su tiempo "...ellos acordaron elegir a Solón como árbitro y arconte y le confiaron la tarea de *establecer* la constitución", y a partir de ahí los diferentes sistemas jurídicos determinan la forma de creación del Documento Fundamental, a través de órganos de poder bien definidos o bien a través de la costumbre como en las naciones anglosajonas, para que su presentación sea escrita o no escrita como la Inglesa.

TERCERA.- En el tercer elemento el marco social, también referencial a la πολις como integración del ciudadano que delimitado por una ciudad, tiene necesidad de una identidad entre todas las demás, circunstancia que se logra a través de la πολιτεια, recabando en dicha constitución las características generales de las πολιεις.

CUARTA.-Por cuanto a los valores, que tienen que contemplarse como elemento de la Constitución, recuerda la presencia de la Ley Natural, que en diferentes etapas de la humanidad, ha sido la guía de la normatividad, sobre todo porque es la que puede sustentar con mayor fuerza el Bien común, dentro de la Norma Fundamental.

QUINTA.- Finalmente el elemento de organicidad y distribución de funciones, se refuerza con la consideración objetiva de que el Estado es un conjunto de poblaciones y es así como la πολιζ no es más que la forma en que estas πολιεις están organizadas... Además de que en la πολιτεια o constitución es la que determina las funciones de los ciudadanos y por ese hecho establece la organización de la πολιζ".

Con lo anterior, no estoy seguro de haber presentado en forma exhaustiva el contenido del tema pero lo que sí estoy convencido es que el material localizado es mucho más rico de lo previsto originalmente, y por tanto me esforzaré en recabar, analizar dicha información y con ello enriquecer el desarrollo del tema de Investigación, del cual es parte indicial el presente trabajo.

CAPÍTULO III

“ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN UNA REFORMA INTEGRAL AL TEXTO CONSTITUCIONAL”

INTRODUCCIÓN; 3.1.- Ámbito de una Reforma constitucional; 3.1.1.- Ámbito Espacial; 3.1.2.- Ámbito Temporal; 3.1.3.- Ámbito Personal; 3.1.4.- Ámbito Material; 3.1.5.- Aspectos Colaterales; 3.1.5.1.- Lo Político-social; 3.2.- Los Diferentes Marcos Rectores de una Reforma Integral a la Constitución; 3.2.1.-El Constitucionalismo; 3.2.2.1.- La Constitución muro de seguridad; 3.2.2.2.- El Cambio Formal; 3.2.2.3.- El Cambio No Formal; 3.2.2.4.- Perspectivas para la “Transformación Constitucional”; 3.3.- Las Diferentes Instituciones Jurídicas y su Validez Operativa; 3.3.1.- Escenario Constitucional Mexicano; 3.3.1.1.- La Realidad Jurídica de México; 3.3.1.2.- La Eficacia Jurídica en México; 3.3.2.- Marco jurídico de la Reforma Constitucional en México; 3.3.2.1.- Presupuesto: Artículos 71, 72 y 135 Constitucional; 3.3.2.2.- Naturaleza de la Reforma al Texto Constitucional; CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.-

Hoy en día la humanidad y en concreto el pueblo de México como parte de la misma, ha sido actor y testigo de su propia evolución, que en ocasiones ha sido vertiginosa. Pero siempre con un espíritu acendrado de superación jurídica y de contenido profundamente político.

El camino se inició en 1814 con *Los sentimientos de la nación* de Morelos, formalizándose en 1821 a través del *Acta de la Independencia Mexicana*, confirmándose en el *Acta Constitutiva de la Federación* de 1824. Es a partir de esta fecha como el pensamiento jurídico y político de quienes intervinieron en forma brillante no sólo en la formulación del Documento, sino que con su influencia de pensamiento, estimularon el crecimiento del pueblo como proyecto de nación, y a la vez como promotores directos de su estructura política, a través de los tiempos mantienen y han mantenido la continuidad de los principios fundamentales consignados en los documentos que ofrecen la seguridad

estructural y organizativa del pueblo mexicano, como lo fueron las Bases generales de 1836; las Bases Centralistas de 1843; la misma Constitución de 1857 y finalmente la Constitución de 1917. Ya que en todos esos documentos fundamentales se ha plasmado el mejor proyecto de nación, sin embargo la presencia de un velado escepticismo sobre su cumplimiento, circunstancias que en diversas ocasiones, han propiciado la presentación de proyectos de reforma que en buena medida son necesarias, sin descartar el proyecto de reforma total como se puede percibir de los mismos documentos, que se han mencionado, con resultados felices textualmente, pero con evidentes condicionamientos en la vida real de los mismos.

Dentro de tales características técnicas, sujetas desde la perspectiva jurídico-conceptual a un marco temporal, espacial, material y personal, es como presentaré un breve análisis del artículo 135, con apoyo en los artículos 71, 72 "e" de la Constitución vigente, para dar oportunidad de proponer, si fuere el caso, un procedimiento con valor jurídico y político que determine un proyecto de nación, acorde con las necesidades y circunstancias objetivas del pueblo mexicano, que trasciende los umbrales del siglo XXI; esto sin descartar el estudio sobre los procedimientos establecidos con anterioridad, para llevar a cabo una REFORMA a la CONSTITUCIÓN, a fin de determinar un proyecto de reforma integral, que trascienda el papel y se proyecte al campo de la práctica y al ámbito temporal y espacial de dicha norma, con valor de respuesta y de marco jurídico eficaz y garante del bien común, de la seguridad y de la justicia.

3.1.- ÁMBITO DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.

La vigencia normativa, considerada como ámbito de validez de la misma, tiene dos alternativas para mantener su eficacia, aún cuando ésta se refiera a elementos de procedimiento o estudio de escritorio, diferentes a lo que se identifica y aplica en el discurso de la práctica; me refiero en primer lugar a la

frase "estado de derecho", que para muchos ha sido la razón y la fuente de soluciones y de seguridad funcional en circunstancias muy comprometidas en el ámbito jurídico y político, desde luego que ello es propio de una conciencia que deviene en resultado de la inercia disciplinaria, como elemento connatural de culturización en la sociedad, o bien por otro lado, y esto desde el punto de vista académico; y jurídico fundamentalmente, el "estado de derecho" se configura con base a la ortodoxia jurídica, que bajo el texto y contenido mismo de las normas, determina y sostiene la validez de dicha normatividad, a pesar de sus limitantes naturales propias del momento histórico en que se analiza y evalúa.

En este orden de ideas y con el fin de tener una incipiente referencia de contenido, encontré el siguiente comentario de un Jurista de nuestros días:

"El estado de Derecho *-rule of law* para los juristas angloamericanos-, es una referencia a la actual composición del Estado bajo una regulación estricta de las normas jurídicas, ya consistan éstas en leyes constitucionales u ordinarias expedidas y promulgadas por las autoridades competentes, en reglamentos administrativos, o en jurisprudencia obligatoria decretada por el más alto tribunal constitucional de un país.

Aunque la institución nace formalmente en el tercio final del siglo pasado, su concepción se ha venido manejando desde los tiempos de los griegos y romanos, como oposición al sistema absolutista de los reyes, emperadores y príncipes que ordenaban a su capricho las normas a las cuales deberían someterse los súbditos; además las interpretaban y aplicaban; y finalmente imponían las sanciones o las perdonaban según su criterio, su parecer o su conveniencia. La creación a ese estado de cosas trae como resultado la adopción por los países contemporáneos de un Estado que se rige únicamente por normas jurídicas, y que se atiene estrictamente a ellas"²⁴⁷.

²⁴⁷ Castro, Juventino V.-La mutación estructural del Derecho en México.-Porrúa, México 1998, pág.1

Es así como al estudiar el ámbito de una reforma constitucional, es indispensable tener muy presente que, al fin y al cabo, se trata de una **NORMA** que, a pesar de ser fundamental de un estado, contiene en sí los elementos estructurales de existencia y validez, y además nos conlleva a una realidad enmarcada por cuatro ejes inseparables, que son: por un lado el espacio geográfico, por el segundo el tiempo o duración, por el tercero la materia y finalmente por el cuarto las personas; sobre los cuales es conveniente hacer algunas reflexiones específicas, como lo hace el Dr. Márquez Rábago:

“Por la finalidad de la *Constitución*, que es el organizar al Estado y su funcionamiento, contener la tutelación de los derechos, libertades y garantía que reciben los individuos y los grupos sociales, que conforman los factores reales del poder en la sociedad, así como las instituciones políticas que protegen lo anterior, es deseable la permanencia de la norma constitucional, como la de toda norma jurídica, pero por su calificativo de suprema la norma constitucional se encuentra revitalizada. Si bien es cierto que la norma constitucional pretende su permanencia por el sólo hecho de ser el instrumento jurídico más importante que permite a la sociedad llevar a la vida diaria sus más importantes valores, traducidos en norma jurídica, la Constitución no puede llegar a la pretensión ilusa de la inmovilidad legislativa, y no puede encontrarse esta por una simple razón: la norma jurídica es un producto social y destinada al beneficio de esa misma sociedad, por naturaleza es dinámica, evolutiva, como la sociedad misma, por lo cual no ha sido, ni será posible el crear normas de derecho con perpetua validez a lo que algunos autores han denominado *Cláusula Petrea*”²⁴⁸.

De esta forma abordo la **reforma a una CONSTITUCIÓN**, ya que objetivamente es una serie de hechos que se han dado en el entorno de las naciones y en específico en México, en virtud de las circunstancias cambiantes

²⁴⁸ Márquez Rábago, Sergio R.- Atributos y responsabilidad de la Constitución de 1917.- Tesis doctoral UNAM, México 2000, pág. 22.

históricas propias del desarrollo humano. En este sentido el Dr. David Vega Vera expresa:

“Las constantes reformas constitucionales y legales han provocado una desarticulación, una incongruencia en el sistema del Estado d Derecho mexicano que creó el Congreso Constituyente de 1917”²⁴⁹.

Ahora bien, en cuanto al concepto de Reforma es oportuno tomar el punto de vista de Francisco Ramírez Fonseca, transcrito por el Dr. Márquez Rábago en su obra citada:

“La adición como la suspensión y la sustitución no son sino géneros de una misma especie. Al decir adicionar y reformar, incurre en una inútil repetición, pues la adición es, precisamente, una de las maneras como puede operar la reforma”²⁵⁰.

3.1.1.- AMBITO ESPACIAL.-

La naturaleza de este ámbito, se comprende con lo expresado por García Maynez y Villoro Toranzo, quienes la describen como: *la porción geográfica en que un precepto jurídico es aplicable*²⁵¹; en su devenir es cambiante y perfectamente acorde con los nuevos criterios que los pueblos introducen en su constante desarrollo, circunscrito a las características geográficas, culturales, educativas, científicas, tecnológicas y políticas, que inciden en el desarrollo de los grupos humanos. Vemos hoy por ejemplo que las barreras geográficas y políticas, sólo se mantienen en las cartografías y en los mapas, pero con ninguna o mínima garantía, pues la tecnología, los sistemas de comunicación y los programas

²⁴⁹ Vega Vera, David.- Los procedimientos constitucionales en la Reforma del Estado.- PEMEX-LEX, Revista jurídica de Petróleos Mexicanos, Núm. 121/122, julio agosto 1998, pág. 48.

²⁵⁰ Ramírez Fonseca, Francisco.- Manual de Derecho Constitucional.- PAC, México 1990, pág. 533.

²⁵¹ García Maynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.- Porrúa, México 1972, pág. 80; también Villoro Toranzo, Miguel.- Introducción al Estudio del Derecho.- Porrúa, México 1990, pág.285.

globalizadores, han arrojado los mismos en aras de una humanidad solidaria y por encima de cualquier límite que se quiera imponer, sea éste internacional, plurinacional, nacional (federal), local y municipal²⁵².

Los proyectos otrora circunscritos a límites reales y a características ortodoxas en sus controles, han quedado en realidad histórica, entre ellos el ámbito jurídico, que había sido propio de pueblos geográficamente definidos, hoy aún en sus principios está siendo cuestionado, no solo en su validez y eficacia, sino en sus mismas fuentes reales y formales, en virtud de que deben responder a las características jurídicas de las conductas de los grupos, bajo la influencia de usos, costumbres y normas externas propias de otros lugares distantes en la geografía y por otro lado tan cercanos a través de los medios y sistemas de comunicación masiva, con las consecuencias y repercusiones de contenido y forma diversificadas, que impulsan a dejar sus principios de originalidad y simplicidad.

Los fenómenos conductuales anteriormente llevados a cabo en sitios muy distantes, hoy los vemos repetidos en cualquier territorio, fruto también del fenómeno migratorio o movimiento poblacional interno y hacia el exterior. Las barreras físicas son impotentes para llevar a cabo el control del paso irregular en las fronteras y con ello acompañan las conductas que jurídicamente no son explicables de momento en el nuevo territorio, incluyendo acciones racistas y genocidas, tal es el caso en la frontera norte y sur de México, o bien es el caso de los individuos que son juzgados e inculcados en territorios diversos al de su origen como indocumentados, cuyas valores culturales, religiosos, educativos, civiles, sociales y políticos responden a diversos sitios de procedencia.

²⁵² Villoro Toranzo, Miguel.- Introducción al Estudio del Derecho.- Porrúa, México 1990, pág.285.

3.1.2.- ÁMBITO TEMPORAL.-

Por lo que se refiere al ámbito temporal, es un elemento que mantiene una circunscripción de validez normativa, que marca un período de eficacia en la norma, debido a la presencia de los elementos que dieron origen a la misma, aceptando tácitamente que las condiciones de creación de la norma, van variando conforme al desarrollo del grupo, al que van dirigidas incidiendo directamente en su eficacia; por lo que acordos con el propósito de superar las normas “*de papel*”, que en el concepto de Fernando Lassalle a mediados del siglo XIX, si queremos un auténtico “*estado de derecho*”, la norma debe ser actualizada para no condicionar o coartar su eficacia, y sí garantizando una situación de seguridad jurídica, necesaria a todo pueblo. A todo ello debe agregarse que el pensamiento y necesidades de organización e integración de los pueblos, va adquiriendo realidades conceptualizaciones políticas, propias de su idiosincrasia y avances en el entorno socio-político.

Así se refrenda el concepto por el Dr. Juventino V. Castro:

“Para el ilustre maestro argentino don Carlos Cossio, la ciencia es un hecho de cultura, si bien no acepta que la historia absorba a la ciencia. Agrega indicativamente: ‘El problema de la historicidad de la ciencia jurídica es un problema interno a la ciencia del jurista –no un tema de su ciencia- en cuanto que su ciencia está en el jurista y se desplaza con él, tal como el náufrago, encaramado en la madera salvadora que lo sostiene, se desplaza con ella al impulso de la corriente que la mueve. Este es un problema que pone la vida, en cuanto que ella es siempre el instante de la existencia; es el problema de la *presenteidad* de la ciencia en cuanto que la ciencia es creación histórica del hombre... Sin embargo es un problema de crítica y sólo con este alcance polémico interesa vitalmente al jurista en tanto que dogmático.’

Estos pensamientos del gran jurista y filósofo han venido a mi mente, al contemplar el fenómeno del *cambio*, de la *mutación*,

que se produce en esta década en nuestro país en muchos órdenes, pero que fundamentalmente se observa en el campo de lo jurídico. Nuestra cultura permanece o se mueve -aunque no siempre podamos percibir por qué ello ocurre así, y quien la dinamiza-, sabiendo que la clave está en su propia historia; la de la insurgencia, la de las grandes causas sociales. Y en lo jurídico, la historia de sus colisiones, la de sus enfrentamientos, la de sus requerimientos, la de sus carencias, la de sus búsquedas, y , finalmente, la de sus hallazgos"²⁵³.

Este marco es de vital importancia para la integración de un orden constitucional, fundamentado y válido en la sociedad actual.

3.1.3.- ÁMBITO PERSONAL.-

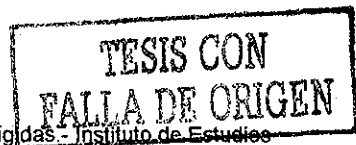
La norma, en este aspecto personal, se refiere a los individuos a quienes va dirigida la norma, y tomando como referencia la conducta humana, afecta tanto la naturaleza, como la validez de una norma, pudiéndose tomar como punto de reflexión el siguiente comentario de James Bryce:

"La estabilidad de una *Constitución* es una cualidad muy deseable, porque da a las conciencias de los ciudadanos una sensación de seguridad que redundo en beneficio del orden, la industria y la economía; y a la vez porque permite acumular experiencias que hacen posible el mejoramiento de la *Constitución*"²⁵⁴.

En todo caso también conviene tener en cuenta la transcripción que el Dr. Márquez Rábago hace, sobre la carta de Jefferson a Madison el 6 de septiembre de 1789:

²⁵³ Idem.- pág. IX.

²⁵⁴ Bryce, James.- *Constituciones flexibles y Constituciones Rígidas*.- Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1952, pág. 131s.



“La cuestión de si una generación de hombres tiene el derecho a limitar o atar a otra, es un tema de tales consecuencias que se encuentra ente los principios fundamentales de todos los gobiernos... Parto de una premisa, ‘Que la tierra pertenece en usufructo a los vivos’: que los muertos no tienen poderes ni derechos sobre ella... De manera similar puede decirse que ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua o siquiera una ley perpetua... Esto excluiría los errores ruinosos y contagiosos que han armado a los déspotas con medios no acordes con la naturaleza, par amarrar con cadenas a sus semejantes”²⁵⁵.

El alcance de este ámbito, deja la perspectiva suficiente como para que el documento fundamental adquiera su eficacia y permanencia.

3.1.4.- ÁMBITO MATERIAL

Sabido es que la materia constitucional, lo es la totalidad de los fundamentos para el resto de la normatividad existente y posible, tanto en lo dogmático, como en lo organizacional de un pueblo o nación. Incluyendo así tanto los principios políticos, como los sociales y jurídicos cualquiera que sea su alcance. Por tanto en este rango las formas de vida del grupo, los avances científicos y tecnológicos, así como la influencia de otros pueblos, dado el adelanto en los medios de difusión y comunicación, han avasallado las fronteras geográficas y condicionado el contenido, validez y eficacia de algunos de los principios políticos, que hoy en día están en la mesa de las evaluación y vigencia de derechos.

²⁵⁵ Márquez Rábago, Sergio R.- Op. Cit. pág. 23.

Es así como la validez y eficacia constitucional están ante el umbral de una nueva perspectiva jurídica con sus repercusiones políticas, sociales y de estructura de los pueblos, ante la inevitable realidad globalizadora. El pensamiento y la interacción humana generan en forma constante nuevas situaciones de conducta de relación entre los semejantes, al grado de que la normatividad tiene que actualizarse mediante los mecanismos establecidos para el efecto.

3.1.5.- ASPECTOS COLATERALES.-

En fin, y desde el punto de vista integral, lo importante del tema, es conocer los principios colaterales y rectores desde el panorama social, político, cultural entre otros, como lo es la soberanía, las libertades, las garantías individuales y sociales, los derechos fundamentales y la división de poderes, que se plasman y alcanzan realidad objetiva en el texto normativo, conocido como Constitución Política de un Estado. Ello implica llevar al ámbito de la investigación *los elementos que impulsaron la actividad del constituyente, y que al estar presentes influyeron en los momentos de las discusiones y exposiciones de motivos durante el proceso, de discusión y aprobación, en su caso, de los diferentes textos constitucionales, así como el posible horizonte de su aplicabilidad, sin desconocer que los integrantes del constituyente, con toda su buena voluntad y propósito, jamás pudieron ser plenamente visionarios de las nuevas realidades sociopolíticas propias de las generaciones que les sucederían, amen del avance y mutaciones provocadas por el adelanto científico y tecnológico, con sus correspondientes consecuencias en el ámbito de la realidad histórica y social de los pueblos, jamás atribuible a un error de visión histórica del constituyente.*

Tales cambios objetivos de la realidad a normar, exige la revisión de los mecanismos establecidos para mantener la vigencia del orden jurídico positivo,

aún en contra de la regulación permanente y fija de otros tiempos. Esto ocurre hoy en día en virtud de tendencias manifiestas, directamente aceptadas o no como testimonio de lo que en cada momento ha sido lo relevante de un programa político, que vienen a ser:

"La constitucionalización de los derechos sociales, la extensión de la democracia, la ampliación del manto de superlegalidad, la tecnificación del aparato político-constitucional"²⁵⁶.

Entendidas estas circunstancias, en palabras del Dr. Diego Valadés como:

"Un proceso de modernización dentro de un Estado que, en la búsqueda de nuevas formas para canalizar institucionalmente las inquietudes democráticas de los mexicanos, ha ido dibujando el perfil de una nueva realidad constitucional"²⁵⁷.

Por consiguiente hasta hoy, ha habido cambios de fondo y forma concordantes con las distintas etapas temporales y geográficas de nuestro país, representativas de lo que pudo haberse considerado como lo más importante y propio del país. Atento asimismo a la característica del ordenamiento jurídico como un sistema dinámico, es indispensable que se transforme en forma continua para dar respuesta a las exigencias del entorno que lo materializa, a través de su existencia y vigencia normativa²⁵⁸. En este sentido es la expresión del Dr. Valadés:

"...una Constitución tiene que irse adecuando a la cambiante realidad, y esta adecuación puede realizarse principalmente a través de dos métodos: la interpretación judicial y la reforma"²⁵⁹.

3.1.5.1.- LO POLÍTICO-SOCIAL.-

Como elemento ineludible lo político-social, es el ámbito referencial en el que se fundamenta la validez del orden normativo emitido, tanto por el

²⁵⁶ Miranda, José.- Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina (1945-1956).- Instituto de Derecho Comparado.- UNAM, México 1957, pág. 232.

²⁵⁷ Valadés, Diego.- La Constitución Reformada.- UNAM, México 1987, Pág. 11.

²⁵⁸ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 47.

²⁵⁹ Valadés, Diego.- La Constitución Reformada.- UNAM, México 1987, pág. 16.

las normas. Es en este sentido que se justifica la presentación de mi investigación, con algunos puntos de vista como los del Dr. Diego Valadés:

“El orden jurídico tiene una íntima vinculación con el orden político. Por una parte, la norma define la forma política; por otra, el ejercicio político actualiza la hipótesis jurídica. El punto más claro de esa coincidencia se da en las decisiones políticas que se convierten en precepto constitucional y que, en esa medida, se erigen en fundamento del universo normativo y del quehacer del Estado.

Es cierto que, en ocasiones, hacer referencia a la vinculación entre el derecho y la política puede parecer o un arcaísmo o una peligrosa transacción. En un concepto clásico, el Estado de derecho se caracteriza, justamente, porque los poderes públicos son regulados por normas generales, y deben ser ejercidos dentro del estricto marco de esas leyes. Esto es cierto. Pero también lo es que son los órganos del Estado quienes elaboran y aplican las normas”²⁶⁰.

Desde luego que en este contexto, con la investigación correspondiente, hago referencia a una institución de naturaleza jurídica como es el *ESTADO*, con sus elementos constitutivos integrales hasta hoy: *pueblo, territorio y gobierno*, ya considerados en el capítulo anterior, como los órganos propios de su realidad, a través de los cuales se han personalizado sus funciones y actividades de vida.

En especial, he de admitir que el dominio de la política, sobre todo en la caracterización de los regímenes democráticos, con mayor intención de promoción y vida jurídica en la actualidad, se percibe como:

“... una serie de crecientes demandas provenientes de la sociedad civil que obligan al sistema político a darles adecuada respuesta. Y la respuesta política del sistema siempre tendrá una forma de expresión jurídica.

Por eso en el caso del derecho y de la política puede decirse que existe una relación sinérgica: mutuamente se potencian y

²⁶⁰ Valadés, Diego.- Constitución y Política.- UNAM, México 1994, pág. 15.

mutuamente se actualizan... El derecho sustenta el orden político y a su vez se sustenta en él. Esa relación sinérgica es insoluble. De ahí que la combinación de esos elementos produzca diferentes caracterizaciones. Un sistema jurídico avanzado en un sistema político rezagado se convierte en un orden meramente nominal. A la inversa, un sistema jurídico desactualizado en un sistema político muy dinámico hace que se pierdan los ritmos y la propia identidad entre el poder y el derecho....

Los intensos cambios que generan los nuevos hallazgos científicos, los nuevos desarrollos tecnológicos, las nuevas formas políticas, las nuevas elaboraciones doctrinarias, las nuevas demandas sociales, reclaman también nuevas expresiones jurídicas. Un derecho rezagado no sirve”²⁶¹.

El marco cuya esencia se describe es representativo de una necesidad interna del sistema jurídico, en este caso mexicano, a través del cual se constata la realidad jurídica y su relación con su eficacia respectiva, en el contexto de su vigencia y ámbito de aplicación, por ello no se debe olvidar una realidad de cambio axiológico condicionante y resultante del actuar social y sobre todo político:

“La Constitución... tiene un valor axiológico trascendente y por ello no es posible considerar a este cuerpo normativo como altamente cambiante, pues la sociedad misma a la que se dirige, evoluciona pero lentamente y no en forma acelerada en tanto no abandone sus valores tradicionales”²⁶².

Los puntos que he consignado hasta este momento como resultado de la reflexión, abren paso a la investigación sobre la validez y *perennidad* en las normas fundamentales.

²⁶¹ Valadés, Diego.- Op. Cit. pág. 16s; Castro Juventino V.- Op. Cit. pág. XI.

²⁶² Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 23.

3.2.- LOS DIFERENTES MARCOS RECTORES DE UNA REFORMA INTEGRAL A LA CONSTITUCIÓN.

Bajo este rubro es el momento de consignar aspectos concretos y específicos, sobre la reforma integral a la Constitución Política de un Estado. Se entiende por *integral*, la realidad plena, conciente y decidida, cualquiera que sea su origen, o consecuencia, siempre y cuando responda plenamente a la situación necesaria del grupo a quien está dirigida la norma fundamental. Para ello y como resultado de consultas a varias obras de autores, especialistas en la materia, aunado a una reflexión personal en la búsqueda de razones suficientes, presento algunos de los puntos de vista doctrinal, que por otro lado son numerosos y diferenciales, sobre todo tomando como base su realidad normativa que rige los desempeños y marcos de tarea investigadora de tales estudiosos.

Sin embargo he encontrado que el tema no está definido con amplitud y sí más bien se discute sobre un alo de realidad perenne, como el pensamiento de Bryce, indicando que:

“La rigidez constitucional debería estar plasmada formalmente, con un proceso de reforma que hiciera necesaria la consulta y sería reflexión para la reformabilidad constitucional”²⁶³.

En similar búsqueda, pero en otro sentido, se pueden comentar los puntos de vista de Autores, que sí están de acuerdo con los reformas acotando elementos que le den vitalidad, acordes con los fundamentos jurídicos y políticos que se exponen, circunstancia que me orilla a aventurar algunos puntos de vista personales como resultado del trabajo; sin desconocer que en la búsqueda he encontrado algunos pensamientos de coincidencia, con los cuales puedo fincar y fortalecer mis consideraciones jurídicas, como lo es el caso del fenómeno denominado: *constitucionalismo*, con elementos y características marcadas de una posible transformación.

²⁶³ BRYCE, James.- Op. Cit.

En ese sentido es como encaro el estudio de dicho fenómeno que por su importancia en nuestros días así lo requiere.

3.2.1.- EL CONSTITUCIONALISMO.-

Hacer referencia al tema, implica tomar los puntos básicos de toda normatividad constitucional, tal como lo describe el Dr. Márquez Rábago, con base en el pensamiento del Dr. Carpizo:

"Las decisiones fundamentales son los principios rectores de un orden jurídico, son la esencia misma de ese derecho. No son universales, sino que están determinadas por la historia y realidad socio-política de cada comunidad, son parte de la historia del hombre. La mayoría de las Constituciones contienen cuatro decisiones fundamentales que son: la soberanía, la declaración de derechos humanos, la división de poderes y el sistema representativo; pero está en la historia y las necesidades de cada país que existan o no otras decisiones fundamentales"²⁶⁴.

En este sentido el Dr. Jorge Carpizo, expresa:

"La Constitución Mexicana de 1917, además de las cuatro decisiones apuntadas contiene otras tres: el régimen federal, el control de la constitucionalidad de las leyes y actos, y la supremacía del Estado sobre las iglesias"²⁶⁵.

El fenómeno en sí mismo, puede ser considerado como un puntal, o bien una piedra angular de las modernas organizaciones políticas, tal como lo expresa en su obra el autor Carlos de Cabo Martín²⁶⁶.

²⁶⁴ Idem, pág. 53.

²⁶⁵ Carpizo, Jorge.- Estudios Constitucionales.- UNAM, México 1983, pág. 294.

²⁶⁶ Cabo Martín, Carlos de.- Contra el Consenso.- UNAM, México 1997, pág. 173s

“En un rápido balance histórico, habría que señalar cómo el constitucionalismo, hasta la primera posguerra, aparece fundamentalmente como instrumento de limitación y control del poder, cuyos límites establecen con precisión las nuevas Constituciones escritas²⁶⁷...

Tras la Primera Guerra Mundial, las Constituciones garantizan el gobierno de las mayorías con respecto a las minorías, empieza a extenderse el control de constitucionalidad de las leyes²⁶⁸, introducen los nuevos derechos sociales²⁶⁹....

Tras la Segunda Guerra Mundial continuarán intensificadas estas tendencias en una progresiva juridización de los procesos sociopolíticos y económicos ...

Desde un planteamiento sistemático, el profesor J. De Esteban ha expuesto, asimismo, la aportación del constitucionalismo a través de lo que denomina función legitimadora de las Constituciones (en la aparición de Estados o tras cambios políticos fundamentales), política (regulación de los temas centrales de la vida política; soberanía nacional, derechos individuales, división de poderes, cauces de acceso, transmisión y vehículos del poder, límites y controles al mismo, etcétera), organizativa, jurídica e ideológica (en el sentido de programática)²⁷⁰.

Para terminar con el comentario que puede encerrar todo el proceso que nos ocupa, pecaría de omisión no refiriéndome al pensamiento del jurista español anteriormente citado, en el que se puede ver con mayor insistencia su contenido:

“Desde estas perspectivas, la Constitución, que tiene su origen en la circunstancia histórico-concreta apuntada, desempeña

²⁶⁷ Biscaretti, P.- Introducción al derecho constitucional comparado.- F. C. E., México 1975, pág. 43ss.

²⁶⁸ Así ocurre en las Constituciones de Irlanda de 1921 (art. 16), de Rumania de 1923 (art. 103), de Grecia de 1927 (art. 5), de Austria de 1920, y de Checoslovaquia de 1918, México 1917(arts. 27, 123).

²⁶⁹ Mirkin-Guetzevich, B.- Las nuevas Constituciones del mundo.- Ed. España, Madrid 1931, prólogo.- Apud Cabo Martín, Carlos de.- Contra el Consenso.- UNAM, México 1997, pág. 173.

²⁷⁰ Esteban, J. De.- Constituciones españolas y extranjeras, estudio preliminar.- Taurus, Madrid 1977, pág. 23ss.

objetivamente una finalidad específica: no sólo expresa formalmente el nuevo orden, sino que contribuye a crearlo y a defenderlo. Y este último hecho tiene su casi mecánico reflejo en la tendencia de las Constituciones a perpetuarse. Sin embargo, esta relación causal no ha sido habitualmente explicitada, y la interpretación más usual se ha quedado en la mera observación de que las Constituciones tienen, como característica "inmanente", la de permanecer. La idea de permanencia —se ha dicho²⁷¹— ha estado estrechamente vinculada a la Constitución, hasta el punto de que la estabilidad se ha considerado como un deseable atributo suyo; se la relaciona, sin más distinciones, con la pretendida inmutabilidad de las anteriores "leyes fundamentales" y aún se trata de ver en todo ello una manifestación de la "naturaleza humana" que tiende a la fijación de situaciones, recordándose cómo las construcciones de Platón, Polibio o Hegel tratan de detener la historia en sus respectivos momentos existenciales.

Pues bien, de lo que aquí se trata es de señalar que si las Constituciones tienen un origen histórico muy concreto y se configuran de manera que sirven a la defensa y permanencia del nuevo orden frente al antiguo, de manera que, en buena medida, se definen y caracterizan por esta estrategia defensiva frente al viejo sistema, en la actualidad, bien lejos de aquella circunstancia histórica, conservan, sin embargo, el mismo carácter y finalidad. Todo el "orden constitucional", se diría que, desde estas perspectivas, permanece anclado en su tiempo. Sin evolución en su *ratio* ni en su forma, el instrumento sigue desempeñando la misma función: la defensa frente al cambio. Y en definitiva, el mantenimiento del *statu quo*. Y parece obvio señalar cómo esta función, evidentemente positiva en su origen en cuanto contribuyó al triunfo burgués, se ha convertido en un factor

²⁷¹ García Pelayo.- Derecho constitucional comparado".- Revista de Occidente, Madrid 1961, pág. 128ss.

regresivo, por lo que cabría destacar como una primera exigencia de esta hora la de tratar de "actualizar" la función constitucional"²⁷².

Veo con este texto transcrito, una realidad, que se me antojaba en una época de mi investigación como situación sacra e intocable, como característica toral de la norma constitucional y por ello mismo, que cerraba toda posibilidad diversa a una reforma integral de la misma.

No perdamos de vista que Carl Schmitt, sostiene que la Constitución auténtica, es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta el poder constituyente²⁷³, sólo reformables por el poder que las adoptó; en este sentido sería el poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo mismo.

Puede concluirse con el siguiente texto del Dr. Burgoa:

"... Toda reforma a la Ley Fundamental debe tener una justa causa final, o sea un motivo y un fin que realmente respondan a los imperativos sociales que se reclamen. Sin esta legitimación, cualquiera modificación que se introduzca a la Constitución no sería sino un mero subterfugio para encubrir, tras la apariencia de una forma jurídica, todo propósito espurio antisocial o demagógico"²⁷⁴.

En concordancia con la exposición anterior de pensamiento, presento algunos puntos básicos de su estudio en lo concerniente a:

3.2.2.1.- LA CONSTITUCIÓN MURO DE SEGURIDAD.-

En los umbrales del siglo XX, fue criterio de mayor aceptación, sin embargo los cambios científicos y tecnológicos, rompieron tal actitud y motivaron al "*nuevo orden*", que vino a romper con el *ancien regime*, sobre todo en la realidad social enmarcada por el liberalismo, la lucha de clases. Es así como se

²⁷² Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 176.

²⁷³ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 52.

²⁷⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio.- Derecho Constitucional Mexicano.- Porrúa, México 1991, pág. 369.

provoca una transformación ideológica, donde la defensa de la libertad es garantía frente al poderoso.

Aparecen a partir de ese momento un conjunto de frenos o candados con fuerza de norma constitucional universal. Tal es la razón del concepto funcional de la Constitución:

"Un procedimiento por el que la acción gubernamental se somete efectivamente a un sistema de frenos"²⁷⁵.

Coincidentemente Karl Loewenstein, también se expresa de la siguiente forma:

"El control del poder político es el núcleo de lo que la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo. Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores. Exponer el mecanismo de esas reglas, constituye el centro de cualquier teoría de la Constitución"²⁷⁶.

Según este contexto en una sociedad de clases, la constitución es un resultado contradictorio, desde el punto de vista siguiente:

1° Inicialmente expresa la ideología e intereses prevalentes y necesarios para el mantenimiento de la sociedad burguesa y que, con todos los "compromisos" que se quiera, responde al interés general de las clases dominantes referidos a la situación histórico-concreta en que la Constitución surge y a los que trata de garantizar.

2° La dinámica histórica puede exigir el cambio de normas de la estructura política, de las condiciones y formas del poder y de la administración, a fin de adecuarlos a las nuevas formas que exige la defensa de aquellos intereses.

²⁷⁵ Friedrich, Carl.- La démocratie constitutionnelle.- PUF, Paris 1958, pág. 66ss. Apud Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 177.

²⁷⁶ Loewenstein, Karl.- Teoría de la Constitución.- Ariel, Barcelona 1964, pág. 29ss. Apud Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 177.

3° El supuesto democrático, en cuanto principio de legitimación universalmente indiscutido, se encuentra incorporado a la generalidad de las Constituciones modernas, lo que, pese a todos los filtros que se establezcan, implica introducir de alguna manera la lucha de clases en el campo jurídico-político.

El sistema de contradicciones se ha resuelto mediante la configuración de los sistemas constitucionales, en torno al tema de referencia, con base en dos tipos de ingredientes de naturaleza aparentemente distinta:

I.- Uno formado por los supuestos que se definen por su finalidad conservadora (superlegalidad, el contenido que habitualmente comprende lo que genéricamente se denomina "defensa de la constitución", cláusulas de intangibilidad,...)

II.- Y otro formado por los supuestos que se definen por su pretensión de introducir el cambio (los que integran lo que en sentido amplio puede llamarse cambio constitucional)²⁷⁷.

En este ámbito, también encuentro el siguiente texto:

"Carl Shmitt en su libro *Teoría de la Constitución*, la *Ley fundamental* puede equivaler a una *norma absolutamente inviolable*, que no puede ser reformada ni quebrantada bajo supuestos dificultados –principio de rigidez-. También puede significar afirma, el último *principio unitario de la unidad política y de la ordenación del conjunto*, así como la forma última para un sistema de imputaciones normativas, señalando además otras connotaciones con las que se suele emplear el mencionado concepto"²⁷⁸.

En todo caso la modificación constitucional se justifica única y exclusivamente por la acción del Constituyente originario, cuyo titular es el pueblo mismo, el que está facultado en forma exclusiva para modificar las decisiones políticas fundamentales, ya sea para alterarlas, para derogarlas o

²⁷⁷ Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 178.

²⁷⁸ Márquez Rábago, Sergio R.- Atributos y responsabilidad de la Constitución de 1917.- Tesis Doctoral UNAM, México 2000, pág. 19.

para adicionarlas²⁷⁹, condición por sí misma irrealizable en sentido estricto. Debiendo recurrir a una consulta o figura similar al pueblo en general, con el fin de legitimar la figura de Constituyente originario en cuanto a facultad y no en cuanto al tiempo de origen. En esta línea la facultad de reformar la Constitución, surge del mismo concepto de reforma, entendida como:

“Una facultad de reformar la Constitución, atribuida por una norma legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser substituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución, contienen, pues tan sólo la facultad de practicar en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones; no la facultad de dar una nueva Constitución... Es inexacto caracterizar como poder constituyente, o *pouvoir constituant*, la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales”²⁸⁰.

Aquí es conveniente tomar la información que el Dr. Márquez Rábago presenta en su obra, referente al tema, tomando como punto de comentario al derecho inglés en los escritos de W. Bagehot, distinguiendo la parte dignificada de la constitución que actúa y preserva su reverencia (*dignified part*), y la parte eficiente que actúa y regula (*efficient part*). Bien en el derecho italiano con Paolo Barile quien sostiene la posibilidad de declarar inconstitucionales las reformas que excedan los límites establecidos. Bien en el derecho español con Luis Sánchez Agesta, señalando que el órgano de reforma, al destruir el orden en que afirma su competencia, se destruye a sí mismo. Bien en el derecho norteamericano, con William R. Marbury:

²⁷⁹ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 55.

²⁸⁰ Mena Treviño, Sergio.- La facultad de reformar la Constitución General de la República.- JUS, Revista de Derecho y ciencias Sociales, Tomo XX, No. 117, abril de 1948, México, pág. 223.

"El pueblo norteamericano no concibió, al conferir a las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados, el poder de hacer enmiendas a la Constitución, el de destruirla, sino que su propósito fue el de 'formar una unión más perfecta' de la Unión 'perpetua' que fundó originalmente".

De igual manera, en el derecho argentino, Juvenal Machado Doncel, quien sostiene que el lenguaje y los términos que utilizó el constituyente original, son la pauta para conocer los límites de las facultades que fueron otorgados para la posteridad con el fin de cambiar las creaciones e instituciones constitucionales²⁸¹.

En forma similar y en síntesis el mismo autor presenta el criterio similar de autores mexicanos, entre otros tales como:

El constituyente de 1856 *José María del Castillo Velasco*, citado por Efraín Polo Bernal²⁸², quien advirtió que las reformas y adiciones deberían adecuarse a la conveniencia pública, al grado de no destruir el documento constitucional:

"Pero las adiciones y reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos del hombre ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y las consecuencias de ella. Y nunca podrán ser de esta manera, porque esos derechos y la soberanía del pueblo, son naturales, proceden de la naturaleza del hombre, son condiciones indispensables de su vida y de su desarrollo: porque la libertad y el derecho no son concesiones de la ley ni del gobernante, sino verdades eternas e inmutables que el gobernante y la ley deben respetar siempre, proclamar y siempre defender y asegurar".

En 1912, en su obra *La Constitución y la Dictadura*, *Emilio Rabasa*, con la creación del territorio de Quintana Roo, sostuvo que la Norma Suprema, sólo

²⁸¹ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 57s.

²⁸² Polo Bernal, Efraín.- Manual de Derecho Constitucional.- Porrúa, México 1985, pág. 62.

preveía reformas y adiciones, pero en ningún caso la negación de la propia Constitución, que protegía la supervivencia de los estados en forma íntegra.

Luis Recaséns Siches, citado por Miguel de la Madrid²⁸³, por su parte sostiene:

“La reforma legal de la Constitución está limitada por barreras infranqueables. Puede abarcar una serie de puntos; pero nunca el relativo a la titularidad legítima del Poder Supremo. La reforma normal o legal de una Constitución tiene que respetar la titularidad originario del poder de constituir. No puede transformarse por vía legal, por vía de reformas constitucionales, una república en una monarquía o viceversa. El órgano autorizado para reformar la Constitución tiene limitaciones impuestas por la legitimidad última del orden jurídico vigente, es decir, las reformas constitucionales no tienen que negar el fundamento último del propio orden jurídico”

3.2.2.2.- EL CAMBIO FORMAL.-

Es el camino de mayor garantía, previsto en múltiples Documentos Constitucionales y como tal se define con toda precisión en los textos, sin embargo tal reforma tiene un doble filtro de control:

- I. **Por razón de la materia.** Ya que por determinación constitucional y en su extensión general tiene un contenido *parcial*. Tal ocurre con las Constituciones de Bélgica 1831, la leyes fundamentales de Bonn 1949, Países Bajos 1956, Noruega 1907, Grecia 1952, México 1917, Paraguay 1940, a diferencia de las proclamas de reforma total de la de Argentina 1956 y Suiza 1884.

²⁸³ Madrid Hurtado, Miguel de la.- Elementos de Derecho Constitucional.- Instituto de Capacitación Política.- México 1982, Pág. 227.

Además esta reforma constitucional parcial está sometida a los "Límites explícitos", evitando recaer sobre cualquier parte de la constitución, y debiendo someterse a:

* Aspectos institucionales o concretos, excluyendo la estructura político-constitucional: la organización federal²⁸⁴, derechos específicos de la Estados dentro de la misma²⁸⁵, la integridad del territorio²⁸⁶, las propias disposiciones constitucionales sobre la reforma, forma de gobierno.

* Aspectos ideológicos o indeterminados, declarando inmodificables principios generales, aspectos genéricos y abstractos, bajo la teoría de los límites inmanentes, como sistema de seguridad frente al cambio, con fundamento en la aceptación de la existencia, dentro de la propia Constitución de una jerarquía normativa cuyo grado superior excede del poder de revisión:

"La facultad de reformar la Constitución atribuida por una normación legal-constitucional, que significa que una o varias regulaciones pueden ser sustituidas por 5455 otras, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución como un todo"²⁸⁷.

II. **Por razón de la forma.** Fundamentada en la "superlegalidad de la reforma", como necesidad de una ley formalmente superior a la ordinaria, donde cauces procedimentales, son fácilmente obstruidos:

* La situación decisiva sobre la atribución de la competencia para iniciar la reforma, es un indicador seguro del nivel democrático de los sistemas políticos (ejecutivo y parlamento)²⁸⁸.

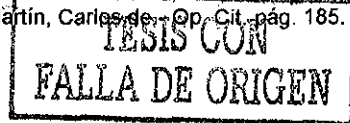
²⁸⁴ Art. 217 de la Constitución del Brasil de 1946; art. 6 de la Constitución de Australia de e1900; art. 79.3 de la ley fundamental de Bonn de 1949.

²⁸⁵ Art. 5 de la Constitución de U. S. A: inmodificable el derecho igual de sufragio de los estados en el Senado; art. 79.3 de la Ley fundamental de Bonn de 1949

²⁸⁶ Art. 89 de la Constitución francesa de 1958 = territorio de ultramar.

²⁸⁷ Shmitt, Carl.- Teoría de la Constitución.- Revista de Derecho Privado, Madrid (s.f.) pág. 120

²⁸⁸ Loewenstein, Karl.- Op. Cit. pág. 172. Apud Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 185.



* Las exigencias peculiares de las etapas complementarias (elaboración y toma de decisiones).²⁸⁹

Cabe llevar a cabo la consideración que sobre los órganos investidos de poder y sus límites o atribuciones, como lo establece René Carré de Malberg, en su Teoría General del Estado, citado por el Dr. Márquez Rábago²⁹⁰:

"El cambio de Constitución, aunque sea radical e integral, no indica ni una renovación de la persona jurídica Estado, ni tampoco una modificación esencial en la colectividad que en el Estado encuentra su personificación. Mediante el cambio de Constitución, no sustituye un antiguo Estado por una nueva individualidad estatal. A decir verdad, la idea de soberanía nacional no exige de modo absoluto sino una cosa: que las Constituciones no pueden ejercer por sí mismas los poderes que están encargadas de instituir; cumplida esta condición, la soberanía de la nación no excluye rigurosamente la posibilidad de que las Constituyentes queden investidas de un poder ilimitado de revisión".

Por tanto para que una reforma constitucional tenga validez, lo único que se requiere es seguir el procedimiento establecido dentro de la misma Constitución.

3.2.2.3.- EL CAMBIO NO FORMAL.-

Conforme a puntos de vista y experiencias de constitucionalistas avezados en el tema, el cambio *no formal*, es como una manifestación inevitable presentada en este caso por Laband como una "*mutación constitucional*", que al parecer es propia del sistema inglés por su naturaleza consuetudinaria, sobre el cual se toman las siguientes observaciones:

²⁸⁹ Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 187ss.

²⁹⁰ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 66s.

- I. "Las convenciones inglesas no pueden ser invocadas ni aplicadas coactivamente por los tribunales. En definitiva, no cabe considerarlas como derecho, con todo lo que ello supone.
- II. Son creadas, exclusivamente, por los órganos de poder, sin que en ningún momento, en su fase de formulación o modificación, se produzca intervención alguna del pueblo.
- III. Prácticamente todas las convenciones son convenciones históricas. No hay convenciones de este siglo, lo que evidentemente ha puesto a prueba, con resultados claramente insatisfactorios, la capacidad del sistema convencional para el cambio.
- IV. Buena parte de las convenciones han terminado en robustecimientos autoritarios; así ha ocurrido con todas las referentes al protagonismo parlamentario, que se ha traducido en el dominio político del primer ministro; el mismo sentido tiene la formación del gobierno por el partido mayoritario, la toma de posesión del cargo de primer ministro por su líder, la facultad de disolver la Cámara de los Comunes y convocar nuevas elecciones a través de la Corona cuando el partido mayoritario haya sido derrotado en esa Cámara en torno a una cuestión que le parezca vital, etcétera.
- V. En definitiva, debe admitirse que un sistema de cambio basado en el precedente es lo más opuesto a la dinámica acelerada de nuestro tiempo"²⁹¹.

Es de notoria característica el fenómeno de cambio no formal en Norteamérica, presentado por el autor en comentario, dado el carácter conservador que se percibe a través de sus tres cambios básicos introducidos hasta la fecha al documento fundamental, y que a continuación se mencionan:

²⁹¹ Idem.- pág. 190

- I. "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes.
- II. El uso del derecho de veto presidencial frente a las leyes aprobadas en el Congreso.
- III. La erosión que ha sufrido el sistema federal en su funcionamiento jurídico-constitucional, a través del mecanismo de las subvenciones, que se ha transformado en una vía de sometimiento progresivo de los estados al control de la Federación"²⁹².

Quiero terminar este tema con la opinión de Maurice Hauriou al respecto, citado por el Dr. Márquez Rábago²⁹³:

"En Francia, como en cualquier otro pueblo, existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legalidad constitucional superior a la Constitución escrita, y a *fortiori*, superior a las leyes ordinarias. Sin referimos a la forma republicana de gobierno para la que existe un texto, hay otros principios que no necesitan texto, porque lo característico de los principios es existir y valer sin texto".

Se apoya el criterio descrito, con el pensamiento de Georges Burdeau, en el sentido de que el valor jurídico de la Constitución es nulo, porque el poder constituyente de un día carece de título para limitar al poder constituyente del porvenir²⁹⁴.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 56.

²⁹⁴ Idem, pág. 68.

3.2.2.4.- PERSPECTIVAS PARA LA “TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL”

En el marco de la doctrina jurídica, encuentro que el consenso no se da y supuestamente en la realidad operativa sí se observan **transformaciones constitucionales**, tales que con base en ellas hoy se puede tomar partido, aún en contra de los criterios doctrinales que lo impedirían. Desde luego que el punto en comento, parece robustecerse con la inercia o la riqueza del proceso constitucional *de facto*; sin embargo ello debe ser resultado de la toma de conciencia clara y previa, en un contexto teórico-práctico, como un planteamiento que sirva para la acción, tomando como guía los supuestos que enumero:

I. La importancia que el tema de la Constitución, incluso de su consideración formal, tiene para la lucha política. Retomando la inquietud por superar la realidad de Fernando Lasalle, quien la describía como “hoja de papel”, refrendando que la Constitución es parte integral del orden jurídico estatal. Como unidad de poder y de estructura política²⁹⁵, de fuerza política²⁹⁶ y de arma ideológica²⁹⁷.

Con lo anterior es posible hablar con más insistencia de la “conquista de orden constitucional”²⁹⁸.

II. No olvidar que la teoría y la práctica constitucionales, parten de una lucha por la democracia, con base en la igualdad de competencia entre las fuerzas políticas, económicas e ideológicas, en un marco de previsión dinámica, que pueda incorporar nuevos elementos fundamentales.

²⁹⁵ García Pelayo, M.- Op. Cit. pág. 100s.

²⁹⁶ Friedrich, C.- Op. Cit. pág. 77s. Apud Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 192.

²⁹⁷ Aja, E.- Prólogo a ¿Qué es una constitución? De Ferdinand Lasalle.- Ariel, Barcelona 1976 pág. 21s.

²⁹⁸ Cabo Martín, Carlos de.- Op. Cit. pág. 192.

Desde luego que en el aspecto **formal** se impone la condición de mayor *participación ciudadana*, a través de mecanismos legítimos válidos en otras dimensiones temporales o geográficas, para que los valores y principios comunes puedan ser objetivados. En segundo término es inevitable implantar la reforma constitucional *flexible* en sus procedimientos, que establezca competencias más allá de los órganos tradicionales del gobierno, cámaras, pueblo (en su totalidad), a fin de que pueda dar posibilidad a intervenciones de nuevas estructuras, *condicionadas a la materia específica*. En tercer lugar dar pie a que la “defensa de la Constitución”, quede atribuida a instituciones democráticas. En cuarto lugar es indispensable constitucionalizar “la previsión del cambio”, en casos que inciden o tienden a incidir en monopolios, como lo es la transformación del sistema fiscal, entre otros. Finalmente desaparecer los límites de la reforma constitucional, para dar paso a elementos de **contenido**, tales como: neutralización de aparatos hegemónicos, ideológicos y la autodeterminación de los pueblos, con las libertades propias de los derechos humanos, dentro de una integración plena *Estado-Sociedad*²⁹⁹.

Al referirme a la reforma constitucional integral, he de hacer la *correspondiente aclaración en el sentido de que, dicha reforma, abarca y es aplicable a la totalidad del Documento Fundamental o bien en cuanto a parte del mismo, trátase de materia, artículo, capítulo o título, siempre y cuando su exigencia esté encaminada a la satisfacción de realidades objetivas geográficas, temporales, políticas o bien económicas, culturales, o de índole diversa.*

Dentro de los elementos de actualidad conceptual que se presentan, el Dr. Tena Ramírez, ofrece párrafos diversos que se relacionan con el tema en comento. Entre ellos el de Biscaretti, como expresión de la línea italiana de limitantes sobre reformas constitucionales:

“No tienen otro valor que el establecido para todas las restantes normas constitucionales, y pueden, por lo tanto, llegar a ser enmendadas con el procedimiento de revisión al

²⁹⁹ Idem.- pág. 193ss.

efecto prescrito (o con el más complejo que eventual o expresamente se establece para tales normas): valor relativo, por ello, pero que puede asumir relevante significado político y puede requerir (con la necesidad de la previa abrogación de la norma misma, antes de proceder a la revisión deseada) un mayor período de tiempo para su realización”³⁰⁰.

En este mismo sentido se pueden tomar los comentarios de William B. Munro: de que al ser la constitución la expresión de la soberanía popular, sus efectos no pueden ser impuestos a una soberanía posterior; o bien de Charles K. Burdick:

“Los constructores de la Constitución no entendieron hacer una estructura inalterable de gobierno, en la cual solamente los detalles pudieran ser desarrollados y modificados por enmienda, sino que se propusieron dejar un camino para cualesquiera cambios que pudieran considerarse necesarios en lo futuro”³⁰¹

En suma he presentado algunos puntos generales de consideración, que pueden incidir en el establecimiento de una *reforma constitucional integral*, sobre todo como resultado de la evolución socio-política de los pueblos y tomando como base la información documental sobre la naturaleza y diversidad de Textos constitucionales sean rígidos, flexibles o bien mixtos.

³⁰⁰ Tena Ramírez, Felipe.- Op. Cit. pág. 54.

³⁰¹ *Ibidem*.

3.3.- LAS DIFERENTES INSTITUCIONES JURÍDICAS Y SU VALIDEZ OPERATIVA.-

Ante un panorama general como el que he presentado en líneas precedentes, a continuación voy a integrar elementos propios de la Reforma Constitucional en el caso de Los Estados Unidos Mexicanos, sobre todo desde el punto de vista que ya fue mencionado, y que se refiere al establecimiento del **cambio constitucional FORMAL**.

Es sin duda importante considerar si la actividad de reforma constitucional es legítima desde el punto de vista jurídico o bien puede ocasionar una situación anticonstitucional con sus consabidas consecuencias. Sin embargo la supremacía constitucional, como parte de su contenido, en su texto y contenido debe contener el tema de su cambio, dentro de un marco más funcional y operativo, que garantice su naturaleza, pero que a la vez le dé la flexibilidad suficiente para poder responder a las necesidades del grupo humano al que va dirigido, salvaguardando el principio de "Sobre la Constitución nada ni nadie", vinculado directamente con el acto originario de expresión de la soberanía popular y columna vertebral del sistema normativo del Estado³⁰².

La expresión de Julien Lafarrière, citado por el Dr. Tena Ramírez³⁰³, es muy adecuada al punto que se expone:

"Desde el punto de vista jurídico, el procedimiento que consiste en decretar la inmutabilidad de una parte de la Constitución, carece de valor. El poder constituyente que se ejerce en un momento dado no es superior al poder constituyente que se ejercerá en lo porvenir, y no puede pretender restringirlo, así sea en un punto determinando. Disposiciones de éste género son simples votos, manifestaciones políticas, pero no tienen ningún valor jurídico, ninguna fuerza obligatoria para los constituyentes futuros. Toda Constitución debe ser revisable en su totalidad, sin mengua de que se prevea, para algunos artículo, un procedimiento de revisión más complicado".

³⁰² Aguirre Saldivar, Enrique.- Los retos del derecho público en materia de federalismo.- UNAM, México 1997, pág. 139.

³⁰³ Tena Ramírez Felipe.- Derecho Constitucional Mexicano.- Porrúa, México 1996, pág. 53.

Las inquietudes intelectuales que a menudo atraen mi interés como investigador, he encontrado que tienen muchas coincidencias con autores como del Dr. Miguel Carbonell, Giovanni Sartori, fundamentalmente y con otros constitucionalistas, cuyas citas he incluido en su oportunidad.

3.3.1.- ESCENARIO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

Con el fin de contar con los elementos suficientes para llevar a cabo el análisis sobre la naturaleza y problemática de una reforma constitucional en los Estados Unidos Mexicanos, es insustituible un breve análisis de la realidad jurídica constitucional, a través de los años de Independencia del país, aunque en este caso no lo realice con base estricta cronográfica, sino como expresión de los principales rubros que han identificado las etapas históricas de su desarrollo social, político y jurídico, en un intento por integrar los aspectos dogmáticos constitucionales y la realidad política, tal como lo considera Pablo Lucas Verdú, citado por el Dr. Miguel Carbonell:

“el desconocimiento por la dogmática de las realidades políticas contemporáneas, que condicionan y relativizan el ordenamiento fundamental, convierte a aquélla en jurisprudencia huera, insensible y, a la postre, hiere el sentimiento constitucional, o sea, la adhesión de los ciudadanos a los contenidos de la Ley Fundamental”. O bien “no es posible abstraer excesivamente, decantar una dogmática del Derecho constitucional dentro de cuyas ideales perspectivas se construyen tipos, figuras, relaciones, naturalezas jurídicas, efectos jurídicos que son numerosísimas veces neutralizados, suspendidos o desmentidos por los factores reales que condicionan el poder político”³⁰⁴.

³⁰⁴ Lucas Verdú, Pablo.- El derecho constitucional como derecho administrativo.- Revista de Derecho Público, Madrid 1982, núm. 13, Vol. 11, nota 70, pág. 411s. Apud Carbonell, Miguel.- Constitución, Reforma constitucional y fuentes del Derecho en México.- Porrúa-UNAM, México 2000, pág. 101.

Hoy, a principios del siglo XXI, está muy claro en el ámbito político, la existencia de diversas propuestas de cambio en el país, todas dirigidas a la visión objetiva de una organización *democrática* del mismo; sin embargo, propiciar la consecución de dicha realidad en forma ágil y con base en la constitucionalidad integral, es de todo indispensable para entender la naturaleza constitucional *desde la realidad*, con el fin de corregir la visión dogmática de entender la realidad desde la constitución³⁰⁵. Así se establece el proemio sobre posibles disfunciones que caracterizan al sistema constitucional mexicano, reivindicando la *legalidad* eficaz, acorde con el pensamiento de Paolo Flores D'Arcais:

"Una política de legalidad es hoy la más radical de las resoluciones posibles, además de la primera de las resoluciones deseables [...] por ser previa a cualquiera otra"³⁰⁶.

Aclaro que tal forma de valorar el fenómeno constitucional, viene desde la época antigua en el mundo griego, cuando Platón expresaba:

"... en aquella [ciudad] donde la ley tenga la condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella, y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de la ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a la ciudad"³⁰⁷.

O bien el pensar visionario de Montesquieu:

"... cuando en u Gobierno popular las leyes dejan de cumplirse, el Estado está ya perdido, puesto que esto sólo ocurre como consecuencia de la corrupción de la República"³⁰⁸.

En la práctica debo esclarecer dos puntos referenciales., que nos permitan tener un mejor panorama de la investigación:

1.- El Texto Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, sí contiene la posibilidad de reformarse, adicionarse o actualizarse.

³⁰⁵ Carbonell, Miguel.- Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México.- Porrúa-UNAM, México 2000, pág. 102.

³⁰⁶ Flores D'Arcais, Paolo.- Izquierda y legalidad.- Jueces para la Democracia. Información y Debate, Madrid 1993, núm. 19, pág. 27ss. Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 102.

³⁰⁷ Platón.- Las leyes.- Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 101.

³⁰⁸ Montesquieu.- ibidem.

2.- Lo que está por estudiarse con mayor explicitéz es determinar la forma que garantice la legitimidad en todo su aspecto integral y no solamente con respecto a la forma, tal como ocurre en nuestros días con la Reforma sobre los Derechos de los Indígenas y de las Etnias, caso en el que la forma está cubierta, sin embargo la legitimidad de la misma hoy en día continúa en discusión abierta. Me pregunto: ¿El despertar político del pueblo mexicano, no es razón suficiente para integrar elementos garantes de la reforma integral?, o ¿ es que el órgano legislador y el mecanismo contenido en el artículo 135 del Texto Fundamental Mexicano, son incongruentes o bien son perfectibles?, ¿bien será necesario revisar el artículo 72 f, correlativo del texto en comento?

Como punto de análisis, tomo el comentario del Dr. Márquez Rábago:

“En la práctica los procedimientos para la reforma algunas veces van más allá, o se quedan cortas con respecto de este principio; ello al implantar las constituciones respectivas, procedimientos más complicados y difíciles, o en cambio algunos fáciles o simples. Existe el máximo de facilidad cuando la Constitución puede enmendarse por el poder legislativo, siguiendo el procedimiento prescrito para la legislación ordinaria. Existe la mínima dificultad cuando la reforma puede realizarse por el poder legislativo, pero mediante una mayoría más estricta que la exigida ordinariamente; y otros casos en que se requiere de la intervención de órganos especiales, o de los mismos órganos legislativos pero sujetos a procedimientos más rigurosos que el indicado para la legislación ordinaria. En la actualidad, prácticamente todas las constituciones son rígidas, como lo son escritas. Como ejemplos de flexibles podemos citar al constitucionalismo inglés, que se integra de leyes fundamentales no necesariamente escritas”³⁰⁹.

³⁰⁹ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 77.

3.3.1.1.- LA REALIDAD JURÍDICA DE MÉXICO.-

Con este marco de prevenciones, en un *primer dato*, es de considerarse la cantidad de reformas, que a partir de 1917 ha sufrido el marco constitucional mexicano, elemento que sin duda marca la mutabilidad del documento constitucional, situación que el Dr. Miguel Carbonell describe con visión clara:

"Casi seiscientas reformas y adiciones en ochenta años de vida, de las cuales más de trescientas se han hecho en los últimos veinticinco años³¹⁰. Este dato, de entrada, ya supone que el analista constitucional tiene que transitar sobre un terreno extremadamente movedizo y cambiante"³¹¹.

La justificación que se puede tomar para ello, es que desde el punto de vista experiencial, han servido al partido en turno por más de 70 años, con característica de "*motorización*"³¹² en tales reformas, ocasionando la pérdida de la fuerza normativa de la Constitución, como pudiera observarse a partir de los años 90 con motivo del ingreso del país al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, o bien de las presiones de organismos internacionales, sobre todo de naturaleza económica: Banco Internacional de Desarrollo (BID), Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización Mundial de Comercio (OMC),... Realidad que se expresa en el siguiente párrafo del Dr. Miguel Carbonell:

"Al ser las reformas constitucionales expresión de necesidades políticas coyunturales o la simple incorporación al texto constitucional de un programa de gobierno, tan pronto como han mudado tales necesidades o se ha cambiado de programa, se ha recurrido sin más al expediente de la reforma constitucional"³¹³, y

³¹⁰ Valencia Carmona, Salvador.- Derecho constitucional mexicano a fin de siglo.- UNAM, México 1995, pág. 55ss.

³¹¹ Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 102.

³¹² Término expresado por el Dr. Miguel Carbonell, que representa onomatopéyicamente el fenómeno.- Op. Cit. pág. 103.

³¹³ Silva-Herzog Márquez, Jesús.- Constitucionalismo Oficial.- Propuesta. Publicación Semestral de la Fundación Rafael Preciado Hernández, México Año 2 núm. 4, febrero de 1997, pág. 92.- "A cada proyecto del Palacio, una reforma constitucional que dibuje el magnífico perfil del soberano. Para cada sexenio, una constitución a su medida. La Constitución se transforma entonces en el cementerio de las ocurrencias presidenciales. Nuestra Carta

se ha debilitado con ello la confianza en el contenido y permanencia de la Constitución. Se ha perdido la "identidad constitucional"³¹⁴, y se ha suprimido totalmente la tensión benéfica y necesaria entre la norma constitucional y la realidad política³¹⁵.

El marco jurídico *in textu*, sobre las reformas constitucionales, se pueden localizar con todos sus elementos a partir de Ignacio López Rayón en 1811, la Constitución de Cádiz de 1812; el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814; el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824; las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836; las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843; La Constitución Política de la República Mexicana de 1857; el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, hasta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, gracias a las cuales durante los 80 años de vida, ha sufrido más de 400 reformas, comparadas con los 136 artículos fundamentales, deja un lugar para justificar la reforma total, comparada con las aproximadamente 50 reformas de la de 1857, en tiempos de Venustiano Carranza.

En todos estos documentos se consignan formas precisas y a la vez condicionadas, bien al tiempo o a intervención de órganos de gobierno específicos, para llevar a cabo las reformas constitucionales.

Magna: una constitución desechable. La única del mundo que debe editarse con hojas sustituibles. Al ver la Constitución como conjunto de decisiones, la hemos convertido en pura retórica del poderoso. Del Decisionismo constitucional al caprichosismo constitucional hay apenas un paso". Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 103.

³¹⁴ Schneider, Hans Peter.- Democracia y Constitución.- Madrid, 1991, nota 196, pág. 48. Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 103.

³¹⁵ Hesse, Konrad.- Escritos de derecho constitucional.- Madrid 1992, nota 6 pág. 67s.- quien señala que el desarrollo óptimo de la fuerza normativa de la constitución "no es solamente una cuestión de contenido sino no menos una cuestión de *praxis constitucional*" y, para lograrla, los actores constitucionales deben dejar a un lado los intereses coyunturales porque es más benéfico el cumplimiento cabal de la Constitución, aunque resulte incómodo.- Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 103.

3.3.1.2.- LA EFICACIA JURÍDICA EN MÉXICO.-

En un *segundo dato* otro elemento, que yo considero de mayor representatividad, lo es el grado de observancia y aplicación del documento constitucional, como lo fue mencionado como motivo para las reformas de 1917, en virtud de que ello ha permitido comentarios como los siguientes::

"... es que existe una secular tradición nacional de incumplimiento del orden jurídico. Empezando por la Constitución y siguiendo prácticamente la totalidad del ordenamiento jurídico, puede decirse que el derecho como técnica de control social careced de niveles aceptable de eficacia cotidiana"³¹⁶.

En este mismo sentido transcribo un texto de Jorge Madrazo:

"México es un país de Constitución nominal, en lo general *ninguna* de las instituciones políticas previstas en la ley fundamental de Querétaro cumplen integralmente con el papel constitucionalmente asignado"³¹⁷.

Si bien no es elemento privativo y exclusivo de México, sin embargo ha sido expresión de una realidad consensuada, en los siguientes términos:

"La historia del constitucionalismo mexicano sólo cabe presentarla como expresión de la urgencia de los grupos vencedores de las guerras del siglo pasado y de la Revolución de este siglo por dotarse, por vía constitucional y a falta de medios más verosímiles, de una cobertura legal legitimadora de su dominio sobre la mayoría; pero sólo como eso, como ropaje, como algo accesorio aunque omnipresente, menospreciable -como ha enseñado tantas veces la práctica- pero no desechable"³¹⁸.

³¹⁶ Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 103.

³¹⁷ Madrazo, Jorge.- Algunas consideraciones sobre el Senado en el sistema constitucional mexicano" en Reflexiones constitucionales.- UNAM, México 1994, Pág. 256.- A principios del siglo XX, Andrés Molina Enríquez, escribía que tanto la constitución federal como las Constituciones locales "no son ni pueden ser en absoluto de observancia general".- Los grandes problemas nacionales (1909).- México 1983, Pág. 434.

³¹⁸ Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 104.

Así mismo, es muy importante tomar en cuenta el papel que en tal inobservancia ha jugado el Gobierno, con motivo del ejercicio de sus funciones, tal como los datos reales e históricos lo consignan:

“Lo que han supuesto que las formas jurídicas pocas veces hayan coincidido con las prácticas políticas reales”³¹⁹.

O bien el siguiente texto muy crudo:

“El que las autoridades violen el ordenamiento jurídico estimula la desobediencia generalizada a las leyes por parte de los ciudadanos”³²⁰.

Cierro las observaciones con un texto toral del Dr. Manuel González Oropeza:

“No se cumple la ley por deficiencia de la autoridad, bien al concebir la ley y legislar negligente y descuidadamente, bien al no aplicarla correctamente y a su arbitrio o bien al resolver las controversias sin ninguna conciencia evadiendo las lagunas y no fijando criterios interpretativos que subsanen los vicios y contradicciones. Los gobernados somos en este aspecto, meras variables que sólo seguimos la actividad principal de las autoridades; si éstas no aplican la ley, la tendencia del gobernado es también a no respetarla”³²¹.

El incumplimiento o falta de observancia es el punto de presión más intenso que hoy se piense en el esfuerzo por seguir sosteniendo la vigencia de un documento que históricamente ha sido superado por la situación socio-política del siglo XXI, totalmente diferente a la situación de principios del siglo XX, cuando el principio revolucionario le daba su viabilidad y observancia. Es digna de reconsiderarse la aspiración del pueblo mexicano en el sentido de que hoy ya

³¹⁹ Merino Huerta, Mauricio.- La democracia pendiente. Ensayos sobre la deuda política de México, México 1993, Pág. 15.

³²⁰ VV.AA.- A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México.- México 1994, nota 217, pág. 137.- Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 104.

³²¹ González Oropeza, Manuel.- ¿Por qué no se cumplen las leyes en México?, en Castañeda Sabido, F. Y Cuellar Vázquez, A.- El uso y la práctica de la ley en México.- México 1997, pág. 53.

no pide que se aplique la ley, sino más bien que se haga todo con JUSTICIA, realidad que incide en el campo del Ordenamiento Jurídico, a fin de darle una respuesta, acorde con su necesidad operante, que supere la escuálida forma normativa.

3.3.2.- MARCO JURÍDICO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.-

Con los datos previamente presentados, llego al centro del tema y razón de la presente investigación, esto es, analizar los elementos de naturaleza jurídica que sirven de marco a las numerosas (400) reformas que el texto original ha sufrido hasta hoy, conforme al marco establecido en el mismo documento Constitucional.

Considero que el tema, por sí mismo excluye la reforma que pudiera corresponder a las normas, conocidas como Leyes Reglamentarias o Constitucionales, emanadas de este documento fundamental.

El marco a que me refiero se expresa en forma explícita en el artículo 135 Constitucional, base de mi investigación, en cuanto a la posibilidad de hacer una reforma constitucional, siempre y cuando se lleve a cabo conforme al proceso legislativo establecido en los artículos 71 y 72 del mismo ordenamiento.

Al respecto, de dicho texto se desprende, que en el mismo no se establecen límites expresos sobre la facultad revisora, y como consecuencia de una falta de acotación sobre el poder constituyente permanente que, en la actualidad, sí puede llevar a cabo reformas con matices de adición, modificación o reforma como tal, al documento constitucional.

Lo establecido en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, admite tácitamente la reformabilidad de su texto, toda vez que el contenido del artículo en comento contiene y describe el mecanismo para llevar a cabo la reforma al texto constitucional, debiendo hacerse por un órgano ex

profeso, ad hoc, o en su caso por el Constituyente permanente, aunque deja la posibilidad de que cualquier reforma llevada a cabo por el Constituyente permanente, pueda ser inconstitucional por falta de legitimidad. Así mismo es conveniente acotar que cualquier facultad que se hubiere consignado, por el Constituyente Original en su favor y en relación con la reforma constitucional, sería incoherente y en contra del límite de sus facultades.

Retomemos, a manera de reflexión, el contenido del artículo 39 del texto Constitucional: *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye par beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”*. Entonces, con base en esta facultad, también pueden legitimarse las adiciones o reformas sin límites, pero mediante las formas establecidas. La perennidad e inmutabilidad de los preceptos fundamentales cae bajo el poder constituyente que es el pueblo, indistintamente sea originario o permanente (revisor para algunos autores)³²².

3.3.2.1.- PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 135 CONSTITUCIONAL.-

Para mejor llevar a cabo el análisis del contenido del texto constitucional, lo transcribo a continuación:

“Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso harán el cómputo de

³²² Tena Ramírez Felipe.- Op. Cit.

los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

Visto el contenido del texto en comento y con base en los comentarios del Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, se puede llegar a determinar que:

“Mediante formas de hecho y de derecho se pueden reemplazar los principios esenciales, el pueblo puede cambiar de Constitución substituyéndola por una nueva. Dentro de las primeras está el *referéndum* popular, manifestando el pueblo su voluntad a través de votaciones extraordinarias ya sea rechazando o aprobando la variación de esos principios, la adopción de distintos a los constitucionalmente establecidos o la sustitución de la Ley Fundamental. Además de que la Norma Suprema disponga de órganos con ostentación popular se convoquen bajo determinadas circunstancias y condiciones, a la integración de un congreso o asamblea constituyente para el efecto de que el pueblo por conducto de los diputados que elija, se dé una nueva ley suprema”³²³.

No justifico las posiciones doctrinales y sobre todo políticas que se empeñan en sostener la inmutabilidad absoluta del texto constitucional, pero sí entiendo la presencia sobre sus controles, con el fin de evitar la anarquía o la inseguridad jurídica plena en un Estado.

Si bien se trata de un momento delicado por su importancia y sobre todo por las consecuencias que pudiera ocasionar la reforma o revisión del texto constitucional; sin embargo, para los constitucionalistas en su etapa de investigación, debieran integrar con mayor interés y compromiso el tema de la *Reforma Constitucional*, para dar toda la concreción, claridad y alcances operativos con los que se da atención y respuesta a los cambios normativos, con base en los principios políticos y sociales, sin desconocer las diversas influencias filosófico-ideológicas del pueblo o grupo humano a quien va dirigido el texto constitucional.

³²³ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 75s.

Sobre la reforma constitucional no puedo omitir el comentario siguiente:

“... es tocar el límite equívoco en que el Derecho y el Estado enlazan con su supuesta prehistoria constituyente; es por ello aproximarse a la pregunta –no formularla necesariamente, sin embargo- por la soberanía y a apuntar al núcleo primario, en la ideología y en la estructura social, de una colectividad organizada”³²⁴.

Con todo hoy en México, lo que anteriormente se veía como una utopía, el Estado Democrático, se ha iniciado en el devenir histórico con la decisión del 6 de julio de 1996 en el Distrito Federal, y continuada con la decisión popular del día 2 de julio de 2000, a partir de ahí debe promoverse la mayor participación de los ciudadanos, a través de mecanismos e instituciones jurídicas democráticas y actuales, en la planeación, discusión, aprobación y *revisión* de la norma constitucional, como ejercicio de la soberanía.

En el último de los casos, confirmo que las reformas constitucionales, en todo caso van a operar afectando las decisiones que en otro tiempo pasado fueron fundamentales para el pueblo o Estado específico, con un modelo de vida proyectado, para el mismo pueblo, por el constituyente. En este contexto transcribo el texto del Dr. Carbonell:

“En la reforma constitucional, el procedimiento adquiere una relevancia máxima, quizá solamente equiparable a la importancia del propio procedimiento legislativo parlamentario; piénsese por un momento en la trascendencia de otorgar o no a ciertos sujetos la iniciativa de reforma o en la existencia o no de la ratificación popular y vía referéndum. O bien, finalmente, en las dificultades prácticas que puede representar un procedimiento de reforma excesivamente rígido.

En este contexto, los vínculos entre democracia y reforma constitucional son insoslayables. De hecho, la posibilidad de que

³²⁴ Jiménez Campo, Javier.- Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución.- Revista del Departamento de Derecho Político, Madrid 1980, núm. 7, Pág. 82.- Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 217.

una Constitución sea reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos por parte de los sujetos a los que pretende regular): en tanto puede ser cambiada, todos deben en principio obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, deben intentar el cambio por la *vía constitucional* exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba *jurídica* como legitimación para salir del orden constitucionalmente establecido.³²⁵

3.3.2.2.- NATURALEZA DE LA REFORMA AL TEXTO CONSTITUCIONAL.

La Constitución en un Estado, surge del *poder constituyente originario* constituido expresamente, con el fin de dar cuerpo de orden normativo y jurídico al texto que contendrá el proyecto de nación; por tanto este poder está sujeto a un momento histórico, preciso y concreto, con la situación de poder desaparecer o subyacer en cuanto haya realizado su función plena y sustantiva, circunstancia que, a este poder constituyente originario, le otorga un carácter de naturaleza extraordinaria.

En virtud de que la Constitución es un resultado de la actividad creadora de los hombres, aunque con un simbolismo fundamental y solemne, por encima de cualquier otra institución jurídica, debe contener en su cuerpo, junto con los principios políticos básicos, el mecanismo necesario y definido para actualizar en casos necesarios los preceptos o principios rectores del proyecto de nación, que en él se contienen cuando así se requiera y justifique, con el propósito de

³²⁵ Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 218.- Además Aragón, Manuel.- La democracia como forma jurídica.- *working papers del Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 1991, núm.32.*

mantener la fuerza, garantía y eficacia permanente para el Estado, salvaguardando el ideal de que *“Una Ley Suprema que no sea rígida difícilmente puede ser calificada como Constitución”*³²⁶.

Lo anterior, puede comprobarse como un elemento no solo visualizado, sino establecido en todas las normatividades de naturaleza constitucional, como lo fueron los textos constitucionales norteamericano y francés:

“de los cuales el constitucionalismo actual es, como se sabe, directo heredero. El Artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 ya disponía que ‘un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras’ y en el mismo sentido se expresaron Jefferson y Paine”³²⁷.

Además, también digno es de tenerse presente el siguiente punto de vista sobre el tema:

“sea de los más añejos, de los temas con más solera dentro de la teoría y práctica constitucionales. Prácticamente desde que ha habido Constitución en el sentido preciso del término ha habido cláusulas de reforma. Y también desde entonces el tema no ha dejado de estar presente en la teoría constitucional”.

Con base en los postulados y consideraciones anteriores, el procedimiento de reforma constitucional, se justifica por:

- I. *“Como una forma de adaptar el texto constitucional a la cambiante y dinámica realidad política.* Aunque los textos constitucionales generalmente tengan una vocación de vigencia atemporal y en consecuencia regulen objetivos que parecen ser fijos e inmovibles, lo cierto es que el sustrato político en el que se apoyan es esencialmente variable³²⁸. Si las normas constitucionales no pueden ser cambiadas cuando sea *políticamente*

³²⁶ Márquez Rábago, Sergio.- Op. Cit. pág. 76.

³²⁷ Vega, Pedro de.- La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.- Madrid, 1991 (reimpresión), pág. 58s.- Pérez royo, Javier.- La reforma de la Constitución.- Madrid, 1987, nota 594, pág. 19ss.

³²⁸ Ruipérez Alamillo, Javier.- Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional.- Revista de Estudios Políticos, Madrid 1993, núm. 75, pág. 238.- Apud Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 219.

necesaria su modificación, lo más probable es que se produzca un divorcio creciente entre el proceso político y el texto constitucional, lesionando gravemente la normatividad de la Constitución. En este sentido, el procedimiento de reforma es la primera de las garantías del texto constitucional³²⁹.

II. *Como una forma de ir cubriendo las lagunas que pueda tener el texto constitucional*³³⁰. En este sentido la realidad abre un abanico de alternativas que en forma enunciativa expondré, sobre todo tomando en cuenta que sobre ellas voy a precisar mi propuesta, con un carácter de operatividad que en el marco de los controles constitucionales, sea de aceptabilidad y garantía jurídico-política.

En suma, de mi trabajo, puedo enunciar que nuestro documento Constitucional, vistos los datos de hoy en día sobre las reformas o adiciones al mismo, y ante la poca confiabilidad que ha provocado el órgano legislativo, puede ser una alternativa, introducir *la consulta popular, el referéndum o el plebiscito*, con posterioridad a los trabajos del órgano legislativo, y esto con el fin de dar garantía y eficacia a tales reformas; desde luego afinando los elementos de dichas alternativas.

³²⁹ Vega, Pedro.- Op.,. Cit. nota 85, pág. 67s.

³³⁰ Carbonell, Miguel.- Op. Cit. pág. 220.

CONCLUSIONES.

Como resultado del presente capítulo enumero algunos puntos que para mi objetivo son básicos, y representan su razón de ser:

PRIMERA.- Es por demás reconocer la autoridad y garantía de un pueblo, contar con un documento fundamental con el nombre de CONSTITUCIÓN POLÍTICA, donde se plasma el proyecto de nación, con sus principios de unidad, solidaridad y desarrollo de un pueblo, sin desconocer el entorno y la influencia que pudiera recibir en el concierto de las naciones.

SEGUNDA.- Es igualmente conveniente reconocer los cambios que la geografía y la historia registra en la vida de un pueblo, por lo que es indispensable aceptar que las condiciones de vida política y de desarrollo han cambiado y por ende el documento Fundamental que garantiza el proyecto de nación, debe ser revisable y actualizable a las condiciones en turno, sobre todo cuando la proporción de cambios se ha convertido en una bola de hielo indestructible.

TERCERA.- La forma cómo deba hacerse la revisión y actualización del Documento Fundamental, es un proceso que debe estar bien definido en el mismo texto, incluyendo nuevas alternativas de participación que correspondan a la madurez y desarrollo del pueblo, aunque con anterioridad no hayan sido incluidas, siendo éstas la muestra de la madurez en la sociedad política y jurídica, tales como la consulta popular, el plebiscito y el referéndum. Estas alternativas son propias de una sociedad democrática y nunca privilegio de algunos pueblos, como pudiera considerarse.

CUARTA.- En la diversidad de criterios jurídicos y políticos, y tomando en cuenta el concierto de los pueblos, la reforma a un documento constitucional es una realidad y lo único que debe estar condicionado en el mismo documento, es la forma específica para llevar a cabo tales reformas, adiciones o actualizaciones.

CAPÍTULO IV

EL CASO DEL APARTADO "B" DEL ARTÍCULO 102 CONSTITUCIONAL.

INTRODUCCIÓN; 4.1.- Derechos humanos; 4.2.- Programa y proyecto del Constituyente de 1917; 4.3.- Proyecto y programa de la iniciativa de reforma al Apartado "B" del Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 4.3.1.- Situación de los Derechos Humanos como marco de la Iniciativa de Ley; 4.3.2.- Recepción en México de la figura del Ombudsman Escandinavo; 4.3.3.- Las Comisiones de Derechos Humanos en el marco jurídico vigente; 4.4.- Necesidad y conveniencia de la Reforma, desde el punto de vista jurídico integral; 4.4.1.- La Autonomía de la Constitución; CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.-

Cuando se ha realizado la investigación que he presentado en los capítulos anteriores, no se puede permanecer a nivel dogmático o abstracto de su estructura, por más congruencia lógico-conceptual que se haya alcanzado. Además dado que la naturaleza normativa del presente estudio, "*no es empresa fácil*"³³¹, en el presente capítulo expongo, aunque como una modesta investigación, la realidad de un caso concreto de reforma, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, que entró en vigor al día siguiente, en relación con el artículo 102 Constitucional, al cual se le hizo una adición gratuita de naturaleza jurídica a mi modo de ver, estableciendo dos apartados: el primero conteniendo el texto anterior del artículo sobre la Procuraduría Federal de la República y, el segundo, que es del que me ocupo en el presente trabajo, en razón de su congruencia / incongruencia según sea el punto de vista que se considere: político por un lado o bien en cuanto a su naturaleza jurídica, a su justificación, a su congruencia normativa y a sus consecuencias políticas y sociales por el otro.

³³¹ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- El estado contra sí mismo.- Noriega editores, México 1999, pág. 73.

En cuanto a la congruencia normativa, analizaré el valor jurídico mismo de la reforma, tomando en cuenta su naturaleza contexto y valor real en el ámbito del sistema jurídico mexicano. Por lo que se refiere a sus consecuencias políticas, evaluaré el resultado de las presiones políticas extranjeras, con motivo de la violación a los derechos humanos, falta de credibilidad e impunidad ocasionada por funcionarios en turno alrededor de los años 88-94, en contraposición con los cambios y las circunstancias que se avecinaban³³², sobre todo desde el ámbito de la globalización a través de los Tratados de Libre Comercio, sea de América del Norte, de Sudamérica, de Centroamérica o bien de otras latitudes, pretexto del que los diferentes gobiernos o instituciones monetarias, se han valido para ejercer presiones de todo tipo hacia los países con menos recursos, para integrarse a dichos tratados, tal como lo experimentamos en México en los años de la firma del tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá, aún cuando en dichos países, los Derechos Humanos también adolezcan y causen problemas, quizá con mayor sutileza.

Así con ánimo analítico, expongo las consecuencias ocasionadas por tal adición, en el ámbito de las presiones, en todos los niveles, y especialmente en el jurídico, supuestamente por la necesidad condicionante del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica que integra sistemas de diferente estructura y naturaleza, como lo es el mexicano y el consuetudinario, situaciones reales que además de la premura de los tiempos, originaron la inclusión de los **"CORCHETES"** para una posible aplicación de alternativas a futuro, convenidas a nivel de representantes e instituciones que hoy deben intervenir en la solución de controversias suscitables como lo es la función del Arbitraje Internacional, y que por otro lado originan interpretaciones y aplicaciones unilaterales y lesivas para México en particular, debido a la dualidad de sistemas jurídicos concurrentes, como se observa en las prohibiciones para exportar cítricos, aguacate, atún y en la admisión de los transportes mexicanos a territorio norteamericano, *"las extradiciones de delincuentes"* entre otros incidentes. Así me

³³² Ibid, pág. 78.

pregunto: ¿Los derechos humanos sólo asisten a los poderosos?, ¿Los derechos humanos, son por naturaleza unilaterales?, ¿Los derechos humanos se reconocen o establecen para favorecer a alguien en particular?, ¿Los derechos humanos son y deben ser bipolares, con un marco de equidad, que favorezca la convivencia de los seres humanos, sin distinción alguna?, Si la respuesta fuese de carácter unilateral, en tal caso no es aplicable el término de derechos humanos, sino simplemente derechos adquiridos como los designaban, en su época, los mercaderes con cuya actividad se propició el ascenso del capitalismo al poder: Derechos Creados y de equilibrio operante en la sociedad donde se desenvolvían, frente a obligaciones que generalmente devienen en contra de los débiles³³³.

Hoy en día en el terreno social, es innegable la presencia de aspectos económicos, como principal motor de la ebullición social por la radical e inequitativa distribución de la riqueza, de las fuentes de trabajo, de los bienes de consumo y otros fenómenos similares, con sus consecuencias a nivel político y jurídico, motivo por el cual amén de los elementos reales mencionados anteriormente, se dio paso al tema y acción para salvaguardar los derechos humanos.

Sobre todo en este capítulo, el análisis versará sobre una institución robustecida al amparo de la adición, pero al margen jurídico del Texto Fundamental, sobre todo porque sin justificación aparente violenta todo mecanismo constitucional reconocido por la fracción II del artículo 89, aunque con posterioridad se hubiese dado formalidad y carta de nacimiento a la reforma en comento, vía el artículo 135.

Todo lo anterior justifica la reflexión que sobre la reforma de mérito llevaré a cabo, y para efectos, es necesario presentar algunos conceptos básicos.

³³³ Tigar, Michael E. & Levi, Madeleine R. - El ascenso del Capitalismo al poder.- Siglo XXI, México 1978, pág. 120.

4.1.- Derechos humanos.-

En el terreno de los derechos humanos, hay varios elementos y puntos de vista que es necesario incluir en el presente trabajo, sin pretender agotar el tema por demás tan basto, previo el análisis de la investigación con la que se pudiera contar.

De importancia son las investigaciones y conceptos que autores de especial consideración, acuciosidad y experiencia han expresado en esta materia y sus puntos de vista y conceptos, enmarcan la doctrina sobre el concepto-fenómeno de los **Derechos Humanos**, tales como el Dr. Héctor Fix Zamudio, Bidart Campos, Mauricio Beuchot, Carlos I. Massini Correas, la obra coordinada por el Dr. Javier Saldaña y en especial sobre el tema del Apartado "B" del Artículo 102 Constitucional, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José de Jesús Gudiño Pelayo, sin ánimo de agotar la lista de estudiosos del tema.

A modo de exposición de un concepto, con base en criterio personal, sobre los términos con los que se expresa el concepto-fenómeno de los derechos humanos, a mi juicio contiene una redundancia, en virtud de que el sólo vocablo de **"DERECHOS"**, sería suficiente para contener dicho concepto, pues habida cuenta de la doctrina jurídica universal, a partir del ordenamiento jurídico más antiguo como lo es el Romano el JUS siempre ha representado ***"una atribución, una facultad o bien una característica como DERECHO, consagrado en una norma"***³³⁴, propio y específico del ser humano, cualquiera que sea su raza, origen o grupo genérico. Al respecto Beuchot explica que la palabra "derecho" tiene dos sentidos: a) *"la potestad de hacer u omitir algo"*, entendida ésta como libertad física o moral de hacer u omitir ciertas cosas, sobre todo aquellas que le son necesarias para realizar su propia naturaleza, pudiendo considerarse como

³³⁴ Donnelly, Jack.- Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica.- Trad. Ana Isabel Stellino.- Gernika, México 1994, pág. 23.

“derecho subjetivo natural”; b) A recibir algo, como resultado de una fuerza coercitiva³³⁵.

El mismo autor investigando el fundamento la universalidad de los derechos humanos comenta, por encima de la universalización univoquista y equivoquista:

"La universalización analógica, que conduce al universal análogo, consiste en congregar cognoscitivamente varios elementos respetando sus diferencias principales. Es un tipo de universalidad ya iniciado por Aristóteles con su idea de los términos parónimos y de la predicación o atribución *pros hen*, esto es, según algo uno que es primero, y que se realiza proporcionalmente en los sujetos a los que se aplica. Fue continuada su elaboración en el pensamiento medieval, para salvaguardar las diferencias de las cosas y los modos de ser. En el Renacimiento fue desarrollado por el célebre Cayetano, que tuvo muy en cuenta que lo análogo sólo tiene unidad proporcional, que ha de abstraerse o universalizarse de manera imperfecta y compleja, teniendo que rendir cuenta de los particulares analogados, de sus diferencias, de su riqueza. Me parece que se puede retrabajar en la actualidad el pensamiento y la argumentación analógicos de manera que nos conduzca a un tipo de universal diferenciado, que exige matización, que presenta y exhibe la distinción, y que también permite un mínimo de uniformidad suficiente, de manera que no invalide las inferencias"³³⁶.

La misma doctrina jurídica, independientemente del sistema jurídico que analice o estructure, siempre ha reconocido esta exclusividad de que el ser humano es la persona jurídica por excelencia y por ende la única capaz de derechos y obligaciones. En consecuencia los derechos reales y similares, sólo

³³⁵ Beuchot, Mauricio.- Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo.- UNAM, México 1995, pág. 23ss.

³³⁶ Beuchot, Mauricio.- Los Derechos Humanos y el Fundamento de su Universalidad.- Problemas actuales sobre derechos humanos.- coord.. Javier Saldaña UNAM, México 1997, pág. 32.

se establecen, con base en la relación que dichos seres guarden con el ser humano que los detenta, domina o controla.

Para fortalecer el concepto-fenómeno de Derechos Humanos, Don Jesús Rodríguez y Rodríguez, en el Diccionario jurídico mexicano, define los derechos humanos como:

“Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente, ... la noción de los derechos humanos es producto de la historia y la civilización y, por tanto, sujeta a evolución y modificación”³³⁷.

A su vez el mismo Ministro Gudiño Pelayo aclara, que el concepto de derechos humanos tiene dos sentidos:

“como ideal de justicia, como aspiración a lograr y, por lo tanto, como instrumento filosófico para la crítica al derecho positivo vigente en determinada época o lugar; en este sentido, cuando se habla de reconocimiento de prerrogativas, libertades, etcétera, se refiere al reconocimiento que hace la razón como supremo árbitro del actuar humano y, en consecuencia, también del Estado, de que aquello debiera ser así. El otro significado es para hacer referencia al derecho positivo vigente, es decir, cuando el reconocimiento de esas facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones forman parte del contenido de las constituciones políticas de los Estados o de las declaraciones, convenios o tratados internacionales que éstos suscriben y que por lo mismo establecen un deber ser, es decir, un vínculo jurídico, a cargo de los Estados signantes o de los particulares que realizan funciones de poder”³³⁸.

³³⁷ Diccionario jurídico mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.- Porrúa, México 1985, tomo III, pág. 223.

³³⁸ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- El estado contra sí mismo.- Noriega editores, México 1999, pág. 97.

Esta distinción que el Ministro Gudiño Pelayo hace, es de gran importancia para hacer la aclaración en el sentido de que la expresión de Derechos Humanos, en la práctica funge como un equívoco, en el que converge tanto el concepto que en el ámbito universal le corresponde como propiedad de del ser humano por ser tal, y por otro el que corresponde al concepto de garantías constitucionales (derecho positivo vigente), como se establece en el apartado "B" del artículo 102 Constitucional: "*de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano*".

En un intento por apreciar concepciones diversas sobre el tema, presento las siguientes:

CARLOS MARX.- "Comprobamos ante todo el hecho de que los llamados derechos del hombre, los *droits de l'homme*, distintos de los *droits du citoyen*, son los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad"³³⁹.

JEREMÍAS BENTHAM.- Tiene un concepto utilitarista, que yo califico de equivalente a los Derechos Humanos: "Utilidad es un término abstracto que expresa la propiedad o la tendencia de una cosa a preservar de algún mal o procurar algún bien: mal es pena, dolor, o causa de dolor; bien es placer o causa de placer. Lo conforme a la utilidad o al interés de un individuo es lo que es propio para aumentar la suma total de su bienestar; lo conforme a la utilidad o al interés de una comunidad, es lo que es propio para aumentar la suma total del bienestar de los individuos que la componen"³⁴⁰.

Esta línea es compartida por la tradición anglosajona con un matiz individualista, según lo expone Carlos I. Massini Correas³⁴¹, incluidos Paine, Herbert Hart, Ronald Dworkin entre otros.

CHAIM PERELMAN.- en la búsqueda de un fundamento absoluto de los derechos humanos, escribe: "Dentro de esta perspectiva, la búsqueda de un fundamento absoluto debe ceder paso a una dialéctica, en la que los principios que se elaboren para sistematizar o jerarquizar los derechos

³³⁹ Marx, Carlos.- La cuestión Judía, trad. Ichuda Tubin.- Dos, Buenos Aires 1970, pág. 123.

³⁴⁰ Bentham, Jeremías.- Tratados de legislación civil y penal, Trad. R Salas.- Nacional, Madrid 1981, pág. 28.

³⁴¹ Massini Correas, Carlos I.- Los derechos humanos en el pensamiento actual.- Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994, Pág.83ss.

humanos, tal como los concebimos, sean constantemente confrontados con la experiencia moral, con las reacciones de nuestra conciencia. La solución a los problemas suscitados por esta confrontación no será ni evidente ni arbitraria: será elaborada gracias a una toma de posición del estudioso, que resultará de una decisión personal y que será presentada, sin embargo, como valedera para todos los espíritus razonables (...); las soluciones contingentes y manifiestamente perfectibles presentadas por los filósofos no podrían pretenderse razonables, sino en la medida en que son sometidas a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombre normales competentes para juzgar³⁴².

Punto de vista sostenido también por Norberto Bobbio, cuando expresa que la Declaración Universal de 1949, es resultado de que los países "han encontrado buenas razones para hacerlo. ... única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por lo tanto, reconocido: Esta prueba es el consenso general acerca de su validez"³⁴³. Jürgen Habermas, por su parte indica que los derechos humanos han dejado de ser, en nuestra sociedad, meras restricciones negativas del poder político para transformarse en exigencias positivas que, por otra parte, deben ser interpretadas funcionalmente a la luz de las actuales condiciones socioeconómicas y de los datos de las ciencias sociales positivas³⁴⁴.

En este espacio presento un comentario personal respecto al uso del término "**DERECHO**", y por ende la denominación de DERECHOS SUBJETIVOS. El avance de los conceptos jurídicos debe ser una realidad incuestionable, por la misma naturaleza evolutiva de la Ciencia del Derecho, que más bien viene a ser el avance de la **NORMATIVIDAD**, a través de la cual se garantizan y objetivizan tales atribuciones o facultades derechos. Con la presente distinción, en efecto, existen los fenómenos llamados DERECHOS por un lado y por la otra las

³⁴² Perelman, Chaim.- Peut-on fonder les droits de l'homme?.- Droit, Morale et Philosophie, Paris 1976, pág. 69. Apud Massini, Carlos.- Op. Cit. pág. 126s.

³⁴³ Bobbio, Norberto.- Presente y porvenir de los derechos humanos.- Anuario de Derechos Humanos, Madrid 1981, Pág. 10.

³⁴⁴ Habermas, Jürgen.- Derecho Natural y Revolución.- Teoría y Praxis, trad. D.J. Vogelmann, Buenos Aires 1966, Pág. 95ss,

NORMAS, a través de las cuales se hacen efectivos o ejercen tales derechos, integrándose de esta forma con el conjunto de normas un ORDENAMIENTO JURÍDICO, como conjunto de normas.

Acepto que el tema está en la mesa de la discusión, sin embargo, llevando a cabo una investigación como es el presente trabajo, tomo punto de partida para presentar la anterior reflexión, en aras de esclarecer la terminología y de originar un proyecto de evaluación y análisis contextual y acorde con el avance del fenómeno jurídico.

A este respecto el Investigador JOHN FINNIS en la Universidad de Oxford, originario de Australia, y con base en el pensamiento de W. H. Hohfeld, toma el fenómeno jurídico constituido por *“un sujeto, una acción y otro sujeto”*, de cuya ecuación surgen tres posibilidades: 1) “derecho-reclamo”; 2) “libertad”, y 3) “poder”, de los cuales para los efectos conducentes, el primero se correlaciona con una obligación y en el segundo hay ausencia de derecho-demanda³⁴⁵.

En este contexto hablar de DERECHOS, debe llevarnos a un nivel de análisis que supere cualquier especificidad de sistema jurídico positivo alguno, refiriéndome a que si tales prerrogativas o privilegios sean otorgados o bien reconocidas como pudieren ser las bases de la discusión.

Por consiguiente como una realidad en nuestro país, en el presente trabajo, también he de acotar el papel de las instituciones encargadas de protegerlos, ya que han incurrido en situaciones desviadas e injustificables, como se ha percibido al *“representar Derechos en forma unilateral, como en el caso de los delincuentes, olvidando los de las víctimas. O bien patrocinar los de organizaciones populares en forma unilateral, sin considerarlos en forma integral, como parte de un pueblo, sociedad o grupo humano”*³⁴⁶. Estas actitudes son resultado de una falta de precisión en cuanto a la salvaguarda de los Derechos lesionados, o bien de una equívoca pretensión del neoliberalismo, promotor de la libertad sin límite alguno. Aún así, ¿Es justificable la defensa de un Derecho, cuando éste afecta

³⁴⁵ Finnis, John.- Some professorial fallacies about rights.- Adelaide Low Review, n° 4, Adelaide 1977, Pág. 377s.

³⁴⁶ Texto del autor.

ostensiblemente el derecho de otro?, ¿Acaso puede admitirse la protección de los Derechos de un actor, cuando en igualdad de circunstancias, el actor lesiona o ha lesionado los Derechos de otra persona?.

Sin embargo admitido que nuestra sociedad convive en un Estado de Derecho, es necesario investigar dicho marco.

4.2.- Programa y proyecto del Constituyente de 1917.-

Al referirme a la obra del Constituyente de 1917, aprovecho la oportunidad para evocar la función en circunstancias similares, de los constituyentes anteriores como los de 1824 y el de 1857, coincidiendo en que tales proyectos de nación establecidos por ellos en los documentos respectivos, cada uno respondió a las necesidades y exigencias históricas que los envolvió, por lo cual sería muy aventurado pensar que dichos órganos pudiesen haber tenido el concepto de derechos humanos o bien de la perennidad y rigidez absoluta sobre tal documento, sin embargo de igual manera en los anales de sus trabajos, se percibe la preocupación por el alcance temporal y material de sus determinaciones.

Es oportuno aclarar que en la tradición jurídica de México es la Constitución de 1857, la que se refiere a "*derechos del hombre*", en tanto que la de 1917 se refiere a "*garantías individuales*".

El avance alcanzado por el estudio de la Ciencia Jurídica, permite ir introduciendo expresiones, con mayor precisión, acordes con el avance de los estudiosos e investigadores, es así como mi reflexión se concreta a que los órganos constituyentes mencionados, siempre se refirieron a GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, bien reconocidas u otorgadas a través del Documento Fundamental y no precisamente con el tinte de Derechos Humanos.

Así hablar de Derechos Humanos propiamente dichos en la Constitución de 1917, sería poner en el pensamiento de los constituyentes una expresión y quizá

una buena porción de contenido que fue introducida en el marco jurídico-político como tal en la segunda mitad del siglo XX en documentos internacionales, como evolución de las consecuencias de las dos guerras mundiales y de los conflictos que en diversas latitudes se escenificaron a partir de la Segunda Guerra Mundial, en los que pueblos enteros sufrieron y soportaron acciones encaminadas a desaparecerlos o bien para imponerles estructuras no concebidas por ellos, so pretexto de la Guerra fría o cualquier otro interés extraño. En México se ha introducido dicha expresión, en algunos documentos de carácter jurídico como resultado de una actualización jurídica formal.

4.3.- Proyecto y programa de la Iniciativa de reforma al Apartado B del Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Analizando en primer lugar los acontecimientos político-jurídicos que culminaron con la reforma de 28 de enero de 1992, es preciso justificar la técnica jurídica y legislativa que se llevó a cabo, con referencia a lo estatuido en el Texto Fundamental.

En este tema de estudio sobre la reforma en comento, el Ministro Gudiño Pelayo³⁴⁷, visualiza dos etapas: la primera corresponde al decreto de 6 de junio de 1990 por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, invocando la fracción I del artículo 89 Constitucional, y la segunda que es la publicación de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos el 28 de enero de 1992. Desde luego que el Ministro, valoriza como mayor problema el alcance de la primera etapa, en clara contravención con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hace a través de la Segunda Sala de dicha fracción:

"FACULTAD REGLAMENTARIA. INCLUYE LA CREACIÓN DE
AUTORIDADES Y LA DETERMINACIÓN DE LAS QUE
ESPECÍFICAMENTE EJERCITARÁN LAS FACULTADES

³⁴⁷ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- Op. Cit. pág. 31ss.

CONCEDIDAS.- Está dentro de la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República por el artículo 89, fracción I, de la Constitución, el *crear autoridades que ejerzan las atribuciones asignadas por la ley de la materia* a determinado organismo de la administración pública; igualmente, se encuentra dentro de dicha facultad el determinar las dependencias y órganos internos especializados a través de los cuales se deben ejercer las facultades concebidas por la ley a un organismo público, pues *ello significa proveer*³⁴⁸ la exacta observancia de la ley reglamentada. Además, al tratarse de un organismo que forma parte de la administración pública, aun cuando sea un órgano descentralizado, es precisamente el Presidente de la República, titular de esa administración, quien constitucionalmente está facultado para determinar los órganos internos que ejercerán las facultades otorgadas por la ley a efecto de hacer posible el cumplimiento de ésta. Amparo en revisión 1129/88. Compañía Mexicana de Ingeniería, S. A. 8 de junio de 1988. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretaria: Alicia Rodríguez Cruz de Blanco. Precedentes: Amparo en revisión 480/84. Compañía Minera Río Colorado, Sociedad Anónima. 23 de agosto de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Secretaria: Diana Vernal Ladrón de Guevara. En el informe 1989, segunda parte, página 34, se encuentra publicado con idéntico texto la tesis relativa a la ejecutoria: Amparo en revisión 6458/85. Francisco Javier Vázquez Balderas. 1° de febrero de 1989. Cinco votos. Ponente: Manuel Gutiérrez de Velazco. Secretaria: Rosalba Becerril Velásquez.

De igual manera el decreto de 6 de junio de 1990, contraviene la jurisprudencia emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

³⁴⁸ Cursivas por parte del autor.

REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS, SUS LÍMITES.- Mediante el ejercicio de la facultad reglamentaria, el titular del Ejecutivo Federal puede, para mejor proveer en la esfera administrativa el cumplimiento de las leyes, dictar ordenamientos que faciliten a los destinatarios la observancia de las mismas, a través de disposiciones generales, imperativas y abstractas que detalle sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación. Sin embargo, tal facultad (que no sólo se deduce de la fracción I del artículo 89 constitucional, sino que a la vez se confirma expresamente el contenido de la fracción VIII, inciso a, del artículo 107 de la propia Carta Suprema), por lo útil y necesaria que sea, debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del Poder Ejecutivo, esto es, la norma reglamentaria actúa por facultades explícitas o implícitas que se precisan en la ley, siendo únicamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquella y que, por ello, compartan además su obligatoriedad. *De ahí que, siendo competencia exclusiva de la ley la determinación de qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos.* Por tal virtud, si el reglamento sólo encuentra operatividad en el renglón del cómo, sus disposiciones sólo podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que éstas ya estén contestadas por la ley, es decir, el reglamento desenvuelve su obligatoriedad a partir de un principio definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos ni, mucho menos contradecirla; luego entonces, la facultad reglamentaria no puede ser utilizada como instrumento para llenar lagunas de ley, ni para reformarla o, tampoco, para remediar el olvido o la omisión. Por tal motivo, si el reglamento debe contraerse a indicar los medios para cumplir la ley, no está entonces permitido que a través de dicha facultad, una

disposición de tal naturaleza otorgue mayores alcances o imponga diversas limitantes que la propia norma que busca reglamentar, por ejemplo, creando y obligando a los particulares a agotar un recurso administrativo, cuando la ley que reglamenta nada previene a ese respecto.

Amparo directo 1113/88. Constructora Inversionista, S. A.. 2 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente Genaro David Góngora Pimentel.

Amparo directo 343/89. Productos San Cristobal, S. A. De C. V. 4 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Lanz Cárdenas.

Amparo directo 793/89. Mex. Bestos, S. A. 7 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente; Genaro David Góngora Pimentel.

Amparo directo 763/89. Fundición y Maquinado de Metales, S. A. 7 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

Amparo en revisión 1733/90. Decoraciones Barcel, S. A. de C. V. 22 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

Habida cuenta del criterio y jurisprudencia anteriores el Ministro Gudiño Pelayo reproduce la ejecutoria de la SCJN de fecha 25 de febrero de 1941, Quinta Época:

ESCUELAS "ARTÍCULO 123". CARÁCTER DE LOS MAESTROS DE LAS.- La *facultad* que al Ejecutivo Federal concede la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal, queda limitada a "promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión proveyendo en la esfera administrativa, a su estricta observancia", sin que de ninguna manera, para tal proyecto constitucional, se derive facultad alguna del Ejecutivo, de dictar leyes, que son de órbita del Poder Legislativo. No obstante esto, se ha dado un decreto por medio del cual se establece que los maestros que presten sus servicios en las escuelas artículo 123 constitucional, son sujetos de contrato de trabajo, reservándose a

la Secretaría de Educación Pública el nombramiento dirección y dependencia administrativa de los aludidos maestros, y al no tener el Ejecutivo facultades reglamentarias sobre el artículo 123 constitucional, ni sobre la Ley Federal del Trabajo, por virtud del Decreto ya mencionado, está invadiendo facultades expresamente reservadas por el artículo 73 fracción X (reformado), al Congreso de la Unión, que es el órgano capacitado por nuestra Constitución, para legislar o reglamentar cuestiones de trabajo. Por otra parte, con el Decreto tantas veces citado, se contraría lo previsto por el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, cuando se priva a los patronos de la dirección y dependencia que deben asumir, conforme a lo preceptuado por esta última disposición legal, que a la letra dice: "Contrato de trabajo es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra, bajo su dirección y dependencia de los tantas veces mencionados maestros de las escuelas "Artículo 123", no puede establecerse que éstos sean sujetos de contrato de trabajo, respecto de los patronos de las negociaciones donde funcionen las escuelas en las que presten sus servicios, ya que faltan dos de los elementos básicos que constituyen dicho acto jurídico.

Amparo en revisión en materia de trabajo 1390/40. Cía. Industrial Nacional. 25 de febrero de 1941. Mayoría de tres votos.

Con base en lo anterior, no se puede pasar por alto el principio fundamentado en la lógica de la interpretación constitucional:

"Cuando un precepto legal admita dos interpretaciones, de las cuales una pugne con la interpretación que de la Constitución ha establecido la SCJN y otra sea acorde con la misma, debe prevalecer esta última sobre la primera. ... Lo lógico es que lo inconstitucional no es la ley, sino la interpretación que de él hace la autoridad que la aplica"³⁴⁹.

³⁴⁹ Gudifño Pelayo, José de Jesús.- Op. Cit. pág. 33.



En consecuencia, el Ministro Gudiño Pelayo, concluye:

- 1.- El "Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación", no reglamentaba ley alguna expedida por el Congreso de la Unión.
- 2.- El citado decreto no abrogaba ni modificaba en nada los ámbitos de competencia establecidos a través de órganos legislativos, menos aún los determinados por la Constitución.
- 3.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos, no podía interferir constitucionalmente en asuntos de competencia de otros órganos, incluyendo los del Poder Ejecutivo.
- 4.- Las atribuciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, eran las que legítimamente le competían al Presidente de la República o al Secretario de Gobernación, o bien las atribuciones que la ley secundaria faculta para ser delegadas.
- 5.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos carecía de intervención directa en donde carecía de línea de mando, y únicamente se presentaba su recomendación a nivel *staff*, como asesora consejera³⁵⁰.

A mayor abundamiento puedo acotar la limitante que el Ejecutivo tiene jurídicamente:

"... el Presidente carece de facultades para dictar la ley (es decir un reglamento de carácter sustantivo) y luego establecer las autoridades que deban ejercer esas atribuciones a través de un reglamento (otro o el mismo) de carácter adjetivo. Esto equivaldría a ampliar sus facultades que restrictivamente le impone la Constitución y, en consecuencia, invadir la esfera que constitucionalmente le corresponde al Poder Legislativo"³⁵¹.

³⁵⁰ Ibidem, pág. 38ss.

³⁵¹ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- Notas para el diagnóstico constitucional del decreto de 5 de junio de 1990, por el que se crea la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de su reglamento interior.- Revista Jurídico Jalisciense, año2, número 4, sept-dic MCMXCII, pág. 132.

Con la reforma de 28 de enero de 1992, se da "La consagración constitucional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos", salvando jurídicamente lo que políticamente había nacido sin carta de naturalización; así nació el apartado "B" del artículo 102 Constitucional, con la que se pretendió dar garantía a una institución que por otra parte continúa con el mismo papel y funciones que tuvo antes de la consagración constitucional; sin embargo es preciso no olvidar que toda reforma, como tal debe responder sistemáticamente a un todo, como lo enuncia el tratadista Manuel García Pelayo, citado por el Ministro Gudiño Pelayo:

"... el orden jurídico constituye una totalidad y ... por consiguiente, ninguna de sus partes tiene sentido sin referencia a las demás. Los preceptos jurídicos individuales – ha dicho Richard Schmitt – carecen de existencia en la vida real, pues, en efecto, todo precepto jurídico rige y obliga únicamente en relación mediata o inmediata con los demás que lo determinan, limitan o complementan; por otro lado, y en correspondencia con esta estructura real, dado que la Jurisprudencia es ciencia destinada a comprender y no a explicar sus objetos, es claro que sólo puede cumplir su cometido cuando capte el sentido de los preceptos; es decir, mediante sus conexiones con la totalidad. Como ha dicho Somlo, las normas jurídicas particularizadas sólo tienen existencia como abstracción mental, 'no hay más que normas jurídicas que rigen a través de sus conexiones; hay tan sólo un orden jurídico, y es la pertenencia a él lo que convierten a una norma en norma jurídica'³⁵².

Si esta es la naturaleza de toda reforma, ¿cómo puede ser admisible la falta de obligatoriedad de sus recomendaciones, y la limitante sobre las áreas de influencia, cuando la Constitución con su carácter de generalidad no establece límite alguno, salvo las condicionantes de la competencia y jurisdicción?, ¿Jurídicamente son admisibles tales limitantes en el Texto Fundamental?, La

³⁵² García-Pelayo, Manuel.- Derecho constitucional comparado.- Manuales de la Revista de Occidente, Madrid 1967, pág. 17s.

institución en comento ¿acaso implica una duplicidad de funciones y aún más sin consecuencias jurídicas en sus actuaciones?.

4.3.1.- Situación de los Derechos Humanos como marco de la Iniciativa de Ley.

En una investigación auténtica como la que enmarca el Ministro Gudiño Pelayo, los Derechos Humanos vienen a ser la justificación de la Institución que se encarga de protegerlos, dando oportunidad a desconocer la existencia de los medios e instituciones jurisdiccionales que deben dar mayor eficacia a dichos derechos.

Aparece en este aspecto una contradicción jurídica, entre el artículo 2° del Decreto de 5 de junio de 1990, que crea la CNDH, atribuyéndole:

"La responsabilidad de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respecto y defensa de los derechos humanos. Con este propósito instrumentará los mecanismos necesarios de prevención, atención y coordinación que garanticen la salvaguardia de los derechos humanos de los mexicanos y de los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional; esto último, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores".

Y por otro lado el artículo 103 Constitucional:

"Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales.
- II. Por leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal”.

Por tanto: *“la CNDH no estaba facultada constitucionalmente para resolver en casos concretos si se han violado o no garantías individuales, menos aún ejercer algún tipo de presión para que se acepte su determinación, lo cual implica, entre otras actividades, la valoración de pruebas, satisfacer la garantía de audiencia y las demás formalidades esenciales del proceso”*³⁵³.

Además el doctor José Barragán, citado por el Ministro, acertadamente expresa:

“... Un reconocimiento oficial a la crisis del Estado de Derecho; es un reconocimiento expreso al ilegal proceder de los poderes públicos, los cuales no sólo no han sabido cumplir con los fines que les son propios, sino que han llegado a incurrir en frecuentes y escandalosas violaciones de los Derechos Humanos”³⁵⁴.

Finalmente el Ministro Gudiño Pelayo³⁵⁵, lleva a cabo el siguiente análisis: la atribución que se confiere a la CNDH, y que a su juicio ha causado su actuación errática, a nivel federal o estadual, como resultado de la confusión en el campo jurídico, social y político; adecuadamente descrito por el Ministro Juventino V. Castro:

“Por otra parte, si dichos organismos tienen como misión *proteger los derechos humanos*, habría que explicar a satisfacción cuál es entonces la misión de la acción de amparo, y del juicio en el cual se ejerce”³⁵⁶.

La contradicción queda mejor descrita, si tomamos en cuenta el primer párrafo del apartado “B” del artículo 102 constitucional:

³⁵³ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- Op. Cit. pág. 45.

³⁵⁴ Barragán Barragán, José.- El laberinto de la ilegalidad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.- Ediciones Crisol del PRD, México 1991, pág. 17.

³⁵⁵ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- Op. Cit. pág. 108ss.

³⁵⁶ Castro, Juventino V.- El artículo 105 constitucional.- Facultad de Derecho de la UNAM, México 1996, Págs. 35ss.

Artículo 102.- apartado "B".- *El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa proveniente de cualquier autoridad o servidores público...*

El siguiente párrafo nos presentará tal observación:

"En un primer golpe de vista da la impresión de que se incurre en una grave contradicción, al señalar, primero, como materia de su cometido, la "... *protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano...*", es decir todos, por lo menos esto parece deducirse de la expresión: "... establecerán organismos de...", el "de" parece estar referido al objeto propio de su actuación; a continuación parece que se constriñe drásticamente la facultad otorgada, al reducirla al conocimiento de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, o sea un sector muy reducido de las hipótesis en que es posible infringir derechos humanos"³⁵⁷.

En este contexto, lo que en principio se le concede, inmediatamente se restringe al ámbito administrativo, además que de hecho se trata de dos facultades bien distintas:

1.- La protección de los "Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano", y

2.- Conocer de quejas en contra de actos u omisiones de "*naturaleza administrativa*" proveniente de cualquier autoridad o servidores público. ¿Acaso toda infracción de carácter administrativo constituye violación de los derechos humanos?, Desde luego que la respuesta natural es **NO**.

³⁵⁷ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- Op. Cit. pág. 109.

4.3.2.- Recepción en México de la figura del Ombudsman Escandinavo.-

Ante la presión política externa, el caso de los Derechos (Humanos) rebasó el marco jurídico existente, y fue observable el cúmulo de reformas ocasionadas al Texto Fundamental, con el fin de dar formalidad a figuras y situaciones de naturaleza política antes que jurídica. Entre estas se integró el apartado "B" del Artículo 102, *sin embargo a mi juicio, en lugar de analizar en forma integral las instituciones y recursos establecidos y de gran prestigio, se recurrió a la copia de una figura ostensiblemente justificada en el sistema Parlamentario Sueco, pero no en el sistema jurídico mexicano, por ser de naturaleza totalmente diferente.*

Se olvidó la promoción oportuna del Juicio de Amparo y de otros recursos, que si bien están establecidos en nuestro orden normativo; sin embargo su eficacia ha quedado en suspenso, por no decir en el olvido al paso de los años, sobre todo si se toma en cuenta la ineficacia en la procuración y en la administración de justicia, a través de los órganos responsables que en gran proporción han fomentado la impunidad, dejando en duda la vida institucional de los Derechos hoy identificados con el rubro de Derechos Humanos.

De esta forma, bajo la presión del extranjero en todos sus niveles y formas, se encontró la figura del ONBUDSMAN, como la alternativa más viable, aunque sin tomar en cuenta la ausencia de un fundamento estructural y jurídico, recurriendo a su justificación sólo en el ámbito político, aunque con modificaciones de ajuste inevitable en el nuevo sistema receptor. Al respecto transcribo los siguientes textos que explican mi comentario:

"Los países escandinavos tienen un *sistema parlamentario*. Tan sólo el pueblo elige a los que formarán parte del Parlamento, al cual representa con exclusividad de cualquier otro Poder Político. No ocurre lo mismo en nuestros países americanos que nos ubicamos en el *presidencialismo*, y dentro del cual el pueblo elige no sólo a los legisladores, sino además al titular del Ejecutivo.

Por ello, de los parlamentos europeos se extrae al Poder Ejecutivo, por medio de *gabinetes*, con frecuencia de coalición, y que tienen su vocero en el titular de dicho gabinete bajo el cargo de Jefe de Gobierno. El Jefe de Estado es tan solo un equilibrador con una importante función constitucional, cuando el orden constitucional se rompe.

Bajo esta estructura se entiende el porqué del nacimiento de un funcionario – el *Ombudsman* – en los países escandinavos. El Parlamento conforma al órgano ejecutivo, pero tiene necesidad de gente de su confianza que constantemente le informe de los desempeños administrativos del gabinete, ya sea recogiendo quejas, ya investigando por su cuenta. Cuando se capta por el *ombudsman* una irregularidad, un peligro o una disfunción, no sólo informa al Parlamento – su jefe – sino que le “recomienda” algunas medidas que pueden tomar, dado que por naturaleza ese comisionado no tiene ninguna fuerza coactiva, ni debe tenerla, puesto que el Parlamento, si no tiene confianza en el gabinete, resuelve simplemente no otorgar *votos de confianza*, o de plano muestra su desconfianza sobre la forma en que se lleva la administración pública, en un punto concreto investigado por su *ombudsman*³⁵⁸.

Mal adaptada la institución escandinava en nuestro país ha sido fuente de malos entendidos, enfrentamientos y discusiones estériles, insistiendo en características que permiten las dos figuras: la CNDH y el Ombudsman, se encuentran dos puntos básicos:

1.- En México las Comisiones (y no el comisionado) pertenecen a la estructura administrativa del Ejecutivo y no del Legislativo.

³⁵⁸ Castro y Castro, Juventino V.- Prólogo a la obra El estado contra sí mismo, de Gudiño Pelayo, José de Jesús. Op. Cit. pág. 20.

2.- Las recomendaciones no se dan al Ejecutivo, sino a órganos administrativos con autoridad propia, y con frecuencia (como ocurre con los gobernadores y los Procuradores) con fuerza constitucional³⁵⁹.

4.3.3.- Las Comisiones de Derechos Humanos en el marco jurídico vigente.-

El Apartado "B" del Artículo 102 Constitucional, analizado con acuciosidad, adolece de elementos jurídicos claros, por lo cual provoca confusiones e imprecisiones en el desempeño de los *organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano* como los que expongo a continuación:

1.- Se trata de importar una figura jurídica sin fundamento ni necesidad alguna, toda vez que lo único que hacía falta es revisar los mecanismos e instituciones jurídicas que se establecen en el sistema jurídico mexicano, haciéndolos más efectivos y ágiles, al servicio de quienes se ven afectados en el ejercicio de sus Derechos.

2.- En cuanto al contenido que se establece en el Texto Fundamental, es de naturaleza obligatoria y nunca de cumplimiento opcional, circunstancia que no ocurre así con las resoluciones de las Comisiones de Derechos Humanos, que sólo son RECOMENDACIONES NO VINCULATORIAS, en clara contravención a la naturaleza de la Norma Constitucional.

3.- La función de las Comisiones de Derechos Humanos, se duplica y contraponen jurídicamente con las funciones encomendadas al Ministerio Público en el artículo 20 Constitucional y a fin de cuentas las intervenciones de dichos organismos, tampoco representan instrumento legal alguno con carácter procesal.

³⁵⁹ Ibidem.- Op. Cit. pág. 21.

4.- El acatamiento potestativo de las recomendaciones, desvirtúa la garantía de cualquier órgano de procuración y administración de justicia, y por ende rompe con cualquier Estado de Derecho; al crear en forma paralela instituciones que sin la misma categoría de responsabilidad y capacidad jurisdiccional, se le atribuye intervención, aunque esta vaya más limitada.

5.- La situación más controvertida es la contradicción con los artículos 103 y 107 Constitucionales, pues en todo caso cómo justificar la garantía de tener rango constitucional de un organismo específico, que por otra parte carece de naturaleza procesal, a pesar de tener atribuciones e ingerencias en procedimientos sin proyección y garantía alguna.

6.- La Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, en todo caso debería ser la única que permite fincar responsabilidad al servidor público, por cualquier anomalía y quebranto al desempeño de funciones.

Con estas consideraciones de imprecisión y confusión jurídica, ¿Es legítimo continuar con organismos que son y no son al mismo tiempo?, ¿El aspecto político en su aislamiento, será la base del nuevo Estado de Derecho?, ¿Con elementos políticos, será suficiente para garantizar a un pueblo en su modernidad, la Democracia, el orden, seguridad y justicia que reclaman las voces del pueblo?, ¿Será posible construir un Estado moderno con conceptos otrora superados y dejados en las páginas de la historia?. Estas y similares preguntas están en el tintero, esperando respuesta.

4.4.- Necesidad y conveniencia de la Reforma, desde el punto de vista jurídico integral.-

Analizado así el tema del presente trabajo, es el momento de evaluar la necesidad y conveniencia de la Reforma o Adición del Apartado "B" del Artículo 102 Constitucional, determinándose con base en los principios y normas de naturaleza jurídico-política, es conveniente tomar en cuenta que su justificación

formal, no necesariamente legaliza o da legitimidad al organismo en comento, tal como lo expone el Ministro Gudiño Pelayo en su nota explicativa de su obra citada y en ocasiones comentada en el presente capítulo:

"Sustento la tesis de que, con base en una indebida interpretación del apartado B del artículo 102 constitucional, se ha expedido una ley reglamentaria y se ha estructurado una práctica de los organismos gubernamentales de derechos humanos que, a partir del modelo de la CNDH, no sólo no han producido los efectos esperados (las quejas a nivel internacional por la violación de derechos humanos continúan con la misma intensidad que las que determinaron la creación de la CNDH), sino que al constituirse en una instancia que pretende enjuiciar todo y a todos, sin responsabilizarse de nada y sin responder ante nadie – lo cual se ha traducido en desprestigio, que en política equivale a deslegitimación, de las instancias gubernamentales que sí son responsables de la marcha de la administración pública – pone en peligro al árbol mismo en que esta institución se injertó, el cual amenaza con secarse, pues el prestigio y la credibilidad de sus funcionarios son parte importante de la legitimación del ejercicio del poder público; es como la savia del Estado de Derecho, habida cuenta que esa legitimidad es la que le concede autoridad moral a sus determinaciones y es justamente la que se afecta con cada despliegue publicitario de la CNDH o de sus similares de los estados"³⁶⁰

De igual importancia es la valoración del hecho que la CNDH sea resultado de un decreto presidencial, condicionando así en el orden constitucional, su facultad para resolver en casos concretos si se han violado o no garantías individuales, menos aún ejercer algún tipo de presión para que se acepte su determinación, lo cual implica, entre otras actividades, la valoración de pruebas, satisfacer la garantía de audiencia y las demás formalidades esenciales del proceso, actividades que tienen carácter jurisdiccional. , en caso contrario

³⁶⁰ Gudiño Pelayo, José de Jesús.- Op. Cit. pág. 25.

equivaldría a aceptar que el Presidente de la República está facultado para establecer por medio de decretos, órganos o sistemas de control constitucional, paralelos, subsidiarios o sustitutos de los que la propia Constitución establece³⁶¹.

En forma por demás entendible y justificable es el capítulo que el Ministro Gudiño Pelayo integra en su obra haciéndose una pregunta: *¿Era necesario el establecimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos?*, de la cual transcribo lo siguiente:

"...Todos los casos denunciados ante ella podían y debían ser resueltos por los órganos y a través de los procedimientos ya establecidos con anterioridad. ... Nuestro sistema jurídico sí preveía desde hace más de un siglo la respuesta a todos esos atentados.

En consecuencia, el remedio de fondo, la verdadera medicina, debió ser **hacer funcionar de manera óptima lo que no funcionaba o lo hacía deficientemente**, como por ejemplo, **robustecer y apoyar a la administración de justicia**, sobre todo a la judicatura de amparo, **devolviéndole al juicio de garantías su carácter original de juicio de responsabilidad**, tema sobre el que de modo tan brillante ha abundado el doctor José Barragán Barragán; **promover una reestructuración a fondo de la institución del Ministerio Público; revisar a la luz de una sana interpretación constitucional los métodos y procedimientos de investigación criminal; promover**, asimismo, por los mecanismos legales establecidos **la revisión por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Jurisprudencia relativa a la materia penal**, desterrando principios que no correspondan a la concepción del proceso acusatorio como el de **inmediatez procesal; hacer efectiva la ley de responsabilidades a los servidores públicos**,..."³⁶², entre otras instancias, ya existentes en nuestro sistema jurídico.

³⁶¹ Ibidem, pág. 45.

³⁶² Ibidem, pág. 68

Así es como se entiende el desempeño actual del Organismo resultante de la reforma Constitucional de 28 de enero de 1992, guiada más por una bien intencionada intuición justiciera, que por los rigores y formalidades de la técnica procesal, sobreponiéndose de esta manera a principios esenciales de nuestro Estado de Derecho.

Comentado en los términos propuestos el resultado de mi investigación sobre un tópico constitucional, estoy seguro de que no he agotado el tema en forma exhaustiva, sin embargo en lo que se refiere a mi posición doctrinal, estoy seguro de haber alcanzado un resultado, si bien no absoluto, sin embargo sí con repercusiones que pueden proyectarse en el marco de una actitud crítica sobre fenómenos jurídicos dentro de un sistema dado, como **deber ser**, característico de quienes hoy podemos acariciar la verdadera estructura, naturaleza, función y alcances del ordenamiento jurídico. Esto sólo es entendible como un reto histórico fundamentado en el aspecto evolutivo del mismo y consciente de que lo escrito o alcanzado no es absoluto, sino relativo al momento en que fue concebido, y por ello perfectible o evolutivo, debiendo como profesionales del Derecho, apoyar el curso y desarrollo del fenómeno jurídico.

4.4.1.- LA AUTONOMÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

Al término, del trabajo de la presente investigación hago referencia estrecha a una característica que, jamás debe ser olvidada en el acontecer del marco jurídico en el que se puede colocar el presente estudio en su conjunto y sobre el cual, nadie duda sobre su garantía: la AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL.

La autonomía constitucional, implica su supremacía y suprallegalidad, en virtud de que su vínculo jurídico, es diferente al resto de las normas, que integran la totalidad de un *ordenamiento jurídico*³⁶³, al fin y al cabo dichas normas, en ella

³⁶³ CARBONELL, Miguel.- Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México.- Porrúa- UNAM, México 2000.

se fundamentan y de ella adquieren su plenitud. Este fenómeno es observable en cualquier marco o sistema jurídico.

Es por ello muy interesante el estudio de los efectos jurídicos, como signo de su naturaleza constitucional, tal como lo expresa Alejandro Nieto:

“(…) la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”³⁶⁴.

Puntualizando la superioridad constitucional, menciono los siguientes datos:

- 1.- La constitución *crea* a los poderes públicos del Estado³⁶⁵;
- 2.- *Delimita* las funciones de los poderes, se a en forma positiva o negativa³⁶⁶;
- 3.- En ella se determinan los procedimientos de *creación normativa*;
- 4.- Reconoce los *derechos fundamentales* de los habitantes del Estado, y
- 5.- Incorpora los *valores esenciales o superiores* de la comunidad a la que rige³⁶⁷.

La supremacía constitucional, se puede definir como: “*la cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción (y por lo mismo de modificación) jerárquicamente superior a la de la ley*”, como lo expresa Manuel Aragón Reyes:

La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que

³⁶⁴ NIETO, Alejandro.- Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional.- Revista de Administración Pública, Madrid 1982, Números 100-102, Pág. 387.

³⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- La constitución como norma y el Tribunal constitucional.- Madrid 1985, pág. 79.

³⁶⁶ VEGA, Pedro.- La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.- Madrid 1991, pág. 18.

³⁶⁷ RODRÍGUEZ BEREÑO, Álvaro.- Constitución y Tribunal Constitucional.- Revista Española de Derecho Administrativo, Número 91, julio-septiembre de 1996.

se tienen por fundamento, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad³⁶⁸.

Esta característica, es la que condiciona todo proceso jurídico en relación con la autonomía constitucional, sobre la cual ha versado la investigación, en un intento por apoyar su integridad formal y real, como documento fundatorio de un pueblo, circunscrito histórica y geográficamente en el concierto de los pueblos, con una estructura de proyecto de nación que, sus mismos habitantes, originariamente seleccionaron y con el cual pueden encontrar la razón suficiente de su interacción, desde el punto de vista que se le quiera considerar: POLÍTICO, JURÍDICO, SOCIAL, IDEOLÓGICO, o cual fuere su situación ocasional.

³⁶⁸ ARAGÓN REYES, Manuel.- El control como elemento inseparable del concepto de Constitución.- Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid 1987, Núm. 19, pág. 23.

CONCLUSIONES.

En el contexto del tema tratado en el presente capítulo, puedo presentar las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La reforma constitucional en comento de 28 de enero de 1992, nació formalmente sujeta al proceso legislativo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, sin embargo legalizó una situación jurídica sin fundamento legal alguno en su origen.

SEGUNDA.- Las funciones del Organismo protector de los Derechos Humanos, cuya ley fue publicada en la fecha anterior, no modificó la estructura, funcionamiento y atribuciones del decreto viciado de Inconstitucionalidad.

TERCERA.- La ley no clarifica las verdaderas atribuciones del organismo establecido, en virtud de reconocerle funciones que inmediatamente le cancela o limita, sin explicación jurídica alguna.

CUARTA.- Dicha ley no delimita la naturaleza del organismo creado, en cuanto a su duplicidad, paralelismo, posible sustitución de instancias o instituciones de naturaleza jurisdiccional.

QUINTA.- La misma ley omite o libera de RESPONSABILIDAD a los funcionarios del organismo a que da origen.

SEXTA.- Antes de la publicación de la Ley en comento y del Decreto de creación previo, "... Nuestro sistema jurídico sí preveía desde hace más de un siglo la respuesta a todos esos atentados".

SÉPTIMA.- La reforma y adición del Apartado "B" del Artículo 102 Constitucional, es un **pegote** de naturaleza política al margen de cualquier técnica legislativa, que inclusive observando sus resultados, no alcanza a justificarse dentro de nuestro sistema jurídico.

OCTAVA.- A cambio es necesario, en nuestro sistema jurídico, **hacer funcionar de manera óptima lo que no funciona o lo hace deficientemente: como robustecer y apoyar a la administración de justicia, devolviéndole al**

juicio de garantías su carácter original de juicio de responsabilidad; promover una reestructuración a fondo de la institución del Ministerio Público; revisar los métodos y procedimientos de investigación criminal; promover, por los mecanismos legales establecidos la revisión por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Jurisprudencia relativa a la materia penal, desterrando principios que no correspondan a la concepción del proceso acusatorio como el de inmediatez procesal; hacer efectiva la ley de responsabilidades a los servidores públicos”, establecer el juicio de residencia, entre algunas de las instancias jurídicas del sistema.

NOVENA.- El momento histórico requiere inminentemente de respuestas jurídicamente integrales, apegadas a técnicas jurídicas y legislativas válidas y eficaces, acordes con la naturaleza normativa vigente.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

- AGUERO, Mario de.- Conferencia Magistral.- IV Foro Nacional de Investigación en las Disciplinas Financiero-Administrativas, Facultad de Contaduría y Administración Unam.- Gaceta Unam, No. 3,317 del 4 de noviembre de 1999.
- AGUIRRE SALDIVAR, Enrique.- Los retos del derecho público en materia de federalismo.- UNAM, México 1997.
- AJA, E.- Prólogo a ¿Qué es una constitución? De Ferdinand Lasalle.- Ariel, Barcelona 1976.
- AQUINO, Tomás de.- Summa Theologica, II.I, c. LXXII, a. IV.- B.A. C. Santander
- ARAGÓN, Manuel.- La democracia como forma jurídica.- *working papers del Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 1991, núm.32.*
- ARISTÓTELES.- "La Política".- Espasa Calpe, Col. Austral, No. 239.- México 1991
- AZARA ANTONIO Y EULA, ERNESTO.- Novissimo Digesto Italiano, UTET, Turín 1964
- BARKER ERNEST.- Political thought of Plato and Aristotle.- Russel & Russell, New York 1959.
- Greek Political Theory.- Methuen and Co. Ltd, Suffolk, 1964.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José.- El laberinto de la ilegalidad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.- Ediciones Crisol del PRD, México 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán J.- Manual de derecho constitucional argentino.- Ediar, Buenos Aires, 1975
- BLANCO GARCÍA, Vicente.- Diccionario Latino-Español y Español Latino.- M: Aguilar, Madrid 1948.
- BLÁNQUEZ FRAILE AGUSTÍN.- "Diccionario Latino-Español.- Sopena.- Barcelona 1967.
- BENEYTO PÉREZ, José María.- "Dialéctica Estado-sociedad y politización".- Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, t. II, UNAM, México 1981, pág. 163.

- BENTHAM, Jeremías.- Tratados de legislación civil y penal.- trad. R. Salas, Nacional, Madrid 1981.
- BERGER ADOLF.- "Encyclopedic Dictionary of Roman Law".- The American Philosophical Society.- Philadelphia, 1968
- BEUCHOT, Mauricio.- Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo.- UNAM, México 1995.
- BISCARETTI, P.- Introducción al derecho constitucional comparado.- F. C. E., México 1975.
- BOBBIO, Norberto.- Presente y porvenir de los derechos humanos.- Anuario de Derechos Humanos, Madrid 1981.
- BODINO, Juan.- Los seis libros de la República.- Jacques du Puys, 1578.- Apud De la Cueva, Mario.
- BRYCE JAMES.- Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas.- Instituto de Estudios Políticos .- Madrid 1952.
- BURDEAU GEORGES.- Traité de science politique.- Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1969.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio.- Derecho Constitucional Mexicano.- Porrúa, México 1995.
- CABALLERO José Antonio.- "La transición del Absolutismo al Estado de Derecho".- Artículo presentado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.- México, 1998.
- CABO MARTÍN, Carlos de.- Contra el Consenso.- UNAM, México 1997.
- CARBONELL MIGUEL.- Una aproximación al concepto de Constitución.-Revista EL FORO.- Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., Décima Época, Tomo XI, México 1998
- Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México.- Porrúa-UNAM, México 2000.
- CARBONNIER JEAN.- "Sociología Jurídica".- Editorial Tecnos.- Madrid, 1982.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime.- Una Constitución para la democracia; Propuesta para un nuevo orden constitucional.- IJ-UNAM, México 2000.

- CARPIZO, Jorge.- Estudios Constitucionales.- UNAM, México 1999.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V.- El artículo 105 constitucional.- Facultad de Derecho de la UNAM, México 1996.
- La mutación estructural del Derecho en México.- Porrúa, México 1998.
- CERSÓSIMO, Luis Ángel.- "El Estado y la conciencia geopolítica: espacio y cultura".- Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, t. VII, UNAM, México 1981, pág. 229.
- CHINOY, Ely.- "La Sociedad".- Fondo de Cultura Económica, México 1974.
- CORREAS OSCAR.- "Introducción a la Sociología Jurídica".- Ediciones Coyoacán.- México, 1992.
- DE LA CUEVA, Mario.- "La Idea del Estado".- UNAM, México 1971.
- DIGESTO.- Apud CABALLERO JOSÉ ANTONIO.- "La transición del Absolutismo al Estado de Derecho".- Artículo presentado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.- México, 1998
- DONNELLY, Jack.- Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica.- Trad. Ana Isabel Stellino.- Gernika, México 1994.
- DUGUIT, León.- Traité de science politique.- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1967, t. I, pág. 22.- Apud De la Cueva, Mario.
- DUVERGER, Maurice.- Course de sociologie politique. Les courses de droit, Paris 1961 - 1962, pág. 11s.- Apud De la Cueva, Mario.
- ESTEBAN, J. De.- Constituciones españolas y extranjeras, estudio preliminar.- Taurus, Madrid 1977.
- FINNIS, John.- Some professorial fallacies about rights.- Adelaide Law Review, n° 4, Adelaide 1977.
- FLORES D'ARCAIS, Paolo.- Izquierda y legalidad.- Jueces para la Democracia. Información y Debate, Madrid 1993, núm. 19.
- FRIEDRICH, Carl.- La démocratie constitutionnelle.- PUF, Paris 1958.
- GARCÍA GARCÍA FERNANDO AUGUSTO.- "Fundamentos Éticos de la Seguridad Social".- S. E. México, 1977.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.-- "Ensayos filosófico-jurídicos!.- UNAM, México 1984, pág. 377.

- Introducción al Estudio del Derecho.- Porrúa, México 1972.

GARCÍA MORENTE.- Idea de la Hispanidad.- Apud De la Cueva, Mario.

GARCÍA-PELAYO, Manuel.- Derecho constitucional comparado.- Manuales de la Revista de Occidente, Madrid 1967.

GARILLI, Giovanni.- Aspetti della filosofia giuridica, politica e sociales di S. Agostino.- Dott. A Giufre, Milán 1957.- Apud De la Cueva, Mario.

GILBERT R.- Lex Coloniae Genitivae Juliae, en Nueva Enciclopedia Jurídica.- Seix, Barcelona 1974

GIRARD PAUL F. y SENN FELIX.- Textes du droit roman.- Arthur Rousseau, París 1937.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel.- "El federalismo".- UNAM, México 1995.

- ¿Por qué no se cumplen las leyes en México?, en Castañeda Sabido, F. Y Cuellar Vázquez, A.- El uso y la práctica de la ley en México.- México 1997.

GONZÁLEZ URIBE HÉCTOR.- "Teoría Política".- Porrúa.- México 1992.

GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y otros.- Control Social en México, D. F.- UNAM-Acatlán, México 1998.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús.- El estado contra sí mismo.- Noriega editores, México 1999.

- Notas para el diagnóstico constitucional del decreto de 5 de junio de 1990, por el que se crea la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de su reglamento interior.- Revista Jurídico Jalisciense, año2, número 4, sept-dic MCMXCII

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús.- El estado contra sí mismo.- Noriega editores, México 1999.

- Notas para el diagnóstico constitucional del decreto de 5 de junio de 1990, por el que se crea la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y

de su reglamento interior.- Revista Jurídico Jalisciense, año2, número 4, sept-dic MCMXCII

HABERMAS, Jurgens.- Más allá del Estado nacional.- Trad. De Manuel Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Valladolid 1998.

- Ensayos Políticos.- Ed. Península, Barcelona 1994.

- Teoría de la Acción Comunicativa.- Taurus, Madrid 1999.

- Jurgen Habermas: moralidad, ética y política. Propuestas y críticas.- Editorial Patria, México 1993.

- Derecho Natural y Revolución.- Teoría y Praxis, trad. D.J. Vogelmann, Buenos Aires 1966.

HAURIUO, Maurice.- Apud De la Cueva, Mario.

HEGEL.- Apud De la Cueva, Mario.

HELLER, Hermann.- Teoría del Estado.- F. C. E., México 1942.

HESSE, Konrad.- Escritos de derecho constitucional.- Madrid 1992.

HOBBS TOMÁS.- El Leviathan.- Fondo de Cultura Económica.- México, 1980.

IHERING R. von.- L'esprit du droit roman.-Chevalier-Marecq, Paris 1877.

JELLINECK, Jorge.- Allgemeine Staatsleher.- Hermann Gentner Verlag, Darmstadt 1959, Pág. 4ss.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier.- Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución.- Revista del Departamento de Derecho Político, Madrid 1980, núm. 7.

KELSEN, Hans.- Teoría general del derecho y del estado.- Apud De la Cueva, Mario.

KUNKEL, Wolfgang.- Historia del Derecho Romano, trad. por Juana Miguel, Barcelona Ariel, 1996, pág. 25. Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 1998.

KRÜGER, Hebert.- Apud De la Cueva Mario.- "La idea del Estado".- UNAM, México 1975.

- LASSALLE, Ferdinand.- ¿Qué es una Constitución?.- Coyoacán, Diálogo abierto, Política, México 1997.
- LEÓN PORTILLA, Miguel.- "Los Antiguos Mexicanos".- Fondo de Cultura Económica, México 1993.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.- Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado.- Ed. Alfa, Buenos Aires 1953
- LOCKE JOHN.- Historia de la Filosofía.- Revista de Occidente, Madrid 1960.
- LOEWENSTEIN, Karl.- Teoría de la Constitución, Trad. De Alfredo Gallego A.- Ariel, Barcelona 1964.
- LUCAS VERDÚ, Pablo.- El derecho constitucional como derecho administrativo.- Revista de Derecho Público, Madrid 1982.
- Curso de derecho político.- Tecnos, Madrid 1974
- MADRAZO, Jorge.- Algunas consideraciones sobre el Senado en el sistema constitucional mexicano" en Reflexiones constitucionales.- UNAM, México 1994.
- MADRID HURTADO, Miguel de la.- Elementos de Derecho Constitucional.- Instituto de Capacitación Política.- México 1982.
- MARÍAS, Julián.- "Historia de la Filosofía".- Manuales de la Revista de Occidente, Madrid 1960.
- MAQUIAVELO, Nicolás.- "El Príncipe".- Colección Austral, Espasa-Calpe, México 1994.
- MARITAIN, Jacques.- Apud De la Cueva, Mario.
- MÁRQUEZ RÁBAGO, SERGIO R.- Atributos y responsabilidad de la Constitución de 1917.- Tesis Doctoral.- México 2000.
- MARX, Carlos.- Crítica de la economía política.
- La cuestión Judía.- trad. Ichuda Tubin, Dos, Buenos Aires 1970.
- MARX-ENGELS.-- El manifiesto comunista.- Grundlagen der marxistischen Philosophie.- Dietz Verlag, Berlin, 1965, pág. 525.
- MATHIEU, C y HAUSSOULLIER, B.- "Introduction", Constitution d'Athenes.- Collection Belles Letres, S. A., Paris.

- MAYER J. P.- Trayectoria del pensamiento político.- Fondo de Cultura Económica, México 1961
- MCILWAIN CHARLES H.- Constitutionalism ancient and Modern.- Cornell University Press, Ithaca New York 1976. Nova, S. A. Buenos Aires
- MENA TREVIÑO, Sergio.- La facultad de reformar la Constitución General de la República.- *JUS, Revista de Derecho y ciencias Sociales*, Tomo XX, No. 117, abril de 1948, México
- MERINO HUERTA, Mauricio.- La democracia pendiente. Ensayos sobre la deuda política de México, México 1993.
- MIRANDA, José.- Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina (1945-1956).- Instituto de Derecho Comparado.- UNAM, México 1957
- MIRKINE-GUETZEVICH, B.- Las nuevas Constituciones del mundo.- Ed. España, Madrid 1931, prólogo.
- MONTESQUIEU.- El Espíritu de las Leyes.-
- MORTATI CONSTANTINO.- Apud MIGUEL CARBONELL.- Una aproximación al concepto de Constitución.- *Revista EL FORO.-Barra Mexicana*, Colegio de Abogados, A. C., Décima Época, Tomo XI, México 1998.
- NARANJO MEZA VLADIMIRO.- *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas.*- Colombia, 1997.
- PERELMAN, Chaim.- Peut-on fonder les droits de l'homme?.- *Droit, Morale et Philosophie*, Paris 1976.
- PÉREZ LEON ENRIQUE.- La Constitución.- Porrúa, México 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier.- La reforma de la Constitución.- Madrid, 1987.
- PICONE FRANCISCO H.- Constitución.- *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1955.
- PLATÓN.- "Diálogos".- Colección Sepan Cuantos, Porrúa, México.
- Las leyes.- Col. Sepan cuantos, Porrúa, México 1992.
- POLO BERNAL, Efraín.- Manual de Derecho Constitucional.- Porrúa, México 1985.

- PONS GURI JOSÉ MA.- Constitución de Cataluña.- Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. V.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto.- Derecho Constitucional.- Cooperadora de Derecho y C. S., Buenos Aires 1978
- RAMÍREZ FONSECA, Francisco.- Manual de Derecho Constitucional.- PAC, México 1990.
- RECASENS SICHES, Luis.- "Sociología".- Porrúa, México 1993.
- RITZER, George.- "Teoría Sociológica Contemporánea".- Mc Graw Hill, México 1993.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier.- Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional.- Revista de Estudios Políticos, Madrid 1993, núm. 75.
- SALVAT.- "Enciclopedia Monitor".- Salvat, S. A., Pamplona 1975, pág. 2405.
- SCHNEIDER, Hans Peter.- Democracia y Constitución.- Madrid, 1991, nota 196.
- SCHULZ FRITZ.- History of Roman Legal Science.- Oxford University Press, Oxford 1967.
- SHMITT, Carl.- Teoría de la Constitución.- Revista de Derecho Privado, Madrid.
- SILVA-HERZOG Márquez, Jesús.- Constitucionalismo Oficial.- Propuesta. Publicación Semestral de la Fundación Rafael Preciado Hernández, México Año 2 núm. 4, febrero de 1997.
- SMITH, S. A. de.- Constitutional and Administrative Law.- Logman, Londres 1971
- STRONG, C. F.- Modern Political Constitutions.- Sidgwick & Jackson Ltd., Londres 1970
- TAGLE ACHÁVAL, Carlos.- Derecho constitucional.- Depalma, Buenos aires 1976
- TAMAYO Y SALMORÁN ROLANDO.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, México 1998.
- TENA RAMÍREZ, Felipe.- Derecho Constitucional Mexicano.- Porrúa, México 1996
- TIGAR, Michael E. y LEVI, Madeleine R.- El Derecho y el ascenso del capitalismo.- Siglo XXI, México 1978.
- VALADÉS, Diego.- Constitución y Política.- UNAM, México 1994.

- La Constitución Reformada.- UNAM, México 1987
- VALENCIA CARMONA, Salvador.- Derecho constitucional mexicano a fin de siglo.- UNAM, México 1995.
- VALLADO BERRÓN FAUSTO E..- "Introducción al Estudio del Derecho.- Edit. Herrero.- México, 1961.
- VEGA, Pedro de.- La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.- Madrid, 1991 (reimpresión).
- VEGA VERA, David.- Los procedimientos constitucionales en la Reforma del Estado.- PEMEX-LEX, Revista jurídica de Petróleos Mexicanos, Núm. 121/122, julio-agosto 1998.
- VILLORO TORANZO, Miguel.- Introducción al Estudio del Derecho.- Porrúa, México 1990.
- VINOGRADOFF, Paul.- Outlines of historical jurisprudence, vol. II: The Jurisprudence of Greek, p. 12; cfr. Isócrates, Aeropagiticus 14. Apud Tamayo y Salmorán, Rolando.- Introducción al estudio de la Constitución.- Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 1998.
- WHEARE, K. C.- Las Constituciones modernas, trad. De Fdo Morera y Ángel Alandí.- Labor, Barcelona 1971.
- WINDELBAND, Wilhelm.- Lehrbuch der Geschichte der Philosophie.- Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen 1935, Págs. 220ss.- Apud De la Cueva, Mario.
- WOLF-PHILLIPS, Leslie.- Comparative Constitutions.- Macmillan Press, Londres 1972
- VV.AA.- A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México.- México 1994.
- ZIPPELIUS.- Apud Caballero, José Antonio.- "La transición del Absolutismo al Estado de derecho".- Artículo presentado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.- México 1998, inc. D.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Editorial Sista.

Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware.- 11 de septiembre de 1776.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.- Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.- Porrúa, México 1985, tomo III.

ENCICLOPEDIA MONITOR.- Salvat, Pamplona 1968, Tomo 5,

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.- t. III, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1955.

OBRAS COMPLEMENTARIAS

ARAGÓN REYES, Manuel.- El control como elemento inseparable del concepto de Constitución.- Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid 1987

CODEX THEODOSIANUS.

CONSTITUCIÓN TANTA.

DIGESTO

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- La constitución como norma y el Tribunal constitucional.- Madrid 1985

GAYO.- INSTITUTA; DIGESTUS

JUSTINIANO.- INSTITUTIONES

NIETO, Alejandro.- Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional.- Revista de Administración Pública, Madrid 1982, Números 100-102,

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro.- Constitución y Tribunal Constitucional.- Revista Española de Derecho Administrativo, Número 91, julio-septiembre de 1996.

ULPIANO.- Digestus