

24/11/52



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

EL SISTEMA FEDERAL, ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU EFICACIA EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS DE INTERESES.

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

BEATRIZ GUADALUPE MALDONADO SIMAN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

"EL SISTEMA FEDERAL. ALGUNAS
CONSIDERACIONES SOBRE SU EFICACIA
EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS
DE INTERESES".

<u>INDICE</u>	I
<u>PRESENTACION</u>	IV
<u>INTRODUCCION</u>	1

CAPITULO 1. REGIMENES POLITICOS. MARCO HISTORICO.

1.1	Conceptos de Regímenes Políticos . . .	5
1.1.1	Teocracia	5
1.1.2	Aristocracia	7
1.1.3	Monarquía	8
1.1.4	Democracia	9
1.1.5	Edad Media	11
1.1.6	Edad Moderna	14
1.2	Antecedentes del Sistema Jurídico Norteamericano	34
1.2.1	Doctrinas Europeas. Ilustración Francesa	53
1.2.2	La Revolución Puritana Inglesa	56
1.2.3	La formación del Common Law . . .	62
1.2.4	Aportaciones Europeas al Sistema Jurídico Norteamericano	72
1.2.5	La aplicación de los conceptos europeos en la democracia norteamericana . . .	75

CAPITULO 2. PROBLEMATICA QUE PRESENTA EL
SISTEMA FEDERAL.

2.1	Fundamento Doctrinario del Estado . . .	77
2.1.1	Elementos del Estado	82

2.1.1.1	Población	82
2.1.1.2	Territorio	85
2.1.1.3	Gobierno	87
2.1.1.4	Soberanía	90
2.2	Sistemas políticos que puede adoptar un Estado bajo un régimen de división de poderes	105
2.2.1	Sistema Representativo	105
2.2.2	Sistema Demócrata	111
2.2.3	Sistema Republicano	113
2.3	El Sistema Federal y sus características	117
2.3.1	Concepto de Federación	126
2.3.2	La suscripción del Pacto Federal. El pacto federal del Imperio Alemán de 1871	130
2.4	La Distribución de Competencias	143
2.4.1	La Competencia Constitucional y la Competencia Ordinaria	158
2.4.2	Las facultades explícitas, implícitas, concurrentes y coincidentes	178
2.4.3	Subordinación de los fueros legales con relación al fuero constitucional	185

**CAPITULO 3. REGIMEN JURIDICO NACIONAL
E INTERNACIONAL.**

3.1	La adopción del Sistema Federal en diferentes ordenamientos constitucionales	192
3.1.1	Sistema Latinoamericano	198

3.1.2	Sistema Suizo	217
3.1.3	Sistema Alemán (República Federal Alemana) . .	223
3.1.4	Sistema Soviético	227
3.2	Análisis comparativo entre el Sistema Federal Mexicano y el Sistema Federal Norteamericano	241

CAPITULO 4. POSICION PERSONAL Y FUNDAMENTACION.

4.1	La influencia del Sistema Federal en el Derecho Interno	254
4.1.1	La Supremacía Constitucional . .	263
4.1.2	Relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional	284
4.1.3	El Sistema Federal en las relaciones internacionales . .	290
4.2	El comportamiento de los Estados en la comunidad internacional	297
4.2.1	Conflictos derivados del régimen federal	298
4.2.2	El Arbitraje Internacional como la solución pacífica de los conflictos entre los Estados y entre los nacio- nales de los mismos	309
4.2.3	Proyecto de Ley Modelo para el Arbitraje Comercial Internacional. Alcances en el comportamiento estatal e individual.	327
	<u>CONCLUSIONES</u>	336
	<u>BIBLIOGRAFIA</u>	346

P R E S E N T A C I O N

El presente trabajo es una exposición que vincula las - relaciones sociales contemporáneas, que son reguladas bajo estructuras jurídicas complejas, con los acontecimientos - históricos.

El estudio de la ciencia jurídica requiere no sólo una sistematización de leyes y ordenamientos que persiguen normar la conducta del individuo, sino también es preciso establecer criterios nuevos basados en el comportamiento y evolución social, lo que en este y en todos los casos ha dado lugar al surgimiento de las leyes.

En este orden, la dinámica social es tan importante que se ha hecho necesario crear y, en su caso, ampliar estructuras que se ajusten a la actividad humana; dada la variedad de estas estructuras, uno de los objetivos de la presente exposición es analizar algunas de las múltiples manifestaciones del ser humano que en nuestra disciplina se materializan en conductas susceptibles de regulación.

Asimismo quiero esclarecer que el marco institucional de este trabajo obedece no a una consideración paradigmática, sino a una inquietud profesional y académica de análisis que a lo largo del aprendizaje y la experiencia han constituido puntos que estimo por su naturaleza y trascendencia dignos de crítica y consideración, en

particular, de aquéllos que tuvieron a bien transmitirme - las primeras nociones jurídicas que hoy consolidan las bases de este estudio.

Por lo anterior, la unión de instituciones con formas - de conducta remitidas fundamentalmente al ser humano, persigue la comprensión del complejo conjunto "hombre-sociedad-cuerpo normativo". A esta tricotomía cambiante y compleja pertenecemos todos, pero pocos con base en el conocimiento y en el haber jurídico pueden hallar explicaciones precisas y concretas. Con esto no se trata de dar la exclusividad a los que hemos elegido el estudio del derecho para explicar todos los acontecimientos derivados de las relaciones que se dan a partir de los tres conceptos mencionados, sino únicamente constituye una vía para vivirlos y entenderlos como tales.

Por los motivos antes expuestos, tengo la certidumbre - de la crítica y la sana orientación profesional que contemple, en su caso, aspectos que puedan escapar al presente - estudio.

I N T R O D U C C I O N

Para hacer un análisis de la importancia que tiene el Sistema Federal en las relaciones internas de un Estado, es preciso establecer cuáles son los procedimientos que en virtud de ellos se ejerce la soberanía popular, premisa necesaria en toda democracia, así como el respeto a las garantías individuales.

En nuestro sistema, de las garantías individuales derivan los derechos políticos o posibilidad de emitir por medio del sufragio la ideología o directriz política más conveniente, por la que habrá de conducirse el Estado, que para su existencia misma otorga y reconoce estos derechos a los individuos a quienes gobierna.

En referencia al análisis metodológico, histórico y jurídico de una determinada institución, exige necesariamente establecer el fin que persigue en el ámbito al cual corresponda, y tratándose de una institución de derecho, es factible un estudio en las diferentes disciplinas jurídicas, estableciendo niveles de los cuales podrá obtenerse una visión global del objeto de estudio; asimismo, estimo que para conseguir lo anterior, es requisito indispensable el planteamiento del problema no sólo en tiempo, espacio o competencia, sino también en comparación, proposición, semejanzas o cualquier otra calificativa válida para

exaltar, en su caso, las conveniencias de la institución en cuestión.

Considero que el principal punto de partida para demostrar cómo la situación particular del individuo y su desarrollo en todos los renglones sociales están determinados por la protección de lo que hoy día constituye la base fundamental de la sociedad, la familia.

La correspondencia que debe existir cuando se proyecta la individualidad del hombre en el ámbito político, tendrá que ser fiel reflejo de la realidad familiar imperante, protegida y regulada objetivamente por el derecho de familia y subjetivamente por todas las disciplinas jurídicas; de esta manera, se materializa un acto jurídico de gran importancia para el Derecho, el ejercicio del sufragio para la elección de representantes, acto que entraña el compromiso del Estado de respeto a la decisión de los gobernados, no sólo en las disposiciones internas, sino también en el ámbito internacional. El conjunto de medidas electivas, su exteriorización y su praxis, forman parte de una cadena que se inicia en el ser humano, luego en el Estado y finalmente de éste en sus relaciones con otros Estados.

El punto capital que motivó la elección de este tema, consiste en demostrar que en la medida en que se proteja el

cabal desarrollo familiar, tendremos en los comicios una -
expresión individual auténtica, que justificará la existen-
cia de formas de gobierno que no se instituyen ni funcio-
nan de manera autónoma, sino que paralelamente a la fami-
lia, tienden a satisfacer las necesidades de ésta, así co-
mo las acciones y peticiones de los individuos con quienes
el Estado tiene compromisos nacidos de los comicios.

Así explico la existencia y la íntima relación entre las
diferentes disciplinas que abarca el Derecho, que regulan,
según corresponda, las relaciones del hombre en sociedad.

Dentro de los sistemas de organización política que pue-
de observar un Estado, se encuentra el Sistema Federal, te-
ma central de este trabajo. Por medio de los métodos induc-
tivo y deductivo, pretendo demostrar la estrecha relación
que existe entre el individuo y su esfera política, para -
sostener que la constitución de un sistema político obede-
ce a la situación objetiva de la sociedad compuesta por -
hombres representados por el Estado dentro y más allá de -
sus fronteras.

La representación que hace el Estado en el concierto in-
ternacional, en algunos casos no siempre es fiel reflejo -
de la experiencia actual, aunado a esto el sinnúmero de po-
siciones estatales frente a frente que generan conflictos

internacionales, así como los que se suscitan entre nacionales de diversos Estados. Dichos conflictos colocan intereses e ideologías en campos que no en todos los casos, conducen al resultado óptimo, por tal, considero que una de las herramientas jurídicas que de llevarse al cabo hasta su máxima expresión, conciliaría real y virtualmente las diferencias que se puedan plantear, me refiero al Arbitraje Internacional.

C A P I T U L O 1

"La libertad política es sólo una idea relativa; la necesidad de vivir es lo dominante en los Estados como en los individuos".

Maquiavelo.

CAPITULO 1. REGIMENES POLITICOS. MARCO HISTORICO.

1.1 Concepto de Regímenes Políticos.

A lo largo de la historia el hombre ha tenido distintas formas de organización, sin embargo, una de las más importantes ha sido la organización política tendiente de una u otra forma, a determinar la convivencia entre los individuos integrantes de un grupo o de una sociedad.

Conceptualizar según el caso la forma en que se ejerce el poder político consiste no solamente en una definición lisa y llana, sino complementarla con la circunstancia real que genera la forma concreta de conducir a un Estado. De esta manera, el objetivo es contemplar la evolución que en materia política ha tenido el hombre, lo que ha determinado las relaciones jurídicas que se establecen entre ellos y el Estado que los gobierna.

1.1.1 Teocracia.

Se ha definido a la teocracia como el régimen político en donde los sacerdotes ejercen la autoridad en nombre de uno o varios dioses, o en otra acepción, a Dios como el soberano. Claro está que para la existencia de este régimen son necesarias circunstancias especiales, que por motivos religiosos, justifiquen a los Estados que se erigen bajo esta forma de poder político.

Estimo que este régimen tuvo una aplicación plena en Estados antiguos como Asiria y Babilonia, o como el caso de Israel, en donde se practicaba un monoteísmo o teocracia monoteísta, sin ser del todo absoluta; no obstante, es importante hacer notar que la teocracia mantiene en el poder a aquéllos que hacen uso de la fe, en su aspecto religioso, y puede resultar paradójico que esta expresión se manifieste contemporáneamente, manteniendo la característica esencial de gobernar en nombre de Dios.

La investidura que adopta el soberano que representa a Dios en la tierra, somete a sus seguidores a cumplir con las normas que él mismo establece, si se trata de una teocracia absoluta, o bien, pueden encontrarse documentos tales como el Código de Hamurabi, que aunque en él imperan principios religiosos, se basan en ideas de paz y justicia, y de alguna forma al hablar de ellas, la ley divina se convierte en positiva, lo que da la posibilidad de un consenso o discusión en marcos que no son estrictamente religiosos; de esta forma tendremos una teocracia democrática.

Pese a la fuerza política que representaba gobernar con irresponsabilidad ante el pueblo, ya que el compromiso era con Dios, la teocracia fue perdiendo fuerza, y más aún al desarrollarse ideas humanitarias que procuraban principios como el que expresó Confucio: "No hagáis a los demás lo

que no quieras que se haga a vosotros". Esta idea unida a la creación de la Hólade, la cual aportó grandes pensadores, significó el establecimiento de una nueva forma de organización política, la Polis o Ciudad-Estado, que abolió a la teocracia y en contraposición a ésta, aportó la figura del hombre público con responsabilidad frente a la ley.

1.1.2 Aristocracia.

La aristocracia generalmente se ha entendido como el gobierno de los nobles; sin embargo, puede presentar diferentes matices, ya que puede tratarse de estirpe, posición económica o sabiduría, etc.; sin embargo, presupone la existencia de un pequeño grupo que dirige y gobierna a la mayoría, de tal manera se limita el poder a una pequeña facción; no obstante, como afirmó Aristóteles, dicho poder no debe oprimir demasiado a las masas, ya que la opresión produciría seguramente desórdenes. Estos desórdenes, como lo muestra la historia, generados en la inconformidad y en lo que se llamaría la miseria jurídica, desde el punto de vista de aplicación uniforme de la ley, en forma general como hoy lo entendemos, creó grandes diferencias en las cuales se debatía la voz de la mayoría frente a un pequeño grupo que reservaba privilegios por generaciones y que imposibilitado de mantener el régimen dimite en favor de la mayoría.

Por las características propias que presenta la aristocracia, es un régimen en el cual se limita la expresión jurídica emanada de algún acto legislativo formal, y aun cuando así fuera, en la mayoría de las veces las decisiones -- son tomadas en atención a los intereses del grupo que se encuentra en el poder.

1.1.3 Monarquía.

La monarquía ha sido un régimen en el cual el poder supremo corresponde con carácter vitalicio a un príncipe, designado generalmente según un orden hereditario, o en algunas ocasiones por elección.

Por ser la monarquía la típica manifestación del poder en manos de un grupo unido no por ideales estrictamente políticos o intelectuales, sino únicamente por el parentesco consanguíneo que se establece entre ellos, preservando de esta forma sus intereses como grupo y aun como clase privilegiada, ejerciendo el poder en ocasiones de manera absoluta sin ninguna responsabilidad frente al pueblo, se erigen como dioses terrenales con responsabilidad divina, de aquí la concepción que tuvo gran importancia en la posteridad, la "doctrina de las dos espadas", que en atención a la sociedad humana con dos grandes valores, los espirituales -- con la salvación eterna bajo el cuidado de la Iglesia, y por otro lado los intereses seculares o temporales a cargo del gobierno civil.

Según la época que se trate, la monarquía ha adoptado - modalidades; sin embargo, la esencia de su mandato no ha sido confuso y de ninguna forma se presenta alguna opción para el establecimiento de un cuerpo normativo que responda a las necesidades generales, sin negar que bajo este régimen han florecido grandes Estados, pero la permanencia en el poder de familias reales por largo tiempo generó la creación de otras potestades que dieron la apertura social, para el surgimiento de otro régimen, quizás conservando alguna investidura real, pero con personas distintas a las que formaron las grandes realezas.

1.1.4 Democracia.

La democracia en su expresión más amplia consiste en la participación del pueblo en los asuntos de gobierno de un Estado; se ha presentado en la historia algunas veces con malos entendidos, y en otras ni siquiera ha tenido una aplicación plena.

Hablar de democracia es hablar de soberanía popular, es decir, la autodeterminación que tiene un pueblo soberano - (el término soberanía se explica ampliamente en el Capítulo 2, punto 2.1.1.4 de este trabajo) para elegir a sus gobernantes o representantes, de aquí que con la elección que hace el pueblo participe en el gobierno de todos, y defina la directriz política que ha de seguir el Estado.

La democracia quizás sea el ideal más perseguido y sustentado no solamente por la doctrina sino por un sinnúmero de Estados, que de alguna forma persiguen un liberalismo político, según lo anterior cito a Hans Kelsen¹, cuando dice:

"En una democracia, la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada. En la medida en que la opinión pública sólo pueda formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico".¹

La democracia ha sido invocada en algunos Estados bajo otros regímenes, teniendo una aplicación incipiente dado que las condiciones reales no son las adecuadas para vivir en democracia, de ahí la distinción de diferentes arquetipos de Constituciones, usando el término en sentido formal. La exclusión de los súbditos en la creación del ordenamiento jurídico, es un límite a su libertad de decidir qué se "debe

1. Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. p. 341.

hacer". Por oposición a la democracia está la autocracia, o forma impura de la tricotomía de la antigüedad.

La expresión más alta de democracia se da cuando el órgano de elección es colegiado, ya que en él se contemplarán y discutirán las propuestas que el pueblo lleva a su determinación, y están representadas en dicho órgano las minorías, y que en un órgano individual haría imposible su participación.

Estimo que por motivos democráticos se han levantado fuertes enfrentamientos en el seno de un Estado, y que por este y otros motivos es preciso entender la trascendencia de este régimen político, que no ha pasado inadvertido en Estados contemporáneos.

1.1.5 Edad Media.

Para estudiar los regímenes políticos en la Edad Media, se requiere la consideración inicial de los orígenes del cristianismo, que en forma definitiva pretendió que el Estado fuera apéndice de la Iglesia, lo cual significó un obstáculo para la expresión de un cuerpo legal emanado de un estado civil, frente a la creación de un fuerte estado eclesiástico, que exigió una dualidad del hombre, dualidad de valores, semejante a la mencionada en la Monarquía.

La objeción de emperadores ante la sumisión al papado, y la pretensión de deslindar el poder de gobiernos civiles, abre en la historia la etapa que se conoce como la "Quere-lla de las Investiduras", que se inicia con San Ambrosio.

Más adelante, en el año 313, por medio del Edicto de - Milán expedido por Constantino, no sólo legitima la exis--tencia de la Iglesia Cristiana, sino le otorga entre otros derechos el de patrimonio, la exención de impuestos y, lo que es más importante, el ejercicio de jurisdicción civil. Dicho Edicto es complementado con el documento llamado "La Donación de Constantino", por el cual se concede a la Igle-sia el Palacio de Letrán. De esta forma, la oficialidad de la religión cristiana la convierte en persecutora.

Con el medioevo aparece básicamente el feudalismo, modo de producción que exigía obediencia y confería protección, es decir, la relación entre vasallos y señores.

Es evidente que en esta época la obediencia laica desa-parece, y sólo existe la obediencia ante la Iglesia, la - cual por medio de instrumentos como el juramento de fidelidad sometía a los súbditos a excomuniones que los excluía de todo orden social.

Gregorio VII en el año 1075 expide la Bula Dictatus

Papae, por medio de la cual se proclama el celibato de los sacerdotes y la condena a todo acto de violación contra el patrimonio de San Pedro, así como su máximo representante al Papa.

Con estos antecedentes se inicia la inquisición, que fue un régimen de persecución contra todos aquéllos que se opusieran a fines eclesiásticos, llamados reformistas.

En el año 1202 Inocencio III expide la Bula Venerabilem la cual faculta a los miembros de la Iglesia para juzgar y confirmar acuerdos y tratados celebrados entre gobernantes. Esta Bula al igual que las demás procuran el engrandecimiento del poder de la Iglesia; no obstante, en la Bula Venerabilem queda perfectamente clara la intención de la Iglesia de participar y tener el control de los asuntos concernientes al estado civil, lo que limitaba el florecimiento de un derecho laico bien estructurado.

La Teoría del Sol y la Luna aparece en esta época, al igual que otras para justificar la permanencia de la Iglesia en el poder; esta teoría trata de la creación de dos potestades dentro del espacio universal llamado Iglesia. Por un lado la autoridad pontificia y por otro la potestad real, todo esto relacionado con la creación que hizo Dios de los dos grandes astros, el Sol y la Luna.

Un fuerte opositor al estado eclesiástico fué Marsilio de Padua, defensor del Imperio, que asocia al Papa, al Príncipe, al Senado, a los Magistrados y al Ejército con diferentes órganos del cuerpo humano. Una de sus grandes aportaciones a la ciencia política consiste en expresar la necesidad de un poder ejecutivo y legislativo.

Al igual que este autor, Guillermo de Occam pugna por los derechos de los súbditos frente a sus gobernantes. Pretende deslindar al conjunto de creyentes cristianos del resto de la Iglesia universal, con fundamento en la independencia entre autoridades espirituales y temporales.

La Edad Media significó, por la influencia de la Iglesia, una época con un limitado desarrollo en la aplicación y organización de un sistema jurídico en forma objetiva, pese a las ideas generales sobre la organización del estado civil o ideas políticas que estimo por su origen opositor, radicales, calificativo que se justifica porque toda ideología contraria a fines eclesiásticos era motivo de inquisición.

1.1.6 Edad Moderna.

Con el descubrimiento de América se desarrolla fundamentalmente el comercio que a la vez produjo cambios en las estructuras jurídicas; sin embargo, dos acontecimientos

históricos marcaron el desarrollo de teorías políticas y jurídicas, la Revolución Francesa de 1789, y la Constitución Norteamericana del mismo año.

Antes de llegar al análisis de estos acontecimientos, es preciso hacer una referencia a autores y doctrinas que influyeron en esta época y por su vigencia en órdenes contemporáneos. Cabe hacer la aclaración que se omiten citas específicas respecto de ideas generales, que entre otros autores, resultan de pensamiento de George Sabiné, en su obra "Historia de la Teoría Política".

El Renacimiento no sólo aportó cambios en las economías de los Estados, sino que en él nació la abolición de sistemas monárquicos absolutistas que se caracterizaron en la Edad Media. Con esta apertura social la decadencia del feudalismo es evidente, así como la disminución del poder del papado y el inicio de trabajos humanistas por grupos de intelectuales. Una consecuencia importante del Renacimiento fue el abandono de la concepción del orden jurídico emanado de la divinidad para interpretarlo como un orden independiente y producto de cambios sociales y económicos.

Entre los reformistas de la época se encuentra Juan Calvino, creador de la Reforma en Ginebra; Erasmo de Rotterdam, en su obra "El Elogio de la Locura", muestra la conducta

del ser humano, satirizando todo formalismo social; hace una fuerte crítica a todo lo que signifique opulencia para proponer una forma de vida diferente, conceptualizando al mundo en manos de optimistas o gente dedicada a cultivar ideas humanitarias. Esta obra y su forma de expresión obedecen a la experiencia en monarquías absolutas; en cuanto a su postura frente a la Iglesia se muestra moderado ya que su propósito es la corrección y el mejoramiento de ella, al grado de denunciar la corrupción eclesiástica, posición que le creó simpatizantes.

En 1513, Nicolás Maquiavelo escribe su obra "El Príncipe", que en su tiempo significó una concepción política trascendente porque sentó las bases de en qué marcos y cómo debía gobernarse; el impacto de esta obra en la posteridad proporciona esquemas observados en regímenes actuales y en especial sobre formas de Estado. Maquiavelo vivió el florecimiento de Estados europeos y de ahí su interés por la unidad italiana y su amplio conocimiento e interpretación del término "Estado".

El dogma cristiano fue motivo de crítica con el principio de que "la fe sin obras es fe muerta" expresado por Lutero, que de esta forma quebranta la universalidad de la Iglesia y el origen divino del poder pontificio; no obstante, su ideología se vincula a los príncipes con la facultad

de poseer el patrimonio de San Pedro, y con una obediencia pasiva de los súbditos. Pese a esta circunstancia, apoyó el libre examen de la Biblia traducida por él al alemán. Así consagra el principio de que en materia de fe nadie puede mandar.

Considero que la posición de Martín Lutero revolucionó el pensamiento y la concepción eclesiástica y que al propiciar la crítica a ésta, genera la creación del poder laico para sancionar infracciones. Sin embargo, adopta una postura radical, por ejemplo cuando invierte en su totalidad la Teoría del Sol y la Luna proclamando la existencia única - del poder laico con la modalidad de concentración del poder.

Juan Calvino, de origen francés, sostuvo la idea de que Dios no prohíbe el comercio, por lo que su estilo trascendió a aspectos económicos cuando proclama la libertad comercial de los cristianos y no ser motivo de persecución - frente a la usura y el monopolio judío de la época.

En lo que toca al aspecto social, Calvino, a diferencia de Lutero, pugna por un régimen teocrático que en este orden significa el enlace a viejas formas de detentar el poder, cuando afirma que la validez de la ley deriva de la - voluntad de Dios.

Al lado de Calvino, John Knox sostuvo la idea de que la Iglesia debe imponer su disciplina a quienes no la acepten voluntariamente; rechaza en cierta forma la obediencia pasiva cuando dice que aún el mismo rey deberá ser corregido - cuando hiciese algo contra la palabra de Dios.

La idea de que el ser humano nace libre y que nadie tiene jurisdicción sobre otro invoca una especie de derecho natural, apoyada por Francisco Suárez. Con él se inicia la escuela de los contractualistas cuando distingue Estado y Autoridad; al Estado lo concibe como el producto de un contrato social que realiza el pueblo, y a la Autoridad como producto de ese contrato, con carácter absoluto; por oposición a esta idea se encuentra la voluntad popular, siempre y cuando no se aparte del derecho natural.

La expansión territorial del Estado y la explotación comercial, son las ideas centrales del pensamiento de Francis Bacon. Concibe el ejercicio del poder en forma absoluta y paternalista, al considerar la relación monarca-súbdito, - igual que la relación padre e hijo. Esta expresión, excepto en la monarquía absoluta, elimina toda posible argumentación de formas de gobierno, ya que el carácter "infantil" que - atribuye a los súbditos los incapacita para ello.

Esta posición es clara cuando el monarca inglés Jacobo I sostiene la primera controversia con los tribunales de

jurisdicción del Common Law, referente a la prerrogativa regia, que en el derecho inglés hace referencia exclusiva a poderes del monarca.

Bacon creía en el poder regio, lo cual se debía a la confianza que tenía en el Monarca. Por su cargo, la decisión de Bacon ante la controversia citada es parcial. Esta postura se explica en su ensayo "Of Judicature", en donde habla de la conveniencia de que los tribunales estuvieran apartados de los problemas del Estado y de los relativos a la prerrogativa regia.

En este marco y opositor a las ideas de Bacon, Edward Coke afirmó que el Common Law era la estructura fundamental de gobierno, del cual derivaban los poderes del rey.

En una famosa sentencia donde limita la prerrogativa regia, encontramos el antecedente de los Writs of Prohibition*.

Para la historia constitucional inglesa, Coke juega un papel destacado por la defensa que hace al Common Law y el sentido e importancia que resalta en las decisiones de los tribunales.

* Los writs son decisiones escritas de los tribunales anglosajones que ordenan a una persona que haga o se abstenga de hacer algún acto. Los de prohibition, son writs emitidos por un tribunal superior prohibiendo a uno inferior o a las partes de algún pleito seguido ante él, que continúen conociendo o actuando por carecer de jurisdicción.

Entre los fuertes defensores del poder real, se encuentra Juan Bodino, quien en su obra "Los Seis Libros de la República", afirma que el rey es el supremo soberano, con lo que justifica el ejercicio del poder sin responsabilidad frente al pueblo, sino únicamente ante Dios. El concepto de soberanía, aportado a la ciencia política por Bodino, será retomado por Rousseau, pero con la interpretación de soberanía popular.

Otra de las ideas que desarrolló Bodino fue la teoría biológica para el ejercicio del poder, en la que consideró que el hombre óptimo para gobernar no era el hombre alto y de complexión robusta por ser torpe y lento en sus apreciaciones, ni tampoco el hombre de baja estatura sin fisonomía apropiada para ser digno representante, sino que concibió como ideal para estos efectos, al hombre meridional, en el que se fusionaban características fisiológicas de norte y sur, y el interés y conocimiento de las necesidades no se limitaban a un polo sino que se identificaban con ambos, de ahí la audacia y destreza para gobernar.

Según Bodino, el rey es el supremo soberano y menciona la manera en que éste podría mantenerse en el poder: con apoyo en una estructura familiar muy particular; pugnaba porque el Estado se sustentara en familias unidas y que en ellas imperara la patria potestad del paterfamilias romano,

como forma de control sobre los individuos miembros de ella; así se aseguraba la absoluta obediencia de los súbditos de g de el núcleo familiar hasta la organización social.

Lo relevante de esta idea, aunque resulta retrógrada en el aspecto impositivo del derecho del padre para organizar a su familia, es la concepción para asegurar la permanencia en el poder al monarca, que invocará la integración de familias componentes del Estado, para hacer frente a sus problemas. Esta relación entre familia y Estado, revela el pensamiento de su autor acerca de la importancia de la estructura familiar y su trascendencia en la organización política.

Otro exponente de la época, creador de la doctrina del Derecho de Gentes, y de algunas consideraciones sobre el concepto de soberanía del Estado, y la igualdad entre ellos, fue Hugo Grocio que se adscribe a los contractualistas, considerando al contrato social como irrevocable una vez establecido el poder en el Estado por el pueblo, quien le debe obediencia fiel.

Thomas Hobbes consideró que el poder es el resultado del pacto social, primero con la asociación de hombres que de legan a un representante o asamblea, y en segundo término se someten de manera absoluta a él; considera que la existencia del cuerpo social se justifica al través de sus autoridades constituidas.

El fundamento de las ideas de Hobbes se encuentra en el derecho natural, que al respecto indica que ninguna ley civil puede ser contraria a la naturaleza y aun ésta no limita al soberano sino el poder de sus súbditos.

El sistema de Hobbes y su regreso a la ley natural obedece a que fue espectador de la caída de instituciones tradicionales económicas y religiosas, sustituidas por Estados poderosos que traían consigo una estructura jurídica más vigorosa que en Estados anteriores.

A John Lockese le ha llamado el "padre del constitucionalismo moderno" cuyas teorías político-sociales se encuentran en su "Two Treatises of Civil Government". Su principal propósito era refutar como falsos los principios que fundamentaban el derecho divino de los reyes.

En su ensayo expone su teoría sobre el Estado, busca los fundamentos de la asociación política, delimitar su dominio, exponer las leyes de su conservación y de su disolución. La idea central gira en torno del antiabsolutismo según la tesis "el gobierno debe ejercitarse con el consentimiento de los gobernados".

El fundamento para su nueva teoría parte del estado de naturaleza y del contrato originario; desarrolla una

nueva versión con la cual distingue al poder legislativo y al ejecutivo.

Para Locke, la existencia de los derechos naturales del individuo en el estado de naturaleza son los que van a proteger a éste de los abusos del poder en el estado de sociedad. Para él, el estado de naturaleza es un estado de absoluta libertad en las acciones y de perfecta disposición de personas y propiedades; un estado de igualdad donde todo poder y jurisdicción era recíproco: "...Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia".²

La base del estado de naturaleza es la razón natural que "enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que - siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones".³

En esta forma sostiene que uno de los derechos que pertenece a los hombres en el estado de naturaleza es la propiedad privada, con base en el trabajo del hombre y su capacidad de consumo.

2. Locke, John. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Lecturas críticas Nuevomar. Noviembre 1984. México. p. 19. Cita Cap. II par. 6.

3. Ibidem (2) p. 19. Cap. II. par. 6.

"La extensión de la tierra que un hombre labra, planta, mejora, cultiva y cuyos productos es capaz de utilizar, constituye la medida de su propiedad".⁴

Con esta idea se deduce que la capacidad productiva y de aprovechamiento del hombre son los límites de su propiedad a partir del cual nace el respeto a los demás.

Locke indica que uno de los inconvenientes del estado de naturaleza es que cada quien es juez de su propia causa; en este estado el hombre carece de leyes establecidas conocidas y aprobadas por consentimiento común (lo que viene a ser un cuerpo normativo uniforme); éste y otros inconvenientes se solucionan, sostiene el autor, con los beneficios que representa el estado de sociedad. En esta forma se da el cambio por consentimiento, fundándose así el cuerpo político:

"Siendo, según se ha dicho, los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una

4. Ibidem (2) p. 20. Cap. V. par. 31.

vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad".⁵

En el concepto anterior se vinculan aspectos nacionales y medidas de protección contra amenazas externas. Continúa: "...lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, solamente eso, es lo que dió o podría dar principio a un gobierno legítimo".⁶

Entre otras, en esta idea queda contenida la esencia de la representación. "Es cierto que la conquista deja con frecuencia vía libre para la estructuración de una nueva comunidad política por el hecho de destruir la que existía; pero no es posible establecer una nueva sin el consentimiento del pueblo".⁷

Su experiencia en la vida jurídico-política inglesa le permitió distinguir e innovar la figura y actividades del rey y del parlamento. Para Locke, en el estado de naturaleza

5. Ibidem (2) p. 20. Cap. VIII. par. 95.

6. Ibidem (2) p. 21. Cap. VIII. par. 99.

7. Ibidem (2) p. 21. Cap. XVI. par. 175.

el hombre posee dos poderes; uno que le permite hacer todo aquello para proteger su conservación, poder del que se desprende a fin de que sea regulado y administrado por las leyes de la sociedad; el otro poder es el que le permite castigar los crímenes cometidos contra las leyes naturales, de este poder se despoja para fortalecer el poder ejecutivo de una sociedad política. (Al parecer la imposición de deberes y obligaciones, y la definición del derecho, también es una idea que contemporáneamente sustenta al poder judicial inglés y norteamericano apoyado en la figura del juez, de aquí que en los procesos anglosajones la fe en el juez es la base y el fundamento de la justicia).

Según la idea de Locke, la nueva sociedad hereda el poder legislativo y ejecutivo. Ligado a estos poderes añade el poder federativo referido al exterior, es decir, a los tratados, la paz y la guerra. (En este trabajo según ideas posteriores, se interpreta al poder federativo de Locke, como un derecho-poder que legitima al Estado para proteger los intereses de su población en el exterior, lato sensu); de aquí que la buena o mala dirección de este poder federativo traiga consecuencias a la comunidad política, por tanto es necesario que la representación estatal externa sea fiel reflejo de la realidad socio-política del Estado.

Expresa la necesidad de que el poder ejecutivo y legislativo estén en diferentes manos: "...si bien no se necesita

siempre hacer nuevas leyes, es preciso siempre asegurar el cumplimiento de las ya establecidas".⁸

Con su tesis de que el poder legislativo es el poder su premo, podemos comparar y explicar la idea de poder consti tuyente expuesta por Emmanuel Sieyès.

Primero analicemos el argumento de Locke:

"Como el poder legislativo sólo puede serlo verdadera-- mente por la facultad que tiene de dictar leyes a todos - los miembros de la sociedad en conjunto y separadamente, se ñalando con esas leyes las normas por las que han de regir se en sus actos, y que otorgan poder para obligar a cum-- plirlas cuando alguien falta a ellas, por fuerza tendrá - que ser poder supremo el legislativo, y por fuerza todos - los demás poderes confiados a miembros o a partes de la - sociedad tendrán que derivarse de aquél y estarle subordi-- nados".⁹

Ahora bien, Sieyès sostuvo que:

"El poder constituyente es un poder de decisión, crea-- dor, originario, no tiene límites jurídicos. Los poderes -

8. Ibidem (2) p. 23. Cap. XIII par. 153.

9. Ibidem (2) p. 23. Cap. XIII par. 150.

constituídos, por lo contrario, son poderes de ejecución, derivados, secundarios, limitados y determinados en su forma y actividad".¹⁰

En este orden, la Constitución es el poder constituyente del Estado como resultado de la unión de los hombres en sociedad. Para Locke el poder formal y supremo que la crea es el legislativo (en esta comparación debe distinguirse - poder legislativo y Constitución). Para ambos autores, en particular para Sieyès, el poder ejecutivo es poder constituido, que en el pensamiento de Locke coincide, más la nota de subordinación al poder legislativo; no obstante, según Locke, no existe diferencia entre poder legislativo y ejecutivo ya que la base es que el pueblo o poder de la sociedad presta su confianza a ambos para la realización del bien común, uno para ser representado (poder legislativo) y otro para hacer efectivas las leyes (por ejecutivo); el límite de ambos poderes es el bien común.

La idea del gobierno legítimo de Locke justifica que el pueblo pueda emplear la fuerza en contra de los poderes - que no cumplen el mandato popular; éste es el derecho de insurrección al que Locke llamó el "derecho a apelar

10. Sieyès, Emmanuel. ¿Qué es el Tercer Estado? Nuestros Clásicos. No. 40. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983. p. 38.

al cielo", en el sentido de cuando el absolutismo se vuelve una carga, no hay teoría de la obediencia que pueda sostenerse.

El pensamiento anterior se explica con la siguiente cita:

"Cuando se emplea la fuerza, bien sea entre personas - que no reconocen autoridad superior sobre la tierra o que no dejan que se apele a algún juez de este mundo, se está propiamente en estado de guerra, en el que no cabe apelar sino al cielo, y cuando eso ocurre, es la parte lesionada la que debe juzgar por sí misma en qué momento ha de realizar esa apelación y poner en ella su confianza".¹¹

El principio de división de poderes fue desarrollado -- por Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, quien habla de tres formas de gobierno: la monarquía en donde el monarca simboliza al Estado tomando como símbolo el honor; la república, o gobierno de pocos identificada con la virtud, y el despotismo, identificado con el terror y la inobservancia de la ley.

Asigna a estas formas de gobierno un carácter territorial, según el caso; a la monarquía la relaciona con un Estado de superficie intermedia, a la república con Estados

11. Op.Cit. (2) p. 25. Cap. XIX. par. 242.

con territorio pequeño, y el despotismo como el gobierno - típico de los grandes Estados.

Según la división de poderes que establece, a cada uno de ellos les asigna una misión específica. Caracterización contemporánea y formalmente observada.

Montesquieu considera que la mejor forma de gobierno es la república bajo una monarquía por ser un Estado intermedio y con esta idea plantea la necesidad de un federalismo; estima la conveniencia de que los Estados sean federados - conforme al derecho público.

Para él la libertad es la premisa indispensable para - que el pueblo ejerza su misión de elegir a sus representantes. Cabe hacer notar la expresión "misión", ya que esta - atribución no constituye una situación opcional, sino un - auténtico ejercicio de la soberanía popular que se manifiesta en los comicios.

La división de poderes constituye el punto central del constitucionalismo moderno, en atención a lo expresado por Montesquieu cuando dice que la única forma de impedir el - despotismo o abuso del poder, es mediante la creación de - otro poder, es decir, el poder detiene al poder, y esto sólo se logra bajo un régimen de división de poderes.

Rousseau, revolucionario pensador del siglo XVIII, consideró que la civilización era la causa de la corrupción, y a la propiedad privada como la causa de la miseria y la desigualdad. Según lo anterior expresó: "El derecho que el particular tiene sobre su propiedad está siempre subordinado al derecho que la comunidad tiene sobre todos".

En su teoría sobre el contrato social, señala el paso del estado natural al estado civil, la formación de un Estado nuevo donde la expresión de la voluntad general es el único obstáculo contra la arbitrariedad. Hace la distinción entre Estado y Gobierno. Concibe la elección por medio de una democracia directa, es decir, no admite intermediarios.

El cambio que sufre el concepto de soberanía tal y como lo concibió Bodino, que deposita la soberanía en el monarca, Rousseau traslada este concepto al pueblo.

La vigencia de la representación en ejercicio del poder constituyente, postulado desarrollado por Emmanuel Sieyès en su obra "¿Qué es el Tercer Estado?". Para él, el acuerdo de voluntades individuales dan nacimiento a la voluntad general.¹²

12. Op. Cit. (10) p. 69.

A Sieyès se debe la distinción del poder constituyente y poder constituido, mediante el primero se crea la ley fundamental, mientras que la creación de órganos de poder constituyen la segunda distinción.

Con la evolución constitucional se distingue al poder constituyente originario y revolucionario y al poder constituyente permanente y derivado. De esta forma, la aportación esencial de Sieyes se refiere a la legitimidad de la representación para el ejercicio de la función legislativa.

La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, constituye un documento con carácter humanista, tras monarquías absolutas que oprimieron demasiado y motivaron el cambio estructural objetivamente en Francia; sin embargo, la proliferación de ideas políticas en Europa y los conceptos de estados emanados de la voluntad general, se venían gestando, según el análisis doctrinal expuesto en páginas anteriores.

La adopción de nuevos conceptos vieron la luz en Francia, como nacionalismo, democracia, derechos del hombre, etc., no obstante, estos conceptos se cristalizaron en América, en la integración de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los conceptos religiosos relativos a observar la religión del rey en Inglaterra, propició la política de emigración de miles de colonos ingleses, que poblaron la parte norte del Nuevo Continente. Nacen las trece colonias que se constituyen en una Confederación.

Más adelante, al uniformarse los criterios para la defensa de los intereses comunes, en 1789, se promulga la Constitución Norteamericana vigente, que recoge en sus postulados las ideas europeas e interpreta y aplica una serie de conceptos que caracterizan a lo que contemporáneamente se ha llamado la democracia norteamericana.

Este acontecimiento no se limitó a la adopción y asimilación de la cultura europea, sino que aportó al mundo jurídico constitucional un concepto de organización del Estado, el Estado Federal, que ha servido como modelo para otras organizaciones estatales.

Por lo anterior, considero que el análisis de los orígenes del constitucionalismo norteamericano pueden ayudarnos a evaluar los resultados actuales ya que la adopción de instituciones europeas en este sistema se han reflejado y han sido sancionadas en la Carta Magna de los Estados Unidos de Norteamérica.

En general, es preciso hacer referencia de acontecimientos uno a uno de la experiencia inglesa, pues pese a su derecho consuetudinario o no codificado, no hay duda de la aportación e importancia que tuvo en el Derecho Norteamericano, y en general en los Estados que observan el derecho anglosajón, o instituciones derivadas del Common Law.

1.2 Antecedentes del Sistema Jurídico Norteamericano.

En este capítulo se hace una síntesis histórica a fin de comprender el actual control institucional y elaborar un sistema de integración jurídica, que concluye en el Sistema Federal.

Antes de iniciar el estudio de los aspectos legales que conforman el cuerpo jurídico norteamericano, cuyos orígenes se encuentran en el derecho consuetudinario inglés, cabe hacer la distinción entre los dos grandes sistemas jurídicos del mundo: el derecho de origen romano y el Common Law, de origen inglés.

El llamado Common Law (su traducción literal es derecho común) ha sido empleado en varios sentidos, el más importante y característico de ellos se refiere a la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos.

El punto de partida del derecho anglosajón se encuentra en los usos y las costumbres que observaban las comunidades inglesas, que mediante resolución de los tribunales eran entendidas como normas jurídicas consuetudinarias.

Pese a la ocupación de la isla inglesa* por tribus teutonas y anglosajonas, el derecho romano tuvo una aplicación nula como régimen jurídico, pero la organización política feudal constituyó el modo de producción, introducido por Guillermo el Conquistador en 1066.

En la monarquía constitucional inglesa, el rey concentra todas las funciones de gobierno asistido por la "Curia Regis"; los jurisconsultos en Inglaterra crearon el sistema de los grandes fallos, de ahí la importancia que tiene la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, o a la ley hecha por el juez conocida como "judge-made law".

La fuente inspiradora y los conceptos previos al derecho inglés fueron expuestos por Locke en su obra "El Contrato Social" en un sentido moral, así como la protección de los derechos naturales, que encuentran su origen e interpretación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

* La expresión "isla inglesa", se refiere a que Inglaterra, era el núcleo de todas las disposiciones jurídicas a las que se hará referencia.

La concepción posterior inglesa es el derecho positivo derivado de la costumbre obligatoria que rige la conducta de los individuos, sancionada con la fuerza pública si es preciso.

Es de importancia mencionar la doctrina o ley del precedente, que se refiere a las normas que rigen el derecho de propiedad y a los actos privados de comercio, y en caso de afectación del orden público, los tribunales están facultados para modificar la jurisprudencia que hayan sostenido.

La tradición inglesa de reparar el daño causado a una persona o contra sus bienes creó las primeras leyes penales; la responsabilidad civil proveniente de los delitos creó un cuerpo de derecho autónomo llamado "torts", como fuente de obligación; otro ejemplo de esta obligación derivado del cuasicontrato es el "unjust enrichment", o enriquecimiento ilegítimo que obliga al pago de una indemnización.

Los conceptos anteriores se refieren a los derechos subjetivos protegidos por la ley inglesa, que también incluyen a la relación jurídica que se establece entre dos personas o llamada "relational rights".

Lo referente a los derechos reales, la doctrina los ha clasificado en derechos de la persona humana, derechos familiares y derechos económicos.

El derecho procesal anglosajón prevé sanciones por el incumplimiento de preceptos legales, como la reparación del daño, la reparación material o específica, los recursos preventivos que equivalen a las medidas precautorias que se adoptan en el Derecho Procesal Mexicano, y por último la sanción punitiva.

La ejecución de la sentencia en el derecho inglés se efectúa por medio del "writ of execution" del tribunal, distinguiéndose la vía de apremio para tutelar los derechos subjetivos de las personas. Es de notoria importancia la amplitud de estos medios jurídicos de protección que ofrece el sistema anglosajón, ya que con ellos se garantiza el debido cumplimiento de una obligación, bajo un plano de igualdad y buena fe que precede o debe preceder las relaciones que se establecen entre los particulares.

Es motivo de reflexión cómo en algunos sistemas jurídicos las voluntades situadas en un mismo plano, el incumplimiento en alguna de ellas, en ocasiones requiere el apoyo del derecho público en su sentido más amplio, es decir, la intervención de normas que no son precisamente las que se

establecen en el procedimiento al través del cual se ventila un conflicto de intereses, sino que se hace uso de leyes que en su acepción jerárquica se llamarían superiores, pero en su acepción práctica equivalen a la intervención de otra "autoridad", que si bien puede tener carácter político, subjetivamente condiciona la actitud de las partes en conflicto, medida que, aunada a un sinnúmero de casos, determina la posible estabilidad del individuo que vive en sociedad, y por tal su esfera política y participación como miembro de una comunidad queda supeditada a un fallo de una autoridad que conoce de un conflicto entre particulares.

Esta idea nos recuerda la estrecha relación que existe entre el derecho privado y el derecho público; lo que es más, la interdependencia que hay entre ellos, ya que no podemos referirnos por separado, *strictu sensu*, a uno o a otro, sino entender que su existencia se debe a la existencia del hombre, quien en este y en todos los casos, es el que precede a la norma.

"A menudo se ha pensado que es posible definir las normas de derecho privado como las que protegen intereses particulares, y las de derecho público, como las que protegen intereses del Estado. Esta definición es, empero, invalidada por el hecho de que el Estado puede ser parte en una

relación de derecho privado. En este caso las normas de derecho privado indudablemente cumplen la función de proteger los intereses del Estado, es decir, el llamado interés público".¹³

Con relación a los derechos de la persona, los anglosajones las dividen en dos clases, las personas "naturales" o físicas y las personas "artificiales" o morales; sin embargo, en Inglaterra existió el concepto de "muerte civil", - que explica el maestro Oscar Rabasa:

"...durante la Edad Media existió el concepto de muerte civil de las personas declaradas culpables de ciertos delitos políticos y del orden común, aun cuando ya en la época del clásico comentarista inglés Blackstone esta doctrina - había desaparecido. También perdían su personalidad jurídica, o "morían civilmente", todas las personas que renunciaban a la vida secular y se enclaustraban en los monasterios, de tal manera que sus bienes, a partir de este momento, se administraban como si se tratara de la sucesión de una persona muerta".¹⁴

13. Op. Cit. (1) p. 246.

14. Rabasa, Oscar. El Derecho Angloamericano. Ed. Porrúa. México 1982. p. 54.

Esta cita nos recuerda el inmemorable tiempo del derecho eclesiástico, en donde perdían toda clase de derechos y su lugar en la sociedad los que no observaran lealtad a aquéllas instituciones.

La importancia que tenían las infracciones aun de orden común en el derecho inglés que imponían sanciones como a la que se refiere el autor citado, la comparación en sistemas contemporáneos sería el preguntarnos únicamente si -- existe objetivamente o no la aplicación de normas semejantes, atenuadas o quizás más implacables.

Para finalizar, el derecho anglosajón clasifica a los actos jurídicos en varias categorías análogas a las nuestras; distingue a los actos positivos y negativos, voluntarios e involuntarios (éstos últimos se refieren a los hechos jurídicos, que aunque suceden sin que intervenga la voluntad humana, en ocasiones tienen consecuencias jurídicas), unilaterales y bilaterales; en general todos ellos producen efectos jurídicos que se denominan "jural transactions", término que en Derecho Mexicano tiene un sentido estricto.

Los hechos jurídicos a diferencia de los actos jurídicos son conocidos como "events", independientes de la voluntad humana.

Ha quedado expuesto en términos generales aspectos de derecho que conciernen a los particulares de los estados anglosajones, con especial referencia a Inglaterra, cuyo sistema como se ha dicho se originó en las costumbres de tribus germanas, con la posterior invasión normanda a cargo de Guillermo el Conquistador; en virtud de toda esta serie de acontecimientos se forma el Corpus Juris o Common Law anglosajón.

La jurisdicción en la cual se ejercía la jurisprudencia fue inicialmente a nivel local, y después toma un carácter de ley nacional, de ahí la expresión primitiva inglesa "the law of the land" que sin saberlo sería asimilada y aplicada en los Estados Unidos de Norteamérica, conservando su significado esencial.

En el derecho inglés encontramos el antecedente de nuestro Artículo 14 Constitucional, como resultado de la Petición de Derechos de 1628; el requisito de someter a un proceso legal o garantía de audiencia, fue expresado en estos términos:

"No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law". (Ninguna persona será privada de la vida, libertad, o propiedad, sino mediante el debido proceso de ley).

Los acontecimientos históricos ingleses constituyen el origen directo del sistema jurídico norteamericano, por lo cual a continuación haré algunas referencias específicas.

El desarrollo de las instituciones inglesas antes de la conquista normanda, comparado con el derecho romano, sufría un desarrollo lento y era primitivo, ya que hay que recordar que en esa época ya se conocía la obra de Justiniano.

El ejercicio de las facultades gubernamentales como se dijo, estaban a cargo del rey y su consejo; la administración de justicia de los asuntos fiscales y judiciales se ejercía al través de los tribunales llamados "County Courts", establecidos en cada condado inglés.

La administración de justicia revela la influencia de las ideas divinas, ya que se establecían Juicios de Dios, con tres modalidades: el "Trial by Oath" o juicio mediante juramento, consistía en que las partes presentaran a un número de personas quienes afirmaban mediante juramentos los hechos motivo del conflicto.

Esto nos recuerda la costumbre actual norteamericana, observada en algunos de sus estados federados, relativa a la fe pública que puede tener si la circunstancia lo requiere, algún vecino del lugar; esto se traduce en la

solvencia moral que al parecer en ese país, y en casos como se ha dicho específicos, forma parte importante de la administración de justicia.

La segunda modalidad era la "Trial by Ordeal" o juicio de ordalía, mediante la prueba del fuego y del agua, y la tercera era la "Trial by Battle", enfrentamiento por medio de las armas de los litigantes que tenían controversias.

Hasta este momento, la estructura legal inglesa no muestra ningún síntoma de racionalidad, excepto en el ejercicio de las facultades de gobierno, legislativa, ejecutiva y judicial, como expresión genérica de organización política.

El período feudal inglés se caracterizó por el señorío o "manor" perteneciente al "Lord" o señor feudal, su forma política a partir de 1066 quedó constituida por cuatro instituciones: El Consejo del Rey, el Mandamiento o Decreto del Rey, la Inquisición del Rey, y por último la Doctrina de Paz del Rey.

El Consejo del Rey se caracterizaba por ser centralista; de este cuerpo se crea el Parlamento; fue Enrique II quien introdujo el juicio de inquisición, o "inquest", para la solución de las controversias jurídicas; de esta forma se sustituye a los tribunales feudales; para entonces en

Inglaterra se sintió la influencia de las doctrinas italianas y francesas, que determinaron la administración de justicia en forma racional.

El "King's Writ", o Mandamiento del Rey, se refería a las funciones de gobierno. Los writs del rey dieron opción a los tribunales al crearse las Cortes de Cancillería. En su aspecto procesal, el "writ" era el citatorio que extendía el juez para hacer comparecer a las partes, así como para la contestación de la demanda.

La tercera institución "King's Inquest", o Inquisición del Rey, fue aplicada en asuntos administrativos y luego extendida a los jueces, hasta convertirse en el moderno Juicio de Jurados, que en esencia significa ser juzgado por sus iguales.

La Doctrina de la Paz del Rey, o "Doctrine of the King's Peace", concepto referido a la tregua o paz que se establecía en ciertos lugares, en una época determinada, constituyó la cuarta institución de la política inglesa. Contemporáneamente este término equivale a la paz pública u orden público.

Con relación a la temporalidad del orden público se ha dicho que "la noción de orden público no es solamente

variable de un país a otro, sino que también varía dentro de un país con las distintas épocas".¹⁵

La Doctrina de la Paz del Rey constituye un legado del actual concepto de orden público establecido en la sociedad para preservar y garantizar la convivencia entre los individuos. Las normas jurídicas derivadas especialmente de este concepto tienden a la protección de intereses sociales tutelados por el Estado.

En general, las instituciones creadas en la isla inglesa y su interpretación en el moderno sistema jurídico anglosajón, manifiesto en los Estados Unidos de Norteamérica, revela la conciencia política y la convicción de los emigrantes ingleses al Nuevo Mundo, que inicialmente se constituyen en trece estados confederados, con un bagaje histórico y su disidencia política, quizás acicate importante en la unificación y definición de causas comunes, proclaman la libertad de culto y lo que es más, instituyen en la historia el derecho a la organización política, cuna del sistema federal, como concepto sustantivo y a la democracia como el concepto adjetivo, o método para conseguir la

15. Niboyet, J.P. Principios de Derecho Internacional - - Privado. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. Madrid 1928. p. 407. Cita. Principes du Droit International Privé. Núms. 191 y ss. París, Sirey 1929.

distribución de los poderes estatales en ámbitos regionales, que en forma particular preservan los derechos de sus miembros, en todos los niveles sociales.

El sistema de derecho inglés trasladado por los colonizadores ingleses a América, fue la base del derecho interno norteamericano. Uno de los comentaristas del Common Law fue Blackstone, que en 1795 escribe su obra "Comentarios sobre el Common Law", documento de gran utilidad para la interpretación de las leyes inglesas por los norteamericanos.

La primera de las colonias se estableció en 1607 llamada Jamestown, en Virginia. La formación de las doce colonias restantes fue entre 1607 y 1732. Cabe hacer mención que el actual Estado de Louisiana observa el sistema jurídico de origen romano, puesto que fue colonizado por franceses y únicamente en su régimen penal funciona con las normas del Common Law.

Las amenazas externas procuran la unión de las colonias, sobre todo su descontento con la metrópoli. Para el año 1775 los delegados de las colonias reunidos en Filadelfia, o primer "Congreso Continental", publican una Declaración de Derechos. Al año siguiente, el 4 de julio de 1776, es votada la Declaración de Independencia.

La característica que desde el principio se establece es que cada uno de los Estados otorgue su propia constitución; sin embargo, se constituyen en una liga sometida a los "Artículos de la Confederación y Unión Perpetua".

En el plano internacional la independencia norteamericana es reconocida por el Tratado de París de 1783.

La diversidad de la población y la competencia comercial entre otros motivos, colabora para que se ratifique en el año 1789 la Constitución Norteamericana vigente.

Tal y como afirmó Tocqueville, en los comentarios que hace en la obra "El Federalista", la originalidad de la Constitución Norteamericana consiste en la creación de dos órganos de gobierno independientes entre sí. Por un lado - cada Estado posee los tres órganos de gobierno, ejecutivo, legislativo y judicial, y por encima del gobierno de cada Estado se halla el gobierno federal que dispone a su vez - de los tres órganos gubernamentales.

El problema que planteaban los poderes del Estado frente a la Federación, se subsana con la elección de los miembros de la Cámara de Representantes, compuesta por personas elegidas en el seno de cada Estado, en proporción a su población; el Senado se compone de dos senadores por cada Estado.

Es precisamente aquí donde se contrae un gran compromiso, el ejercicio del sufragio indirecto, que en el caso de elección presidencial, los comisarios elegidos en cada Estado en número igual al total de representantes y senadores, eligen a su mandatario.

Una consecuencia de la práctica de la organización política local es, primero, la conciencia política con relación al sufragio traducida en la participación general, y otra, el arraigo lato sensu, en el Estado y en toda la nación.

"Se puede explicar la doble ciudadanía de cada individuo en el aspecto político: éstos son ciudadanos a la vez de un determinado Estado y de los Estados Unidos. Eso es lo que explica el doble y a veces el triple patriotismo - que, incluso actualmente, sigue todavía vivo en el corazón de la mayoría de los ciudadanos: éstos se sienten tan orgullosos de ser de Massachusetts o de Texas y, por lo tanto, de Nueva Inglaterra o del Sur, como de ser ciudadanos americanos".¹⁶

De esta forma queda expresada la dualidad política norteamericana, al parecer viva en el país del norte, como

16. Tunc, André. El Derecho en Estados Unidos. Colección - ¿Qué sé? Oikos-tau, S.A. Ed. Barcelona, España 1971. - p. 14.

rasgo distintivo del resto de los americanos que integran al Continente. Esto como aclaración a la denominación que usa el autor "americanos".

La trayectoria de la joven constitución inicia su camino; en virtud de la Décima Enmienda, ratificada en 1791, se establece que la competencia de los Estados constituye la regla y la competencia federal la excepción; sin embargo, más adelante se hará mención a la forma en que opera esta disposición, unida a la "cláusula propia y necesaria de la constitución".

La existencia del sistema de origen romano en Louisiana y ejemplos como el Estado de Nevada, que concede el divorcio tras haber estado seis semanas en su territorio, mientras que otros Estados regulan el divorcio de manera más estricta, constituye el reconocimiento del derecho federal que permite la organización de los Estados dentro de su jurisdicción.

A partir de la votación de la Constitución, fue elegido presidente George Washington, quien organiza al poder judicial con el Tribunal Supremo, compuesto por trece Tribunales de Distrito o de primera instancia y trece Tribunales de Circuito o de apelación.

La primera experiencia norteamericana sobre el control de la constitucionalidad de la ley, sea local o federal, - fue la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo presidido por John Marshall en 1803, entre Marbury vs. Madison, referente a la negativa que pueden tener los jueces para - aplicar una ley, aun siendo federal, si es inconstitucio--nal.

El carácter constitucional, se explica con la cita si--guiente:

"Resulta manifiesta la naturaleza constitucional de los llamados conflictos de atribución entre los diversos poderes del Estado o (en los Estados Federales y en aquéllos - de autogobierno regional constitucionalmente garantizado) los conflictos entre él mismo y los estados miembros o las regiones autónomas respectivamente, o bien los de tales en--tes territoriales entre sí. Las atribuciones de naturaleza constitucional de los diversos poderes del Estado y de los mencionados entes territoriales son establecidos por la - Constitución misma, y cualquier controversia jurídica que pudiese surgir sobre tal propósito asumiría una delicadeza tal, que no sería aconsejable asimilarla a una controver--sia cualquiera entre particulares o entre entes públicos - de carácter puramente administrativo. Precisamente con base en dichas consideraciones los conflictos señalados

se han definido técnicamente como constitucionales por la doctrina jus-publicista alemana".¹⁷

A Hamilton, precursor del sistema federal, se debe la Doctrina de los "Poderes Implícitos", la cual sostiene que el gobierno federal dispone no sólo de todos los poderes que le delega la Constitución, sino de los que sean necesarios para su ejercicio.

La participación de Hamilton en la vida política norteamericana, determinó la estructura jurídica de su país ya que al lado de notables jurisconsultos estableció las bases del Sistema Federal.

El origen de la actual denominación de los partidos políticos "Demócrata" y "Republicano", se encuentra en la disidencia entre Hamilton y Jefferson, ambos secretarios de Washington. Jefferson termina por dimitir en 1793 para convertirse en jefe del partido de la oposición, oficialmente "Partido Republicano", pero calificado por sus adversarios como "Demócrata", en el sentido de demagogo, y que finalmente adoptará esta denominación. Así pues, el padre del actual Partido Demócrata es Jefferson, y Hamilton del Partido Republicano.

17. Vázquez del Mercado, Oscar. El Control de la Constitucionalidad de la Ley. Ed. Porrúa. México 1978. p. 12.

Al tomar el poder Jackson, ya existían pugnas entre nor^{te}ños y sureños a causa de la esclavitud, éstos últimos la apoyaban; a consecuencia del caso "Dred Scott Case", se dicta una sentencia dividida, con mayoría de los magistrados del sur; esto fue uno de los motivos de la secesión norteamericana, que marcó el inicio de la guerra civil de 1860.

Como resultado de la guerra civil, Lincoln ya al frente de la Nación, formula la Doctrina de la "Emergency", o estado de urgencia, en que se autorizó al Ejecutivo Federal para tomar las medidas que incumben generalmente al Congreso, siempre que dé cuenta a éste y al pueblo, y que la constitución sea aplicada tan pronto como las circunstancias extraordinarias desaparezcan. (En nuestro derecho, el Artículo 29 Constitucional, prevé la suspensión de garantías individuales por situaciones que perturben la paz pública, con carácter temporal, ya sea en todo el país o en una zona determinada; si el Congreso de la Unión no está reunido, se le convocará para que acuerde la decisión del Ejecutivo Federal).

Otra aportación de Lincoln al constitucionalismo norteamericano es la enmienda XIII, votada por el Congreso en 1865, que confirma la abolición de la esclavitud.

En 1866, con el vicepresidente Andrew Johnson, sustituido de Lincoln, el Congreso vota la "Civil Rights Act", por la cual se le concede el voto a los negros y la igualdad de derechos con los blancos. En el mismo año se vota la enmienda XIV, ratificada dos años más tarde, con la cual se estableció el vínculo de la nacionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica.

La enmienda XV votada en 1869, expresa que no se podrá denegar el derecho al sufragio por motivos de raza o color.

Esta importante enmienda instituye la obligación popular del sufragio, premisa que consolida al sistema en los ámbitos local y federal.

Hasta aquí se han enunciado algunos de los acontecimientos históricos que conformaron la actual estructura jurídica norteamericana; en incisos posteriores se particularizarán acontecimientos e instituciones básicas en las cuales se gestó el Sistema Federal.

1.2.1 Doctrinas Europeas. Ilustración Francesa.

Después de la Revolución Francesa se desarrolló en Europa un sistema de partidos. La influencia de este acontecimiento determinó la filosofía social en Europa.

La Revolución Francesa abolió la teoría del derecho divino de los reyes, y su carácter fue social, porque en poco tiempo se expropiaron algunos bienes de la Iglesia; se abrió el campo para la discusión social desde varios puntos de vista; pensadores como Voltaire o Diderot en la ciencia, iniciaron sus elaboraciones.

De las figuras más destacadas fue Jean-Jacques Rousseau, que aportó conceptos políticos importantes para el mundo y en especial para los Estados Unidos de Norteamérica. (Algunas de sus ideas fueron expuestas en la primera parte de este Capítulo.)

Los franceses apelaban a los derechos del hombre; sin embargo, no existía aun una estructura jurídica semejante al Common Law inglés. Esta institución y los acontecimientos ingleses dieron la pauta en Europa para el establecimiento de regímenes que protegieran los derechos fundamentales del hombre.

Bacon expresaba que el conocimiento es el poder, mientras que otros sostenían la idea de que la armonía se debía a un estado natural.

Aunque no estaban bien determinadas las ideas políticas después de la Revolución, en este capítulo nos referiremos

a los más destacados autores en materia política y social que revolucionaron el pensamiento en su país e influyeron en la ideología de otros.

Montesquieu en su obra "El Espíritu de las Leyes", expone el concepto de división de poderes, ya analizado, en el cual destaca la idea de una forma de gobierno en un sentido más amplio, ajustando a él todas las instituciones para lograr la estabilidad del gobierno. Recordemos la obsesión que tenía por la monarquía absoluta; su preocupación fue el análisis de las condiciones constitucionales de las cuales dependía la libertad del hombre, consideración ética que hace patente en la obra citada.

En dicha obra trata lo relativo a la formulación de constituciones con base en el principio de división de poderes. En su afirmación de que las leyes deben adaptarse a las circunstancias reales, elaboró estudios comparativos que en la actualidad proporcionan referencias y parámetros para distinguir determinadas instituciones.

Voltaire, con apoyo en la razón censuró la opresión religiosa que mantenía la Iglesia, y fundamentalmente perseguía la libertad humana.

Helvecio estableció que los hombres tienen la necesidad de perseguir la satisfacción de sus intereses. En cuanto

a la ciencia jurídica, con base en el principio de utilidad, dijo que el legislador sabio debía utilizar las penas y castigos para armonizar los intereses del hombre.

De alguna forma los pensadores franceses asimilaron las doctrinas políticas europeas y, ya se dijo, la Revolución Inglesa fue una fuente importante de su pensamiento. La proyección que tuvieron las ideas de la ilustración francesa en campos políticos, fueron determinantes para la formación de los estados democráticos.

1.2.2 La Revolución Puritana Inglesa.

Como sabemos, los problemas políticos derivados de la reforma protestante provocó un estado de tensión en Inglaterra, asimismo se hace manifiesta la comunidad política cooperativa que durante el siglo XVI y más tarde despertó diferencias clasistas.

La centralización el poder en la persona del rey era motivo de crítica; la cristiandad universal estaba en tela de juicio; una obra que se refería a la fe de los puritanos ingleses y su obediencia a la iglesia oficial fue "The Laws of Ecclesiastical Polity"^{*}, de Richard Hooker, quien

* Esta obra, compuesta de ocho libros, de los cuales los cuatros primeros fueron publicados en 1594, el libro quinto en 1597, y los tres últimos al parecer modificados después de su muerte. La principal argumentación de esta obra es mostrar que los puritanos al negar la obediencia a la Iglesia oficial, negaban implícitamente los fundamentos de toda obligación política.

apoyaba su obra en la ley eterna, en la ley natural y en la ley de la razón. Para él una sociedad es imposible sin gobierno y ésta es imposible sin una ley humana, de aquí - que el fundamento de una obligación política es el consentimiento común.

Esta expresión de voluntad es semejante a la idea sostenida por los contractualistas. Sin embargo, Hooker reconoce el compromiso de la autoridad que establece el pueblo, pero no la vía de irrevocabilidad o condiciones que se opongán a la tiranía y su resistencia a ella.

Disentía de los fines revolucionarios ingleses, porque en su defensa de la religión católica, incluso como deber patrimonial, no se atrevía a deslindar el poder a autoridades temporales. En una postura que en el fondo proclama a la Iglesia como único poder, consideró una confusión el - encuentro del papismo y el presbiterianismo.

Antes de comenzar las guerras civiles en Inglaterra, en 1640 se inician las fuertes pugnas entre los que sustentaban principalmente la permanencia en el poder de la Iglesia Católica; con esto se agravó la situación política, - iniciándose en 1642 la lucha armada entre Carlos I Estuardo y el Parlamento.

Así, las diferencias religiosas entre católicos y presbiterianos trascendían al ámbito político, lo que creaba una tendencia de cambio en las instituciones jurídicas; los presbiterianos apoyaban la independencia espiritual de la Iglesia, por tanto el concepto de Estado no se refería únicamente a ella, sin embargo, se oponía a la rebelión. Con la ley de Uniformidad de 1662 se les excluyó, antecedente de la salida de muchos ingleses al Nuevo Continente.

Como antecedente previo a estos acontecimientos, la obra de Thomas Smith de 1583 refleja el orden constitucional inglés de esos días. Para él, el rey era la autoridad que formaba al gobierno, y el Parlamento el más alto poder del reino, o Tribunal Superior, como órgano principalmente judicial. Acertada denominación que se comprueba con el actual sistema judicial inglés y norteamericano.

Oliverio Cromwell en 1628 fue miembro del Parlamento y al definirse su antagonismo con Carlos I, formó un ejército integrado principalmente por el propio Parlamento; su lucha se dirigía a establecer la religión presbiteriana como oficial. Finalmente el rey es derrotado por el ejército parlamentario dirigido por Cromwell.

No obstante este triunfo, las disputas de las sectas religiosas se manifestaban en la lucha entre los "wings"

(liberales) y los "tories" (conservadores). El Partido -- "Tory" era absolutista y predicaba el derecho divino de - los reyes. El Partido "Wing" apoyaba a la monarquía limita da con la autoridad del parlamento. La Iglesia Anglicana - se situaba al lado de los "tories" y defendió el poder real de los Estuardo.

La guerra civil estalló en 1648 con el triunfo de - - Cromwell, quien después de sofocar movimientos como la re- rebelión irlandesa y escocesa, a cargo esta última de Carlos II, confirma su cargo de "Lord Protector" con carácter vi- talicio y poderes absolutos.

Sin embargo, la República de Cromwell no pudo sostener- se por mucho tiempo por lo que claudicó, asumiendo el po- der Carlos II Estuardo; a la muerte de éste en 1685 su her- mano y sucesor Jacobo II sube al trono declarándose "cató- lico convencido". Con la revocación del Edicto de Nantes - de 1685, promulgado por Enrique IV de Francia en favor de los protestantes, el absolutismo real toma fuerza (con fun- damento en el derecho divino de los reyes) apoyado por el catolicismo.

La incertidumbre inglesa y el descontento general fina- lizó con la Revolución de 1688 conocida como la "Revolución Wing", pese a los esfuerzos de Jacobo II por mantener el

catolicismo. Este acontecimiento reveló el inquebrantable sentimiento protestante del pueblo inglés. Ahora la nueva monarquía estará controlada por el Parlamento. La sucesión de Guillermo de Orange (yerno de Jacobo II) y María abría un período constitucional, en donde los poderes se encontraban bien determinados, los poderes reales y los parlamentarios bajo la bandera: "por la libertad, por la religión protestante y por el parlamento". En esta forma, el parlamento, el protestantismo y el liberalismo se levantaban sobre el absolutismo, el catolicismo y el conservadurismo.

La pena de muerte a un monarca como Carlos I, posición defendida por Milton, quien en forma moderada aceptaba la tolerancia religiosa, explica su entusiasmo por la revolución y su oposición a la monarquía:

"El poder de los reyes y magistrados no es sino derivado, y les es transferido y encomendado por el pueblo en fideicomiso*, para el bien común de todos ellos, quedando, sin embargo, el poder fundamentalmente en el pueblo y sin

* Estimo que la alusión que hace el autor al término "fideicomiso" no se refiere a la concepción actual de esta figura jurídica, sino a la asignación de facultades por parte del pueblo, a los reyes o magistrados para el ejercicio de sus atribuciones.

que se le pueda privar de él sin violar su derecho natural innato".¹⁸

Como se dijo, Locke fue defensor de la Revolución, recopiló el pensamiento de sus predecesores, criticó el momento revolucionario inglés y vivió la consolidación de éste. Sus escritos son de gran importancia para la creación de las leyes inglesas, y para las organizaciones estatales de la posteridad; su trabajo cruzó fronteras, como lo expresa Sabiné:

"La máxima importancia de la filosofía de Locke se encuentra más allá de la organización contemporánea de Inglaterra, en el pensamiento político de Norteamérica y de Francia, que culminó en las grandes revoluciones del siglo XVIII. Aquí alcanzó la plenitud de sus efectos la defensa del derecho de resistencia hecha por Locke en nombre de los derechos inalienables de la libertad personal, consentimiento y libre adquisición y disfrute de la propiedad. Como los gérmenes de estas concepciones eran mucho más antiguos que Locke y habían sido un derecho innato de todos los pueblos europeos desde fines del siglo XVI, es imposible atribuir su existencia en Norteamérica y Francia al

18. Sabiné, George. Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica. México 1982. Cita p. 377.

solo influjo de Locke, pero todos los que prestaron alguna atención a la filosofía política conocían su pensamiento".¹⁹

1.2.3 Formación el Common Law.

En páginas anteriores se especificó que el Common Law - nació como resultado de los usos y las costumbres practicadas por las comunidades inglesas, así como por las decisiones y las máximas judiciales, que resolvían cuestiones jurídicas planteadas por las partes, con base en los prece-dentes judiciales.

Según lo anterior, Kelsen explica cómo la costumbre constituye parte del ordenamiento positivo de un Estado:

"Las normas jurídicas son siempre establecidas por un - acto que deliberadamente tiende a crear derecho, excepto - en el caso en que hallan su origen en la costumbre, es de- cir, es una forma de conducta generalmente observada, con la cual los individuos actuantes no tienden de manera consciente a crear derechos, aun cuando tengan que considerar sus acciones conforme a una norma obligatoria y no como - materia de una elección arbitraria. Esta es la exigencia - de la llamada "opinio juris sive necessitatis".²⁰

19. Ibidem (18) p. 398.

20. Op. Cit. (1) p. 134.

Dado que el Common Law es el ordenamiento básico y establece normas de carácter sustantivo, fue necesaria la creación de la "Equity", o Derecho-Equidad como supletorio al cuerpo jurídico anglosajón. A continuación se detallan algunas situaciones no contempladas por el Common Law, subsanadas por la "Equity":

Los tribunales de derecho no reconocían los derechos equitativos como realidad jurídica, reclamados por el actor. En otra interpretación los derechos equitativos se referían a actos que aunque fueran lícitos, el Common Law no los contemplaba.

Carecía de un medio procesal para impartir protección al actor; esta deficiencia es congruente por no estar establecida una norma sustantiva inserta en el cuerpo mismo del Common Law; por tanto, no se prevé su procedimiento.

Por último se ha dicho que si existía el medio para la solución al conflicto, era deficiente.

Se ha sostenido que "la equidad actúa como una especie de válvula reguladora del derecho estricto. Su aplicación en términos generales podría definirse diciendo que en ciertos casos en que la regla de derecho estricto resulta notoriamente injusta, puede acudir a su atenuación por la equidad".²¹

21. Couture J., Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Ediar, Soc. Anon. Editores. Buenos Aires 1948. p. 168.

Es claro que al igual que otros ordenamientos básicos, haya sido necesario crear normas complementarias, auxiliares o supletorias que integren en su totalidad la estructura jurídica del Estado, y no por ello se afirma la ineficiencia de un sistema; por el contrario, la creación de normas jurídicas que complementen o protejan otros derechos, convalidados por el Common Law, constituye una medida para lograr resultados eficaces.

Estimo que la "Equity" nació para resolver circunstancias especiales, y como órgano ejecutor de los procedimientos que el mismo establece, sin olvidar que su creación se debe a la norma superior.

"La Equity se convirtió en un cuerpo de normas que modernizan la Common Law, complementándola o, a veces corrigiéndola, pero que llegó a ser tan rígida como ella, cesando así de ser equidad, en el sentido corriente que se da al término. Hasta 1875 continuará siendo aplicada por una jurisdicción distinta de la Common Law".²²

Así, podemos vincular al Common Law y a la "Equity" según el aforismo: "El Common Law sería bárbaro sin la equidad; la equidad sería sencillamente absurda sin el Common Law".

22. Op. Cit. (16). p. 78.

Pese a que el Common Law en Inglaterra no es un ordenamiento codificado, existen diversos estatutos que integran su legislación constitucional: La Carta Magna de 1215, o pacto entre los barones y el Rey Juan Sin Tierra, documento que trata sobre el respeto al hombre libre, el cual no puede ser detenido sin juicio legal de sus pares ni molestado en su persona, derechos y propiedades sin previo juicio, y siempre según las leyes del país.

Otro documento importante es el "Habeas Corpus Act" de 1679, que estipula que las autoridades no podrán hacer -- detención de cualquier persona, sin fundamento en la ley.

La Petición de Derechos o "Petition of Rights" de 1628 fue redactada por los Lores espirituales, temporales y comunes, para el reconocimiento de las libertades individuales.

El "Bill of Rights" de 1789 declaraba que la autoridad real no podía suspender las leyes o su ejecución, sin el permiso del Parlamento.

El "Act of Settlement" de 1701, donde la dinastía de los Orange fue llamada por el Parlamento para regir el tro no inglés.

Todos los documentos mencionados y algunos otros, reflejan la madurez jurídica y social, y el hecho de

prescindir de un documento solemne que rija y sancione la conducta de los individuos; por tanto este país es pródigo en normas constitucionales.

"A pesar de que no haya en la Gran Bretaña un cuerpo de ley unitario y se considere consuetudinario su derecho, es posible, sin embargo, referirse a disposiciones escritas - que consagran derechos inviolables del ciudadano británico, que han sido consideradas como el precedente del control - constitucional de las leyes creado en otros países".²³

Al referirnos a los documentos constitucionales escritos que en general observan la rigidez constitucional, -- Jellinek en su obra "Teoría General del Estado", expresó - que la constitución que no se adopta a su tiempo, constituye un legado obligatorio de generaciones anteriores que - niegan el cambio; esta afirmación y la muestra de que no - es premisa indispensable crear un documento solemne unitario, lo es el derecho consuetudinario inglés.

En la monarquía parlamentaria inglesa, al igual que otros países de la Commonwealth, "...la reina o su representante, el gobernador general, suelen tener garantizados poderes -

23. Op. Cit. (17). p. 100.

para negar su asentimiento en una ley. En la práctica, este poder de veto a una ley se ha llamado desuetudo".²⁴

El derecho de veto que puede ejercitar el Ejecutivo Federal ante una iniciativa de ley propuesta por el Congreso, observado en los países de derecho romano, tiene su equivalente en el Common Law; estas facultades están previstas generalmente en constituciones escritas.

La desuetudo en el Common Law, tiene varias misiones, - primero se conceden poderes por la legislación vigente, pero en la práctica los usufructúan otras personas; en este caso la desuetudo invalida estos actos. "En resumen, los poderes otorgados por la legislación constitucional en ocasiones son consuetudinariamente traspasados de una persona a otra".²⁵

Al parecer el traspaso de poderes consuetudinariamente provocaría confusión en la ley y su aplicación; sin embargo, el Common Law prevé como se dijo en el párrafo anterior el abuso del poder.

24. Orozco Henríquez, José de Jesús. El Derecho Constitucional Consuetudinario. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983. p. 130.

25. Op. Cit. (16). Cita K.C. Wheare. Federal Government. 4th ed. London. Oxford University Press. London 1963. p. 82.

Para Hans Kelsen, en su obra citada, la desuetudo es el "efecto jurídico negativo de la costumbre", que al igual - que ella tendrá efectos consuetudinarios según se disponga.

La adopción del Common Law en América quedó, como se ha dicho, representada en las trece colonias, lo que diversificó su cuerpo, y en atención a la organización política - de los Estados Unidos de Norteamérica, existen sistemas de Common Law como estados que lo componen.

Inicialmente el Derecho Privado Norteamericano se dividió en civil y penal. El Derecho Civil está constituido - principalmente por la jurisprudencia de los tribunales ingleses y su elaboración compete a cada estado dentro de - sus jurisdicciones.

El Derecho Mercantil en la jurisprudencia norteamericana se denomina "Law Merchant" o "Lex Mercatoria"; su carácter no es federal sino local, excepto en la jurisdicción - concurrente que ejercen los estados y la federación en materia de quiebras.

El origen del Law Merchant norteamericano se encuentra en el comercio terrestre y marítimo practicado en la Edad Media con aplicación general. Cuando se creó el Tribunal de Almirantazgo, que hoy el comercio marítimo en los

Estados Unidos de Norteamérica es de orden federal, el derecho mercantil se segrega para incorporarse al Common Law.

La legislación de orden internacional sobre derecho marítimo y mercantil consignó las leyes y códigos, al lado de importantes documentos, como las Leyes de Wisby, relativas a los usos y reglas que observaban los navegantes y mercaderes en el Mar del Norte; el Consulado del Mar o "Consolato del Mare", aplicado en ciudades del Mediterráneo, en especial en España e Italia, así como las leyes marítimas de la Liga Hanseática, elaboradas por cónsules marítimos y delegados de esa Confederación.

La evolución del Common Law tuvo un momento muy importante, la guerra civil norteamericana que al concluir se diversifican las modalidades de esta institución, y en esa época los trabajos de codificación son prolíferos.

Las nuevas concepciones que tuvo el Common Law, reorientó los estudios jurídicos, recopilados por la revista inglesa "Harvard Law Review"^{*}, en donde también se comentan los fallos emitidos por los jueces de los distintos Estados en el orden internacional.

* Op. Cit. (16) p. 83. Esta revista fue creada en Inglaterra en 1887, que elabora literatura jurídica destinada a facultades.

Estimo que la figura principal que nutrió al Common Law fue y es la del juez, quien en este sistema es relevante por sus fallos y decisiones jurisprudenciales.

Así, la concepción del Common Law no era clara sin los principios contenidos en decisiones precedentes, o doctrina del precedente.

En los Estados Unidos de Norteamérica, después de la independencia la doctrina del precedente fue más flexible, - porque en cierta forma su rigidez impedía la evolución del derecho y la emisión de fallos que en ocasiones podían alterar el orden público. (Esto hace un llamamiento a la doctrina, cultivada en las universidades norteamericanas).

La autoridad moral de los precedentes judiciales constituye la piedra angular del Common Law, y negarlos es negar al mismo sistema. En oposición a esta idea, Justice Holmes²⁶, ya bajo el reinado de Enrique IV, había instado a los jueces a que comprendieran sus responsabilidades sociales y - que calibraran las consecuencias sociales de sus decisiones. Dijo que el derecho tiene que ser modificado constantemente, y que la energía de los juristas debe consagrarse no al estudio de la historia, sino al de los fines a alcanzar.

26. Op. Cit. (16) p. 85.

Considero que en un sistema como es el Common Law, no podemos ser tan pragmáticos, ya que se formó al través de usos y conductas repetidas como "hábitos jurídicos" y su evolución se debe precisamente a la adopción de esos "hábitos" adecuados al tiempo y al espacio; pasar por alto la fuente histórica que debe adecuarse y nutrir a la fuente real, es ignorar toda noción jurídica contemporánea.

Es preciso establecer que cuando el precedente impone características que pueden traducirse en soluciones injustas, el juez tiene la facultad de oponerse a ellos.

El fallo del juez, entre otros puntos se supedita a los elementos que le proporcionen las partes para que él forme su convicción al respecto, pero requiere conocer los precedentes que le permiten juzgar en el caso concreto. (En México la jurisprudencia ocupa un lugar importante, ya que ante la obscuridad de la ley, esta vía proporciona técnicas jurídicas para su interpretación y su creación. Acudir a la jurisprudencia es acudir al pasado que determina y nos ilustra el presente).

Cabe establecer que la autoridad de los precedentes ha sido importante no sólo en países del Common Law, sino también por ejemplo en Francia, cuyo derecho es esencialmente legislativo, a diferencia del derecho en Inglaterra o el de Estados Unidos de Norteamérica, que es judicial.

1.2.4 Aportaciones europeas al Sistema Jurídico Norteamericano.

Muchas de las instituciones políticas europeas de los siglos XV al XVIII han sido adoptadas por los Estados Unidos de Norteamérica con los ajustes pertinentes a la época.

En páginas anteriores se presentó la secuencia de los acontecimientos histórico-jurídicos de Europa, con especial atención a Inglaterra.

La trayectoria de las instituciones y su adopción en diferentes corrientes de pensamiento así como en diferentes Estados, significa la versatilidad y modalidades que pueden tener según su adopción.

El alcance que tiene la doctrina de la división de poderes de Montesquieu para la organización política norteamericana, ha sido ponderada y observada, según los fundamentos teóricos ya establecidos.

En cuanto a la forma de gobierno republicana, los norteamericanos han hecho una refutación a Montesquieu cuando expresó que el sistema republicano era aconsejable para Estados con territorio reducido; sin embargo, después este autor se refiere a la república confederada, definiéndola

como "la unión de sociedades o como la asociación de dos o más estados en uno solo".²⁷

Para conseguir la forma de gobierno apropiada fue necesaria la unanimidad de todos, concepto de soberanía popular en su sentido más amplio. Los Estados Unidos de Norteamérica han conseguido determinar la forma de gobierno adecuada, no obstante las confusiones que pudieron presentarse con motivo de la influencia de instituciones inglesas, crearon su propio derecho consagrado con la independencia de la metrópoli.

Los principios republicanos encuentran su base en la "libertad de asentar todos nuestros esfuerzos políticos sobre la base de la capacidad del género humano para gobernarse".²⁸ Su premisa consiste en que esta forma de gobierno proceda del gran conjunto social, y en que las personas que lo administren sean designadas directa o indirectamente; por último, la adopción de la forma federal, que es congruente con la definición de república confederada, constituida por la unión de estados soberanos; esto es el resultado del respeto de las condiciones anteriores.

27. Hamilton, Madison y Jay. El Federalista. Fondo de Cultura Económica. México 1982. p. 35.

28. Ibidem (27) p. 58.

Entre otros de los conceptos adoptados y llevados a la práctica por Norteamérica, podemos mencionar los siguientes:

Primero, el análisis minucioso de ideas e instituciones políticas, su aplicación y funcionamiento en estados europeos.

Segundo, la depuración doctrinaria y práctica de instituciones jurídicas adaptadas al modelo norteamericano.

Tercero, el concepto de unión, que consiste en la conciencia de libre expresión para salvaguardar los intereses de todos.

Cuarto el sufragio como componente esencial de la democracia y la práctica de ésta en un sistema republicano que comprende a un número más grande de ciudadanos; esto significa, la innovación del sistema representativo o democracia indirecta.

Quinto, el establecimiento en la Constitución de dos formas de organización derivadas del propio sistema, la jurisdicción estatal y la jurisdicción federal, clave del Sistema Federal.

Sexto, la división de poderes, sus atribuciones y su indicación de la esfera jurisdiccional.

Séptimo, en materia judicial, el perfeccionamiento del juicio de jurados, originario de Inglaterra.

1.2.5 La aplicación de los conceptos europeos en la Democracia Norteamericana.

La democracia, como se ha dicho, consiste en la participación del pueblo en los asuntos de gobierno. No es posible afirmar que la democracia haya sido adoptada de otro modelo o sea resultado de alguna otra institución, ya que su aplicación y respeto depende de un sinnúmero de circunstancias que motivaron su evolución, paralelamente con sus nuevas instituciones.

Al parecer el hecho de que los creadores de la ley norteamericana distinguieran a este concepto como principal, del cual derivan formas de gobierno, respeto a los derechos fundamentales, etc., fue resultado del estudio, la observación de condiciones y de su funcionamiento en el pasado. Convencidos de que la creación de su derecho hubiese sido un intento fallido en su afán de construir su sociedad, concluyeron que la democracia significaba la piedra angular del sistema.

La aplicación de ciertas formas democráticas en otros estados, por ejemplo en Inglaterra, no presentaba una expresión pura, ya que en una monarquía parlamentaria

se limita la participación popular ya sea a decisiones del Jefe de Estado o del Jefe de Gobierno.

Quizas no tenga demasiada complejidad el sistema jurídico norteamericano si consideramos las bases europeas en que se apoya; sin embargo, el sistema federal no se había observado en otros Estados con la amplitud como se presenta en este país.

Los ajustes que hicieron fueron en función de las circunstancias reales y las necesidades comunitarias, y el rasgo característico que los distingue es el adecuado uso e interpretación de la democracia, sin ser objeto de pugnas de intereses particulares.

Apelar al pueblo, que puede objetar alguna decisión gubernamental, constituye un medio para evitar y corregir las infracciones a la Constitución; de esta manera la democracia es una medida correctiva ante la aplicación de normas contrarias a la Constitución.

Considero que la permanencia de un texto legal por largo tiempo significa que es copia fiel de los requerimientos y condiciones sociales, que de no ser así ya hubiese sufrido innumerables modificaciones o su derogación. En el caso de la Constitución Norteamericana, su permanencia aproximada de 200 años muestra su carácter antiguo y revela la práctica de actos que responden al interés público, por ejemplo, el mandato de cuatro años sujeto a reelección, por encima de filiaiones partidarias.

C A P I T U L O 2

"El mantenimiento de los derechos civiles está ligado al mantenimiento de los derechos políticos por una estrecha solidaridad".

Montesquieu.

CAPITULO 2. PROBLEMATICA QUE PRESENTA EL SISTEMA FEDERAL.

Antes de hacer las consideraciones sobre los elementos que constituyen al Estado, es importante aclarar que la referencia a dichos elementos no sólo se hace en función de su estructura general, sino también de la estructura social llamada familia, de la cual como se ha dicho depende el óptimo funcionamiento del Estado. Asimismo la problemática que presenta el sistema federal será analizada ampliamente en el punto tres de este capítulo, tomando en cuenta las consideraciones que a continuación se presentan.

2.1 Fundamento Doctrinario del Estado.

El Estado ha sido motivo de varias definiciones, aunque éstas no siempre ofrecen una idea general sobre él; el concepto que proporciona el maestro Biscaretti di Ruffia, se adecua al estudio que a continuación se presenta:

"El Estado es un ente social que se forma cuando en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo, que se somete a la autoridad de un gobierno".²⁹

En esta definición están contenidos los elementos constitutivos del Estado, población, territorio y gobierno,

29. Biscaretti di Ruffia, Paolo. Derecho Constitucional. - Ed. Tecnos. Madrid, España 1984. p. 99.

con la característica de soberano, desde su aspecto jurídico-territorial proyectado a sus decisiones políticas.

En la evolución del Estado, por lo general se ha observado la congregación de hombres o un producto natural de su sociabilidad que ha conformado la estructura estatal.

La problemática que representa una definición de Estado, consiste en que variará según los Estados que existan, y - sus elementos constitutivos podrán ser en algunos casos - más representativos que en otros; sin embargo, la premisa básica de su formación es la asociación de individuos.

La concepción de la personalidad jurídica que posee el Estado fue desarrollada en Alemania en el siglo XIX. El ca carácter público de esta personalidad se debe a los actos de orden público que realiza, aun cuando interviene en -- cuestiones de derecho privado, que en los últimos años han ido en aumento.

La formación de los Estados, según la doctrina, se ha - clasificado en las llamadas formas primarias y secundarias. El primer caso resultaría imposible, ya que la existencia de distintas soberanías estatales impediría su modificación o extinción. Las formas secundarias, en un primer caso, se refieren al nacimiento de estados por emancipación de

la metrópoli; el caso característico son los trece estados norteamericanos o el caso mexicano; la complejidad de esta forma se presentó también en los Estados Unidos de Norteamérica con la creación del estado federal-miembro, dentro del Estado ya constituido; el Estado Imperial Alemán de 1871 es otro ejemplo de esta clase.

Una segunda interpretación de las formas secundarias es la extinción de uno o más Estados, que posteriormente formarán otro nuevo, quizás con algunas características del anterior; o bien, la fusión de dos Estados, que forman uno nuevo, por ejemplo el Imperio Austro-Húngaro.

A lo largo de la historia han existido Estados que no han sido la real y objetiva voluntad de sus miembros; sin embargo, la crítica a este respecto es profundamente política, en donde se omiten nociones jurídicas que los puedan fundamentar, en términos de un régimen de derecho, sin referirnos a los totalitarios.

Hoy en día, los Estados, para mantener sus relaciones e interdependencia, se han visto precisados a crear diferentes instituciones y organismos que faciliten el intercambio no sólo comercial, sino ideológico y social, tendencia que puede ser peligrosa en nuestro tiempo.

Así, se han creado nuevas instituciones a nivel interno, constituidas por ejemplo, por el sistema federal, y en el ámbito internacional la adopción de tratados, convenios, - etc., así como la presencia de organismos internacionales.

Desafortunadamente, la importación de instituciones no aptas para un Estado, o viceversa, la incapacidad del Estado para adoptarla, sólo han conseguido la pérdida en la identidad nacional, y propiciado errores de aplicación de formas políticas, que por su naturaleza, han sido capaces de funcionar en otra sociedad, en donde los individuos no comparten el pensamiento de los miembros de otro grupo social.

Este ha sido el punto de discusión de muchos autores y juristas, que tratan de encontrar la aplicación de una teoría o sistema a un Estado determinado. Considero que toda sociedad tiene el derecho a la evolución de sus instituciones sin truncar este camino con desplantes que sólo niegan la esencia y la historia de su pueblo.

En esta forma, podríamos lograr la integración quizás - parcial, de todos y cada uno de los destinatarios del poder y evitar, como afirma Loewenstein, la indiferencia de los destinatarios del poder, que trae como consecuencia

una "erosión en la conciencia constitucional".³⁰ La autenticidad en materia jurídica es un atributo el cual poseen muy pocos Estados.

La creación de una institución debe corresponder a la - evolución histórica de su pueblo, y la aplicación de aquélla al contexto social existente. Confrontar la evolución y la institución creada, puede resultar una auténtica identidad entre el pasado y el presente, o un choque por falta de correspondencia.

No podemos excluir en este tema la consideración de estructurar alguna institución con aportaciones o hechos que muestren su buen funcionamiento; sin embargo, he aquí la - habilidad y destreza para entender que copiar fielmente - una institución o tomar de ella mecanismos que mejoren - - nuestro modelo, es trabajo de generaciones.

En principio, si el Estado cuenta con los requisitos de forma, al menos ya podrá tener la compleja calificativa de "Estado", pero si a lo largo de su vida no conforma debidamente su estructura, cualquier instrumento legal será ineficaz para mantenerlo vigoroso.

30. Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México 1981. p. 15. Cita Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel. México 1965.

Con lo anterior no se objeta la existencia de determinadas instituciones, ya que su existencia nos calificaría es cépticos, sino estudiarla o vivirla en el momento histórico-social, pero no antes ni después.

2.1.1 Elementos del Estado.

Se ha previsto que para la constitución y funcionamiento de un Estado es preciso que cuente con los elementos primarios. Primarios porque sin ellos no podríamos tener una serie de instituciones y actos que se derivan de conceptos básicos; estos elementos o atributos forman parte del orden jurídico estatal.

Los elementos del Estado han sido presentados por la doctrina como esenciales y observados en la práctica, la población el territorio y el gobierno; además la doctrina alemana sostiene que la soberanía es elemento constitutivo. Sólo nos queda caracterizarlos uno a uno.

2.1.1.1 Población

La población componente del Estado es el conjunto de personas agrupadas con filiación nacional a su Estado.

De la definición anterior se deriva el concepto de ciudadanía o "status" que distingue a un individuo del resto de los nacionales de otros Estados.

La diferencia racial de la población de algunos Estados no ha sido impedimento para su participación en asuntos de gobierno. Esto lo observamos en los Estados Unidos de Norteamérica, cuya población es heterogénea, pero su identidad nacional es sólo una.

La ciudadanía de la mayoría de los sistemas jurídicos se ha establecido para la protección del individuo y sus relaciones patrimoniales. En este sentido, los hombres y su grupo familiar quedan protegidos al crearse el vínculo de identidad al Estado al que pertenecen.

Por considerarse a la familia como una institución de orden público, ha sido necesaria su protección por medio de normas jurídicas diversas. Aquí, la nacionalidad es una distinción no sólo con relación a su Estado o a otros esta dos, sino socialmente hablando; el término trasciende a as pectos particulares de los miembros de la familia.

No es posible suponer la existencia y tutela de derechos en un Estado, si su población no ha sido distinguida por un concepto de pertenencia; tal es su importancia en las relaciones particulares del individuo que la concesión de la ciudadanía opera en muchos estados como en el nuestro. En Italia, por ejemplo, el extranjero que resida durante cinco años y casado con ciudadana italiana, podrá voluntariamente adoptar la ciudadanía italiana.

La población de un Estado, y su distinción como ciudadana no, están regulados por el derecho interno del propio Estado; sin embargo, la problemática se presenta cuando ese atributo de la personalidad se hace valer fuera de la jurisdicción del Estado; esto es la extraterritorialidad de atributos concedidos por el Estado del cual se es miembro.

Los conflictos derivados de la situación anterior son regulados por las normas que establece el Derecho Internacional Privado, concertadas por los Estados para la protección de sus nacionales.

La aplicación de normas de carácter interestatal ha motivado doctrinas acerca de los límites a la jurisdicción estatal, que sin duda se refieren a los límites heterónomos expuestos por Jellinek en su obra citada.

Para autores como Kelsen la ciudadanía no es un calificativo esencial del orden jurídico del Estado. Recordemos que esta noción principalmente se refiere a los derechos políticos, strictu sensu. El mismo autor considera que sólo en la democracia los ciudadanos tienen derechos políticos; por tanto podemos concluir, según esta idea, que sólo son ciudadanos los que viven en un sistema democrático.

Este razonamiento expresado en un sentido muy restringido, no contempla la totalidad del concepto, ya que no

se consideran situaciones jurídicas nacionales de orden público e internacionales.

La característica que debe distinguir a la población de un Estado son las relaciones que se establecen entre sus miembros, adscritos al ámbito personal de validez del orden estatal.

Estas relaciones de orden jurídico son precisamente las que dan vida al Estado, pues sin población sería imposible su existencia.

2.1.1.2 Territorio.

Es claro que los Estados para su existencia requieren de un espacio geográfico, en el cual ejerzan su jurisdicción y determinen su gobierno; con base en su derecho público, también ejercen su jurisdicción sobre las cosas y personas que se encuentran en ese territorio. No obstante, en la época de las leyes bárbaras, el Estado no ejercía ninguna soberanía territorial, limitándose exclusivamente a ejercer su autoridad sobre sus miembros.

La principal característica de la validez del orden estatal sobre su territorio en la actual concepción estatal, se refiere al orden coactivo que ejerce en su ámbito espacial.

Existen muchas teorías que tratan del territorio como elemento constitutivo del Estado, con especial atención a la extraterritorialidad de las normas, que coloca a varios Estados frente a frente.

Para Kelsen el territorio no es otra cosa que "el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado".³¹

El territorio ha sido un concepto al cual se alude como soberanía estatal, en el sentido de que todo Estado ejerce su soberanía en un espacio geográfico, como tierra, mar territorial, mares interiores, plataforma continental, espacio aéreo, subsuelo, etc.

Estimo que sería inexplicable para el Derecho la existencia de un Estado, lato sensu, que no se erija en un lugar geográfico. Por ejemplo, a Israel se le ha llamado la nación de Israel, por el vínculo de nacionalidad que se establece entre su población, que hasta hace algunos años dejaron de ser miembros aislados, y hasta entonces formaron el Estado de Israel. Cabe hacer la mención que cuando nos referimos al término "judío" se trata de una religión, - "hebreo" es el término referido a una raza, y la nacionalidad se establece por el término "israelita".

31. Op. Cit. (1) p. 246.

No se trata de unificar conceptos y poderes por la sola existencia de un Estado en su territorio, sino que es imposible desarrollar cabalmente conceptos patrimoniales, políticos, económicos o sociales, contemplados en una estructura jurídica uniforme que dará vida al Estado interna e internacionalmente.

2.1.1.3 Gobierno.

El gobierno es la organización directiva de individuos, instituciones y órganos que rigen al Estado. Las maneras en que se organiza el Estado para dirigir a su pueblo constituyen las formas de gobierno.

Antes de hacer algunas consideraciones sobre el gobierno de un Estado, se entiende que ya existe la población, el territorio y en forma subjetiva la soberanía estatal.

El gobierno aparece como el concepto característico de la organización del Estado; éste es el todo y el gobierno representa y organiza a ese todo.

"El gobierno ha de ejercer los poderes otorgados por una Constitución".³²

32. Op. Cit. (30) p. 10 Cita Bernard Schwart. Los Poderes del Gobierno. México 1966. p. 46.

Según la definición anterior, el gobierno es el poder - constituido por el pueblo de un Estado, y su creación está sancionada por la carta fundamental del propio Estado.

Las formas en que se puede crear a un gobierno dependen del pacto establecido entre los individuos miembros del Estado y éste, relaciones contempladas por el poder constituyente.

Hablar indistintamente de Estado y gobierno crea confusiones técnicas. El Estado es la representación total con formas de gobierno que equivalen a la organización estatal, mientras que el gobierno es la expresión estrictamente referida a los poderes que organizan al Estado.

Para su funcionamiento el Estado ha organizado sus actividades asignándolas a autoridades diversas, en tres esferas: La legislativa, la ejecutiva y la judicial. La división de poderes gubernamentales puede presentarse bajo diversos sistemas políticos elegidos por decisión popular.

Formalmente el gobierno es el elemento del Estado que requiere de especial cuidado en su constitución. Descansa en normas jurídicas supremas que lo constituyen y a su vez crea otros cuerpos jurídicos para mantenerse y desarrollarse.

En un marco de Derecho Internacional, el gobierno es - "el individuo o conjunto de individuos que, en virtud de - la Constitución efectiva de un Estado, representa a éste - en relación con otros Estados, es decir, es competente para actuar en nombre del Estado en sus relaciones con la comunidad internacional".³³

Es posible que no exista identidad entre el gobierno - que dirige y el Estado que lo creó. El primer problema consiste en analizar el procedimiento en virtud del cual el - pueblo debió haber creado al Gobierno, y el segundo se encuentra en saber si ese gobierno responde a las necesidades reales del Estado.

El origen del gobierno puede ser diverso; sin embargo, ha quedado demostrado que su sola existencia crea normas - jurídicas no sólo relacionadas con su organización, sino - tendientes a la tutela de los derechos de los miembros que componen al Estado.

Si las bases gubernamentales, como en muchos casos, son producto de diferencias particulares o afinidades partidarias, sin la intervención del pueblo, la vida del gobierno puede ser efímera o quizás prolongada, para lo cual se

33. Op. Cit. (1) p. 270.

requerirá constantemente modificar o reforzar el texto fundamental, con normas que no atienden el interés público sino al grupo de personas en el poder.

2.1.1.4 Soberanía.

El significado etimológico de la palabra soberanía es, lo que está por encima de todo. "Es un producto histórico, que no fue conocido en la antigüedad porque no se dió en - entonces la oposición del poder del Estado a otros poderes".³⁴

Los significados de la soberanía son diversos, "presuponen el carácter supremo e independiente de la potestad estatal, los poderes comprendidos en esta potestad y la posición que dentro del Estado ocupa el órgano supremo de la - potestad estatal".³⁵

Su importancia como elemento constitutivo del Estado se ha planteado en el orden teórico, pero su trascendencia es práctica.

Claro está que el término soberanía ha suscitado numerosas teorías que tratan de explicar su contenido. La

34. Op. Cit. (30) p. 4. Cita Jellinek. Teoría General del Estado. Buenos Aires, Argentina. p. 539.

35. Ibidem (30). Cita Carré de Malberg. Principii di - - Diritto Costituzionale Generale. 2a. Ed. Milán 1946. p.68.

soberanía de un Estado, lato sensu, es la potestad de auto determinación, atendiendo a su organización jurídica prima ría y cumpliendo con los lineamientos que ésta establece.

Dado que la soberanía puede entrañar actos incongruen--
tes con la composición del Estado, así como el uso indis--
criminado del término, la dificultad para normar criterios
en torno a este concepto ha sido creciente en las diferen--
tes legislaciones, y más aún, su absoluto respeto y aplica--
ción.

La legitimidad jurídica del concepto fue contemplada -
por Kelsen cuando expresó que "sólo un orden normativo pue--
de ser soberano".³⁶ Considero que esta afirmación es moti--
vo de cuestionamientos, ya que la soberanía puede ser apli--
cada en otros órdenes.

La soberanía ha sido estandarte de muchos autores, que
le han dado forma en función del momento histórico que vi--
vieron, imprimiendo su concepción personal. Tal es el caso
de Juan Bodino, que concibió a la soberanía del monarca -
con una absoluta irresponsabilidad frente al pueblo. Este
es un ejemplo de la soberanía en regímenes monárquicos - -

36. Ibidem (30). Cita Kelsen. Teoría General del Derecho y
del Estado. p. 404.

absolutistas. Análogamente, y en aras soberanas, contemporáneamente se erigen Estados con "potestades soberanas".

La complejidad del concepto se hace aún más discutida - cuando Juan Jacobo Rousseau retoma el concepto de Bodino y traslada la soberanía al pueblo; esto es soberanía popular.

En el pensamiento rousseauiano observamos que se desenmascara formal y materialmente la exclusividad soberana - del monarca, abriendo la posibilidad a un régimen aún en - gestación, la democracia; el hecho de que el pueblo tenga el derecho y la obligación de elección, ya sea directa o - indirecta, de sus gobernantes o representantes, abre el ca - mino a una nueva era en materia jurídico-política; el po - der popular hacia la determinación de la directriz estatal.

Considero que la soberanía del Estado no sólo refleja - la voluntad popular de constituirse y organizarse como me - jor le convenga, sino que sólo ella hace posible la mate - rialización de modelos políticos.

El estudio de los autores que han analizado a la sobe - ranía con sus diversas modalidades, nos presenta un proble - ma más. El maestro Tena Ramírez³⁷, nos habla de la sobe - ranía en el aspecto positivo o interno y en su aspecto nega - tivo o externo.

37. Ibidem (30) p. 6.

Un profundo estudio sobre los límites del poder del Estado lo realizó Jellinek, quien expuso que existen límites autónomos, heterónomos y absolutos del poder estatal.

Si adoptamos una posición ortodoxa podemos mencionar a Kelsen, que en su pirámide constitucional ubica a la Constitución en la cúspide, negando la existencia de límites a lo establecido en ella, de ahí la amplitud del poder del Estado.

Enriquecer nuestro acervo en materia soberana y sus diversas formas de expresión, resulta saludable para quienes se apartan de la realidad social. No con esto pretendo excluir teóricamente a tan relevante elemento estatal; sin embargo, el encontrar el concepto soberanía dogmáticamente como elemento del Estado, podrá decirnos mucho de la aspiración de dicho Estado por cubrir requisitos de forma, pero no de fondo, y el fundamento primero y último es que existen Estados que se declaran soberanos y que distan de serlo, y no van más allá de grupos de individuos unidos por razón de religión, raza, etc., en un pequeño o gran espacio geográfico.

Cierto es que otorgar al Estado un poder soberano ilimitado, desconociendo la voluntad popular, nos llevaría a eliminar el término de toda aplicación, aunque se encuentre en las disposiciones del mandato legal.

Por lo expuesto, se hace necesario analizar quién ejerce la soberanía y a partir de esto, podemos tener dos posiciones:

Si la soberanía es ejercida por el Estado sin atender a la voz popular, porqué no pensar que tampoco se atendería a los límites heterónomos de los cuales nos habla Jellinek; en un caso extremo, podríamos ejemplificarlos con el pensamiento kelseniano. Un Estado absoluto desconoce modalidades soberanas, sólo existe una sola soberanía, con carácter central o unitario.

Por oposición, en los sistemas federales se pueden encontrar estados-miembros del Estado con su respectiva autonomía.

En el segundo caso, es decir, de funcionar o hacerse efectiva la soberanía popular con la elección de representantes auténticos, éstos no pondrán en peligro su representación con actos que desconozcan el pacto hecho con el pueblo. Una vez determinados los representantes, la conciencia popular ha sido depositada no para actuaciones que traigan como consecuencia una ruptura en los órdenes interno e internacional, sino por el contrario, para fortalecer dichos órdenes, y en consecuencia la voluntad popular encontrará límites para relacionarse con el resto de los Estados.

Una decisión de representantes que lesione los intereses de otro Estado, será tanto como un atentado contra la voluntad individual. Por este motivo y con el fin de mantener el armónico desarrollo de los Estados, partiendo de la voz popular que entraña el respeto a su soberanía, los Estados se encontrarán incapacitados para atentar ya sea contra la organización interna de otro Estado y se mostrarán en términos de derecho justos y equitativos, para contratar entre sí.

En este sentido, estimo que si se ha estudiado a la soberanía estatal y su importancia, se ha omitido su planteamiento en esferas particulares que constituyen una problemática estructural desde el punto de vista jurídico; esta sería otra modalidad de la soberanía.

De este modo tendríamos la presencia y variedades de soberanía según el caso. No me refiero a la presencia de potestades que coexisten en la sociedad si observan el principio de división de poderes, sino a la manifestación libre de actos que se unen a un grupo y conforman instituciones y líneas de conducta dentro y fuera del Estado.

Puesto que en la primera parte de este capítulo nos hemos referido a los elementos constitutivos del Estado, en particular al tratar el tema de la población y su

vínculo a aquél, estimo importante hacer algunas considera
ciones más específicas sobre la forma en que se organiza -
la primera y más importante célula social, la familia; con
lo que podemos tener una visión general acerca de donde es
posible vincular las normas jurídicas de derecho privado y
público; en este caso, la familia constituye el enlace - -
principal.

Al referirnos a la manifestación libre de los actos del
ser humano, cabe hacer notar que en este sentido el hombre
autodetermina su comportamiento no sólo en aspectos políti
cos, sino que inicialmente lo hace como "un núcleo de per-
sonas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza
y deriva primordialmente del hecho biológico de la genera-
ción".³⁸

En el marco del derecho de familia se han expresado nor
mas como la que establece el artículo 4º de nuestra Consti-
tución que concede la igualdad jurídica al hombre y a la -
mujer. De esta igualdad jurídica se deriva la organización
y el desarrollo de la familia protegida por la ley. Asimis
mo el artículo 130 Constitucional establece que el matrimo-
nio es un contrato civil; entonces la base legal en la

38. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa.
México 1983. Libro Tercero. Derecho de Familia. p. 425.

que se sustenta la familia es el matrimonio que la ley lo califica como contrato civil, precisamente porque su regulación está contenida en el orden civil y forma parte importante del estado civil de las personas.

El estado civil de una persona se constituye por los vínculos que unen a los miembros de la familia unidos por el parentesco, concepto del cual derivan derechos y obligaciones.

Si analizamos el término estado civil, y los derechos y obligaciones derivadas del parentesco familiar, podemos concluir que el parentesco determina la forma en que un individuo está en condiciones civiles para ser parte integrante del Estado; si su estado civil no es el apropiado, su participación en esferas de otra índole o en relaciones de derecho público, estará supeditada a la resolución en primera instancia de su papel en el plano familiar.

El régimen patriarcal monogámico en Roma organizado bajo la autoridad del paterfamilias, constituyó una unidad religiosa, política y social apoyada en la agnación o parentesco civil; además la principal característica que debe tener la unión de hombre y mujer es la vida en común. Ya desde esa época la familia se presentó como parte integrante del Estado.

En su evolución, la familia se ha ubicado en estructuras institucionales del Estado; su concepción en la Edad Media tuvo categoría de sacramento; para los germanos tuvo un sentido estricto en relación a sus miembros, mientras que en España la familia gentilicia tiene un concepto más amplio.

Actualmente la familia está compuesta por los progenitores y su prole. Sus fundamentos básicos son la permanencia, la ayuda mutua, la asistencia y la cohabitación.

El maestro Galindo Garfias, en su obra citada, enuncia cinco causas que han propiciado la disgregación del grupo familiar, las cuales tienen una íntima relación con la situación general del Estado:

La primera causa es la dispersión de los miembros de la familia por necesidades de trabajo o por razones de convivencia personal.

La segunda, es la inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.

La tercera es la falta de viviendas suficientes.

La cuarta es el control de la natalidad; sólo en cuanto tienda a eludir las responsabilidades inherentes a la paternidad y a la maternidad.

Y por último la insuficiencia de los recursos que puede obtener el jefe de familia.

Junto a las causas anteriores, el desvío y la carencia de los fundamentos morales que deben presidir las relaciones domésticas, traen como consecuencia la pérdida de todo valor del individuo en sí mismo y en su papel que debe desempeñar como miembro de la sociedad.

Estimo que no es posible afirmar que un individuo se encuentra en condiciones de participar y definir el rumbo del Estado: primero, como se ha dicho, si no se le concede este derecho, y, segundo, si su condición familiar no es la apropiada o está viciada de alguna de las causas enunciadas, o de alguna otra, esto le creará conflictos en todos los órdenes.

Dichos órdenes, como se expresó en la presentación de este trabajo, están reglamentados por las distintas disciplinas jurídicas, cuya misión es la solución de los conflictos de intereses, incluyendo aquí a la seguridad social.

"La seguridad social es una necesidad en presencia de la imposibilidad en que se encuentra la familia moderna de garantizar la seguridad de sus miembros. La función de

la seguridad social, lo mismo que la del Estado, no es sustituir a la familia, sino ayudarla a cumplir su misión".³⁹

La familia como institución jurídica forma al Estado, - el cual le debe protección, de aquí su intervención en - - asuntos de familia:

"Hoy en día, el derecho interfiere profundamente en la organización y funcionamiento de la familia. Puesto que - esta es una institución fundamental, el Estado tiene interés o debe tenerlo, en el sano desarrollo y conservación - de la familia, prestando, cuando sea necesario, su autoridad y auxilio para fortalecer al grupo familiar".⁴⁰

Cierto es que el concepto de derecho público atañe a - las relaciones del Estado y de éste con los particulares, y no obstante al hablar de la familia como una institución de orden público, se trata de conceptos diferentes pero - precisamente por tener la familia este carácter, sus problemas trascienden a la composición de la sociedad; ahora bien, sin confundir que las medidas legales que se puedan tomar, se dirigen a la regulación de las relaciones familiares contenidas en el Derecho de Familia, su

39. Ibidem (38) p. 433. Cita José Castán Tobeñas. Familia y Propiedad. Madrid, 1956. p. 30.

40. Ibidem (38) p. 434.

importancia cruza fronteras y así se ubica en planos regulados no sólo por normas de derecho privado sino también - de derecho público. Hasta aquí por lo que se refiere a las relaciones que van de la familia a la sociedad; sin embargo, las medidas que puedan tomarse de la sociedad dirigidas a la familia pueden resultar muy eficaces considerando que en este caso existiría el apoyo pleno de normas emanadas del derecho público.

Por qué, si en los comicios donde están en juego candidatos y asuntos de gobierno, no se someten a consideración aspectos familiares tendientes a su mejoramiento con base en el acuerdo general de los individuos, que si bien forman al Estado, antes que a este forman una familia.

Aunque las relaciones que se derivan de las relaciones familiares se adscriben al estado civil de las personas al través del matrimonio, no implica que se descarte la posible regulación de los asuntos familiares en la competencia federal, tratando de ser lo más selectivos posible a fin - de darles este carácter a aquéllos problemas que atañen al papel social de esta célula.

Así la representación tendrá implícito un doble carácter, los intereses familiares como intereses sociales, y los intereses propios de la designación para el ejercicio

de facultades otorgadas por el pueblo. En este caso es preciso tener el consenso general, y cubrir los requisitos indispensables de la auténtica representación (requisitos que se enunciarán en la segunda parte de este capítulo); la falta de alguno de los requisitos a los cuales se hará mención, basta para que nuestro modelo pierda todo sentido y utilidad.

Si atendemos a los fines sociales de la familia, como son la integración de sus miembros entre otros, o forma integral del individuo, como la llama Antonio Cicú⁴¹, sus fines están orientados a aspectos generales, en su sentido más amplio, es decir, a normar su conducta dentro y fuera de la familia, y a evitar la disgregación de este grupo social.

En la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal*, se expresa la necesidad de vincular a las relaciones entre los particulares con la sociedad: "Es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el derecho civil deba ocuparse exclusivamente de las relaciones entre los particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones

41. Ibidem (38) p. 436. Cita Antonio Cicú. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina 1947. p. 110.

* Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa. México 1986. p. 8.

deban ser reguladas únicamente en interés de quienes las -
contraen". En este orden no se exceptúa a la familia como
parte de la sociedad.

Además de poner en relieve el papel social de la fami--
lia, estimo que también es de importancia hacer mención de
los asuntos de contenido patrimonial que repercuten en las
relaciones sociales. Las controversias que traen implícito
un carácter patrimonial por lo general ponen en conflicto
intereses vinculados a la familia y al grupo social.

Más aún cuando dichos conflictos se presentan en el or--
den internacional, se ponen en juego conceptos que consti--
tuyen el fundamento del Estado. (A los cuales nos referi--
mos al inicio de este subtema: población, territorio, go--
bierno y soberanía).

Las controversias de carácter patrimonial que se presen--
tan entre particulares de distintos Estados, crean la nece--
sidad de poner en práctica procedimientos jurídicos capa--
ces de darles solución. A partir de esta consideración que
constituye uno de los fundamentos para proponer al Arbitra--
je Internacional como un método para la solución de conflic--
tos entre los nacionales de diferentes Estados, se analiza--
rá su contenido considerando todos los conceptos a los que
hasta ahora se ha hecho mención.

En general este análisis contiene a los elementos que influyen para la creación de una ley; esto es, la consideración inicial del individuo a quien en forma particular la ley da o no solución a un conflicto que se deriva de su orden primario o familiar; a su vez la integración del propio individuo como componente del grupo social o a la población del Estado, distinguiéndolo con el status de ciudadanía; a su vez, dicha población ocupa un lugar geográfico en el cual el Estado ejerce su jurisdicción (y hasta donde se extiende en el campo internacional) al través de mecanismos jurídicos que organizan al Estado definibles como Gobierno. Finalmente la problemática que presenta toda esta secuela es determinante para definir los términos en los que debe conducirse el Estado en atención a su soberanía que ejerce como tal dentro y fuera de su jurisdicción. Dicha conducción deberá tender, en primera instancia, a solucionar los problemas inherentes a la naturaleza propia de las relaciones interestatales, y en particular de los nacionales de los Estados, que en un conflicto de este orden se ponen frente a frente las propias soberanías estatales al través de sus nacionales.

Todo este planteamiento se ha considerado tomando como marco los beneficios o dificultades que ofrece la estructura federal, sistema que ordena al Estado en su régimen interior. La evaluación final se obtendrá a partir de todas estas consideraciones, su interdependencia y trascendencia en órdenes internacionales.

2.2 Sistemas Políticos que puede adoptar un Estado bajo un régimen de división de Poderes.

La separación de poderes en los sistemas jurídicos actuales, es generalmente observado por las conveniencias que ofrece en el ejercicio del poder.

La modalidad que presentan las actividades gubernamentales en distintas esferas, ya sea ejecutiva, legislativa o judicial, es variada según el sistema político que observe el Estado.

Dentro de la atribución de facultades que organiza el Estado, en concreto el Gobierno del Estado, el ejercicio de esas facultades puede presentarse en formas distintas según el marco general jurídico-político que posee; en esta forma, podemos hallar no una, sino un sinnúmero de formas por las cuales se ejercen atribuciones derivadas del poder estatal; es pertinente considerar que pueden darse dos o más modalidades juntas en el ejercicio de facultades, sin embargo, este análisis se refiere en particular a la atribución de facultades, primero, en su aspecto general, y después su aplicación en sistemas federales.

2.2.1 Sistema Representativo.

El sistema representativo ha sido el más característico de los sistemas democráticos actuales; entre otros motivos

por el crecimiento poblacional, el Estado se ha visto precisado a organizar una forma adecuada para el ejercicio del mandato popular.

En nuestro derecho, el artículo 40 Constitucional establece como forma de gobierno el régimen representativo, o designación que hace el pueblo de sus representantes. A diferencia del gobierno directo, la designación de mandatarios puede hacerse con una elección directa, como el caso de la elección de los miembros del Congreso.

En este sistema la función gubernamental es transferida por los ciudadanos, organizados en Asamblea Popular (que en este caso si se establece la democracia directa), a órganos especiales.

La doctrina ha sostenido que el sistema representativo sólo tiene este carácter cuando en sus funciones se refleja la voluntad popular, entonces el método de selección es distinto de la elección popular.

Es preciso que el representante se encuentre jurídicamente obligado a ejecutar la voluntad del representado, con el poder de éste para remover al representante. Se han previsto procedimientos para la remoción de representantes que no ejecuten su mandato conforme a lo pactado con el

pueblo; sin embargo, por oposición a estos procedimientos se encuentran otros quizás más eficaces que procuran su permanencia.

En el sistema representativo, el sistema electoral es decisivo, en donde el sufragio debe tener carácter universal, por oposición al voto plural.

Entre las acepciones que tiene la representación, tenemos la que se refiere a la designación de capacidades, al mandato o delegación de poderes, y por último a la representación de voluntades. En estos tres casos debemos suponer la legalidad del acto, y en particular la teoría del mandato parte del principio de soberanía popular.

Dada la importancia de la representación, su fundamento legal, como se dijo antes, debe ser el procedimiento electoral que se establece en la Constitución; el presupuesto que se establece en el ordenamiento positivo es básico para el ejercicio de la representación; de esta forma se evita que la representación sea un acto que se funde en la de ci si ón de una cámara legislativa.

Considero que los tres rasgos fundamentales que debe tener la representación, (a los cuales se aludió como requisitos en las consideraciones relativas a la familia)

son: la relación concreta que se establece con la colectividad, la responsabilidad política ante ella, y la renovación periódica.

Otras nociones que ha tenido la representación es la referente a la representación de intereses particulares (generalmente profesionales o de grupo) o la representación orgánica o institucional, en la cual no se recurre a procedimientos electorales.

El primer caso, la representación de intereses particulares consiste en incluir en la cámara a varios grupos sociales, limitada generalmente a segundas cámaras. En este caso la esencia de la representación se desvanece, ya que si partimos del mandato popular (al través del voto), la representación se limita únicamente a intereses clasistas que procuran beneficios particulares.

La representación orgánica o institucional, se refiere a miembros consultivos que prescinden de todo procedimiento electoral; generalmente se trata de componentes calificados de distintos grupos sociales que pretenden interpretar las necesidades generales. Quizás en este cuerpo de representantes por su conocimiento de situaciones reales, se deba el inicio de muchos proyectos de ley tendientes a la solución de la problemática social al través del establecimiento de la norma.

Puede parecer que tanto la representación de intereses particulares o la representación orgánica o institucional limitan el verdadero sentido de la representación, sin embargo, si su análisis se plantea como la representación de una mayoría al través de un organismo como éstos, el sentido cambia.

El derecho al voto unido a un organismo que auxilie y - complemente al primero, es la idea expuesta por John C. - Calhoun⁴², cuando trata en su obra la estructura y funcionamiento del gobierno; con esas dos premisas se evitaría - el abuso del poder.

Para él, la Doctrina de la Mayoría Concurrente constituye un método para resolver la inseguridad de la minoría, - al través del equilibrio entre ésta y la mayoría. Así, esta doctrina viene a ser el segundo método, después del sufragio, para evitar el desequilibrio del poder y los abusos de éste por parte del gobierno; entonces para Calhoun, la mayoría concurrente significa "tomar por separado el - sentido de cada interés o porción de la comunidad que puede ser injusta y perjudicialmente afectada por la acción - del gobierno, al través de su propia mayoría".⁴³

42. Calhoun, John C. Disquisición sobre el gobierno y - -
selecciones de la disertación. Herrero Hermanos, -
Sucesores, S.A. Editores. Trad. Francisco González -
Arámburu. México, mayo 1965.

43. Ibidem (42) pp. 31 y ss.

La parte adjetiva de esta doctrina, consiste en que cada mayoría seccional o cada mayoría de interés principal - tuviese poder constitucional de vetar actos del gobierno - federal, (el autor habla en el marco de un gobierno federal, porque recordemos que su vida y obra se inspiró en el naciente Estado federal norteamericano) que representase a la mayoría numérica. Así la mayoría seccional actuaría con concurrentemente con una mayoría numérica, donde la primera - anularía actos de la segunda; de ahí el equilibrio en las decisiones gubernativas.

Entonces en la medida en que la representación orgánica o institucional o bien la representación de intereses particulares tengan implícitos la voz de una mayoría numérica y de interés común, funcionaría el principio de la representación lo más general y uniforme posible. Sin embargo, como sostiene el autor, basta con que esa representación - de la voz concurrente no contenga el parecer de la mayoría, el modelo perdería sentido, y se estaría únicamente a lo - que revelen las urnas electorales.

Estimo que la representación es el único sistema capaz de contemplar por su naturaleza, principios democráticos y de soberanía popular, claro, primero dándole valor al sufragio; con la división de poderes, el sistema legislativo debe estar dotado de instrumentos legales que precisen la

forma de elección, que es variable según el sistema y forma de organización general del Estado; tratándose de un sistema federal, la representación queda asegurada en el Estado Federal siempre y cuando se observe el procedimiento previsto para ello, así también como en las legislaturas locales; la representación, lato sensu, como parte de un sistema democrático es el método por el cual se materializa el derecho al sufragio con el cual se plasma el sentir político que ha de conducir al Estado.

2.2.2 Sistema Demócrata.

El sistema de democracia consiste en el reconocimiento de que todo poder público dimana del pueblo. Este sistema se ha identificado con el liberalismo político, del cual Kelsen señala: "Políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa".⁴⁴

Por oposición a los Estados con sistema democrático, se encuentran los Estados autoritarios. En los Estados de democracia clásica como los llama Biscaretti di Ruffia⁴⁵, su característica esencial es el autogobierno, con base

44. Op. Cit. (30) p. 90. Cita. Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. p. 298.

45. Op. Cit. (29) pp. 226 y ss.

en la identidad entre gobernantes y gobernados, reconociendo la esfera de libertad individual, así como la garantía de los derechos inviolables del hombre.

En este sistema la presencia del gobierno de la mayoría (sufragio universal) al través de Asambleas Legislativas - electivas, constituye su pieza fundamental, por tanto no se identifica con el individualismo.

Las formas de gobierno que pueden establecerse en los Estados de democracia clásica generalmente se obtienen de la combinación de tres criterios: por el número de gobernantes, por el carácter representativo o no del Jefe de Estado y por la competencia para fijar la orientación política general.

En los Estados Unidos de Norteamérica la concepción republicana y demócrata ha sido claramente diferenciada; por virtud de una república se aplican los razonamientos jurídicos de la segunda.

La característica fundamental del sistema demócrata consiste en que el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente. De aquí que este sistema tenga aplicación en un pequeño espacio geográfico.

Por la idea anterior, el sistema demócrata tiene un límite natural, se cuantifica a partir de la distancia que existe del punto central que permite a los ciudadanos alejados de ese centro, reunirse según las necesidades de las funciones públicas.

La concepción anterior del sistema demócrata ha sufrido cambios que han de ajustarse a los actuales modelos estatales; sin embargo, se ha hecho mención de algunas de sus características esenciales.

2.2.3 Sistema Republicano

El sistema republicano se ha distinguido por el carácter temporal de la jefatura del Estado, es decir, no es vitalicia y se sujeta a renovación periódica; por oposición, en el sistema monárquico el jefe del Estado es vitalicio.

Se ha dicho que la república es el sistema que más se vincula con la democracia. Si nos referimos a la periodicidad del mandato, en el sistema republicano se establece el derecho popular para la elección de gobernantes en el período establecido por la Constitución.

Del estudio de las formas de gobierno que pueden adoptar los Estados de democracia clásica, se encuentra la forma constitucional pura republicana con carácter

presidencialista, la constitucional parlamentaria republicana y la constitucional directorial, generalmente republicana.

En el gobierno constitucional puro republicano denominada usualmente presidencialista, el Presidente de la República es jefe de Estado y jefe de Gobierno, así como jefe del partido político mayoritario en el país.

Estimo que en sistema republicano, el principio de división de poderes es claro, así como el concepto de representación.

Los primeros artículos de la Constitución Norteamericana se refieren al poder ejecutivo y sus funciones; el poder legislativo es bicameral, y el poder judicial federal se constituye por jueces que nombre el presidente.

El ejemplo clásico de la forma constitucional parlamentaria republicana es de tipo inglés, desarrollado principalmente después de la caída de los Estuardo.

Los Estados con sistema directorial tienen por ejemplo en Suiza, un jefe de Estado republicano colegiado; las cámaras se reúnen en Asamblea Federal, este sistema bicameral se constituye por el Consejo Nacional y por el Consejo

de Estado; el poder judicial está representado por el Tribunal Federal, y sus miembros son elegidos por las cámaras. (Nos hemos referido al sistema suizo, ya que este país junto con Estados Unidos de Norteamérica y Alemania, han sido considerados como los pioneros del sistema federal).

Estos son algunos ejemplos de las formas que bajo un sistema republicano pueden adoptar los Estados de democracia clásica.

"La República es el gobierno que deriva de todos los poderes directa o indirectamente de la gran masa del pueblo, y que se administra por personas que conservan sus cargos a voluntad de aquél durante un período limitado o mientras observan buena conducta".⁴⁶

Del concepto anterior se observa la esencia de la representación: el derecho de remoción a cargo del pueblo o representado.

Junto al concepto de república, se encuentra el sistema federal, que se analizará en el punto siguiente; sin embargo, para entender la idea de república en Norteamérica, anticiparemos que para ellos la forma federal considera la

46. Op. Cit. (27) p. 159.

unión como una Confederación de Estados soberanos según la propuesta de la Constitución hecha al pueblo; esta aclaración se hace en el sentido de que el documento anterior a la Constitución, "Los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua", establece de hecho, una nueva organización, aunque a los términos federal y confederación se les da el mismo sentido, con apoyo en que la confederación estaba compuesta por estados libres e independientes, características que no perdieron al constituirse en Estado Federal.

La primera consideración del sistema republicano es establecer a dicho sistema en la Constitución con la ratificación del pueblo; dicha ratificación será expresada por individuos componentes de varios Estados independientes entre sí; por tal, este acto da el carácter federal tanto al sistema como a la Constitución.

Por ejemplo, la ratificación a la Constitución Norteamericana con características federal y republicano, se presentó en tres formas:

"Primero, en su carácter confederado al través del Congreso, después en su carácter individual como Estados separados, al través de sus respectivos gobiernos estatales a los cuales el Congreso lo refirió; y finalmente, en su supremo carácter de comunidades soberanas e independientes

al través de una Convención del pueblo convocada en cada Estado por la autoridad de su gobierno".⁴⁷

Así nació el sistema republicano, al través del pacto federal suscrito por todos los Estados-miembros. Cabe aclarar que para que exista el sistema republicano deben existir conceptos y circunstancias previas que permitan su establecimiento.

2.3 El Sistema Federal y sus características.

La organización federal que puede adoptar un Estado, requiere en primer lugar la división política de éste, de la cual resultan las entidades federativas. "El estado federal se presenta como un ordenamiento jurídico estatal dentro del cual están comprendidos varios estados menores (llamados Estados-miembros) puestos entre sí en una posición de paridad genérica y calificados por una soberanía meramente interna".⁴⁸

Así, cada Estado-miembro debe estar compuesto de su población territorio y gobierno propios; su ordenamiento deberá ser originario (en relación con su entidad) lo

47. Op. Cit. (42) p. 102.

48. Op. Cit. (29) p. 608.

que permite la independencia en sus esferas del gobierno federal y de los gobiernos locales.

La participación de cada Estado en los asuntos de gobierno, es la característica básica del sistema federal. - Esta idea nos recuerda el derecho que tiene cada Estado de nulificar el pacto federal, o conocido como derecho de - - secesión o derecho de anulación al cual se hará referencia posteriormente.

Es preciso hacer notar que el precedente del sistema federal se encuentra en la Confederación, de la cual tenemos algunos ejemplos, como la Confederación Norteamericana, o la Confederación de Alemania del Norte.

La Confederación, a diferencia de la Federación, es "la comunidad parcial constituida por el orden jurídico central".⁴⁹

La Federación es un sistema por el cual se organiza un Estado estableciendo formas de organización que permitan la participación de los Estados-miembros en los asuntos de gobierno, de la cual deriva su soberanía y la intervención del Estado Federal que norma las relaciones entre ellos.

49. Op. Cit. (30) p. 125. Cita. Hans Kelsen. Teoría - - General de Derecho y del Estado. p. 334.

A continuación se mencionan algunos de los presupuestos para la formación de un Estado Federal:

Primero, la distribución de competencias que debe ser - uniforme en todas las constituciones de los Estados-miembros.

Segundo, la negativa al derecho de secesión, ya que con éste se quebranta el principio del sistema federal; no obstante, los Estados-miembros pueden pactar acuerdos de derecho público federal.

Tercero, los Estados-miembros gozan de independencia jurídica y tienen representación en el poder legislativo federal. En este renglón, cabe hacer notar que las atribuciones legislativas entre el gobierno federal y los locales - son muy detalladas, según el concepto que se tenga de las distintas facultades. (A las cuales se hará referencia en el punto cuatro de este Capítulo).

Según lo anterior, los Estados-miembros en nuestro sistema y en el sistema norteamericano poseen las facultades residuales. Con base en esta idea, se desprenden dos posiciones:

- 1) El reparto horizontal de competencias legislativas, que contempla dos posibilidades: en la primera se enumeran

las materias de competencia federal, y en la segunda se enumeran las materias de competencia del Estado-miembro.

2) El reparto vertical, en donde en una misma materia se confiere parte al Estado Federal y parte a los Estados-miembros:

Un amplio estudio del sistema federal, y de las clases de facultades que tienen aplicación práctica, se presentan en la obra "El Federalista", asimismo los comentarios a la Constitución Norteamericana hechos en esta obra así como - los elaborados por Alexis de Tocqueville⁵⁰ enriquecen su cuerpo y nos facilitan su interpretación.

A continuación se presenta un resumen⁵¹ que estimo de - utilidad ya que contempla la evolución e importantes características del sistema federal.

El sistema federal bajo la concepción de varios autores ha sido diverso. Primero se ha planteado la tesis de la soberanía de Alexis de Tocqueville expuesta en su obra "La

50. Alexis de Tocqueville. La Democracia en América. (1835). Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires, 1963.

51. Clase Derecho Constitucional. Prof. Lic. Carlos Díaz de León. 29 de agosto de 1985. Universidad Nacional Autónoma de México. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán. Escuela de Derecho. Acatlán, Estado de México.

Democracia en América". La tesis de la "Teoría de la Nulificación" que difundió el jurista norteamericano Calhoun. (El sistema federal también fue motivo de estudio en las obras de Kelsen y Jellinek, citadas con anterioridad).

La tesis de la unidad del derecho ha dicho que los Estados-miembros son únicamente entidades territoriales sólo - cuantitativamente y no cualitativamente; según esta tesis y la exclusión que hace de la participación del Estado-miembro como componente de cualidad en la Federación, es preciso establecer las características de las unidades componentes del Estado Federal que nos llevan al cuestionamiento - de que si en los Estados-miembros se ejerce o no la soberanía del pueblo, como estados soberanos, o simplemente se - presentan como entes autónomos frente al Estado Federal. Dichas características son las siguientes:

- 1) El ejercicio de la soberanía por dos poderes constituidos.
- 2) La existencia de dos ordenamientos legales fundamentales. (La Constitución Federal y las constituciones locales).
- 3) Distribución de Competencias. (Principio de Numeración de Competencias).

- 4) Distribución equitativa de las fuentes de ingreso.
- 5) Intervención de las entidades federativas en el procedimiento de enmienda constitucional.
- 6) Participación de las entidades componentes en la elaboración o formulación del derecho federal.
- 7) Existencia de una Suprema Corte Federal.
- 8) Existencia de un Senado Federal.
- 9) Determinación del lugar de residencia o radicación de los poderes federales, es decir, un Distrito Federal.

Según las características anteriores, podemos relacionar el punto uno y tres según el cuadro de competencias ya sea por los poderes federales o locales.

Con anterioridad se hizo referencia a la novedad que presenta la Constitución Norteamericana en la cual coexisten dos poderes (federal y local); Tocqueville expresó en su obra citada: "En Norteamérica existen dos Estados que

compiten y ejercen funciones armoniosamente".⁵² Lo importante de esta definición es determinar objetivamente en qué forma se ejercen dichas funciones. Esta característica es el resultado de tres posibilidades:

Primera, la determinación de competencias federales, - asimismo la determinación de competencias locales.

Segunda, la determinación de competencias federales y lo no previsto reservado a los Estados. (Aquí se establecen facultades expresas para la Federación).

Tercera, a la inversa de la segunda, la determinación de competencias locales y lo no previsto reservado a la Federación.

Claramente se observa que tanto nuestro sistema como el sistema norteamericano se adhieren a la segunda posibilidad; así el estado federal nace como resultado de la delegación o transmisión de competencias bien determinadas, - que bajo la calificación de interés común y beneficio colectivo, los estados accedieron a transmitir al poder federal su soberanía; esta decisión local de delegar funciones o competencias al poder federal constituye el concepto

52. Op. Cit. (50) 1a. parte.

de Federación, que bajo otra interpretación es un pacto - que realizan los Estados-miembros con el Estado Federal.

En esta forma, el poder federal no tiene más competencia que el conjunto de facultades que los estados han delegado por interés y beneficio común. (Esta idea constituye una acepción de la interpretación que puede darse al pacto que realizan los Estados-miembros con el poder federal; - por ese pacto la organización y competencia de la entidad componente queda supeditada a lo que determine en primera instancia el poder federal).

Si regresamos a la evolución del sistema federal, la Teoría de la co-soberanía corresponde a la segunda posibilidad (enunciadas en la página anterior) en la cual se define la competencia federal y lo no previsto se reserva a los estados.

La Teoría de la Nulificación desarrollada por Calhoun⁵³ pretende justificar el motivo de la guerra de secesión norteamericana que después de setenta años de historia del sistema federal, siete estados sureños se pronuncian por la decisión de reasumir su soberanía frente al sistema federal. El principal punto de debate es el aspecto fiscal,

53. Op. Cit. (42) 1a. parte.

donde el poder legislativo federal posee facultades para expedir leyes en toda la Unión.

Hasta aquí por lo que se refiere a la cita hecha al Curso de Derecho Constitucional, con algunos comentarios adicionales sin perjuicio de modificar su contenido, sino a manera de ampliar algunas ideas.

Para Jellinek la característica principal del Estado Federal, es la intervención de los Estados-miembros en la formulación del derecho federal.

Para Kelsen todo Estado Federal debe tener tres características: primera, la existencia de una constitución que lo reconozca; segunda, la existencia de un orden jurídico vigente en la totalidad del territorio, y tercera, la existencia de un conjunto de órdenes jurídicos parciales, territorialmente.

La ley fundamental establece las reglas de organización y funcionamiento de la entidad federativa, así como el respeto a la organización y funcionamiento de cada una de ellas.

A la Federación por lo general quedan reservadas atribuciones que vienen a ser una garantía para los

Estados-miembros, como la protección contra toda invasión o trastorno de la entidad federativa y la responsabilidad de que cada entidad sea soberana en su jurisdicción.

Asimismo, la Federación se ha reservado actividades como la emisión de la moneda, la celebración de tratados internacionales, poseer ejército, la recaudación fiscal, etc.

No obstante las facultades expresas en favor de la Federación, la participación de los Estados-miembros en el derecho federal o facultad para iniciar leyes se encuentra consagrada en nuestro derecho en el artículo 71 fracción III de la Constitución.

2.3.1 Concepto de Federación.

El término federación resulta de la unión de estados federales que se organizan bajo este sistema, es decir, contiene a todos los estados miembros del Estado Federal.

Según el pensamiento de Kelsen, "El Estado federal presenta un grado de descentralización que es todavía compatible con una comunidad jurídica constituida por el derecho nacional".⁵⁴

54. Op. Cit. (1) p. 376.

Estimo que en términos de Estado federal no podemos hablar de una descentralización de facultades o poderes, ya que el solo hecho de existir estados-federales-miembros, - se entiende su carácter soberano para organizarse internamente, con la debida transferencia en favor de la Federación.

Como se dijo, una de las características del Estado federal es la participación de los Estados-miembros en la creación del derecho federal; por oposición a esta idea, - Kelsen sostiene que las leyes federales son creadas por un órgano legislativo, mientras que los órganos legislativos locales crean su propio derecho. Esta idea se contradice con el hecho de la participación de todos los Estados-miembros en el Congreso Federal.

Hans Kelsen indica que "las normas centrales forman un orden jurídico central, por el que se constituye una comunidad jurídica parcial que comprende a todos los individuos que residen en la totalidad del territorio del Estado Federal. Esta comunidad parcial constituida por el orden jurídico central es la Federación."⁵⁵

Bajo este concepto, cada individuo pertenece, simultáneamente, a un Estado-miembro y a la Federación, en

55. Ibidem (1) p. 376.

otras palabras, al Estado federal. (Ver cita número 16, página 48).

En esta forma el Estado Federal se constituye por la Federación (que es una comunidad jurídica central) y por los Estados-miembros. En el aspecto formal, la Constitución de la Federación es la Constitución Federal y simultáneamente incluye entre sus ordenamientos el derecho de los Estados-miembros a darse su propia Constitución.

Una de las características básicas de la Federación es su organización legislativa, que responde al sistema federal; se constituye de dos cámaras, la primera cámara de Diputados o popular, se constituye por miembros elegidos por todo el Estado federal. La segunda cámara o Senado, se compone por la representación de los Estados-miembros en forma igual, independientemente de la amplitud del territorio o del número de habitantes de cada Estado. Esta igualdad se encuentra en el principio de la igualdad de los Estados.

En los Estados Federales la competencia legislativa, judicial y administrativa se encuentra dividida entre la Federación y los Estados-miembros. Sin embargo, la Federación como se ha dicho, se reserva asuntos como marina, armada, la conclusión de tratados internacionales, etc. En el campo económico, la Federación también se reserva el

derecho para imponer y cobrar contribuciones, con el fin de cubrir los gastos de la actividad estatal.

Cabe hacer la distinción entre Federación y Confederación; ésta es una comunidad organizada de Estados y su Constitución es válida en el territorio de todos los Estados de tal comunidad.

Sobre aspectos judiciales y de política exterior, en la Confederación la competencia judicial establece un tribunal central con carácter de Consejo, por ejemplo, en el campo internacional, el Consejo de la Liga de Naciones. En política exterior o asuntos militares la participación de los Estados-miembros de la Confederación es ilimitada. No existe centralización del poder ejecutivo, por tanto algún conflicto entre los Estados-miembros implica un conflicto dentro de la comunidad. Esto no sucede en los Estados Federales sobre la posible relación que puedan tener sus Estados-miembros en política exterior; el poder ejecutivo representa los intereses de los entes territoriales (previo procedimiento legislativo).

Como se observa, la Confederación constituye una unión relativa entre Estados, ya que la facultad de actuar en forma ilimitada en algunos casos por parte de algún Estado-miembro, puede ocasionar problemas para todos los

Estados. Mientras que en el Estado Federal se engloban con ceptos de unión, otorgando concesiones a sus partes componentes, pero reservándose asuntos propios de la participación de un Estado a nivel internacional, por tanto algún - acto de esta índole, no lesiona los intereses generales.

2.3.2 La Suscripción del Pacto Federal. El Pacto Federal del Imperio Alemán de 1871.

Para efectuar el análisis sobre la suscripción del pacto federal alemán de 1871, es preciso hacer algunas referencias históricas⁵⁶ del pueblo alemán que infieren en la suscripción de dicho pacto, sus características y condiciones bajo las cuales se efectuó, así como el concepto de unión derivado del mismo.

Las concepciones sobre la organización del Estado que imperaban en Alemania en el siglo XVIII estaban basadas en el romanticismo; para entonces la concepción que se tenía del Estado no equivalía a una construcción artificial creada por el consenso de individuos, sino que consideraban que su formación se encontraba en pequeñas células; así, la familia adquiere un significado especial para la

56. Referencias históricas de la obra "Historia de Alemania", de Robert-Hermann Tenbrock. Max Hueber-München. Ferdinand Schöningh-Paderborn, 1968. Trad. Francisco Equiagaray Bohigas. Instituto Cultural Goethe. México, D. F.

estructura del Estado, es decir, esas pequeñas células son familias.

Una de las obras representativas de este período es "La Filosofía del Derecho" de Julius Stahl; en dicha obra impuere la idea del origen del Estado como divino. Esta ideología observada por los prusianos y alemanes en general, tuvo mucha eficacia política; sin embargo, hacia 1815 se desarrolló el movimiento liberal con miras a la formación de un estado nacional con carácter de república liberal democrática.

El desarrollo industrial en Alemania en el siglo XIX provoca cambios significativos en las estructuras económicas y políticas, ya que algunos grupos sociales proponían modificaciones a la "Confederación Germánica", organización inicial bajo la cual se unieron los estados alemanes; dichos cambios aludían al logro de una unidad económica al proponer la supresión de las aduanas interiores. El más destacado precursor de este movimiento fue Friedrich List. Así en 1834 bajo la dirección de Prusia, se estableció la "Unidad Aduanera Alemana" que comprendía a todos los estados alemanes. No obstante, con la nueva política económica alemana hubo descontentos sociales donde Prusia encabezó la iniciativa de reformas.

Por lo que se refiere a los pensadores alemanes de la época, Karl-Heinrich Marx revolucionó doctrinas con su nuevo socialismo científico, base del sistema económico que proponía. Sobre su doctrina es preciso hacer referencia al pensamiento de Hegel inspirado en la forma económica inglesa. Una de las frases que caracterizan al pensamiento marxista es: "No es la conciencia del hombre lo que determina su ser, sino su ser social quien determina su conciencia".

Así, para Marx el Estado constituye el medio de expresión del dominio de una clase sobre otra. El pensamiento marxista no ha pasado por alto en Estados actuales, ya que desde entonces se han suscitado una serie de acontecimientos de carácter social con tendencia marxista; por ejemplo, la sublevación de junio de 1848 en París, de carácter comunista, refleja la proliferación y la adhesión a las ideas marxistas. Esto debilitó la fuerza de las clases sociales acomodadas, quienes vieron en el Estado a su aliado principal.

La concepción del Estado en la doctrina marxista reduce al derecho a una mera proyección supraestructural de la base económica, por tanto, para este autor el derecho no tiene razón de ser al igual que el Estado; propone el cambio social mediante un movimiento violento. No obstante

esta corriente de pensamiento, en Alemania se mantenía la firme convicción de fortaleza y de expansión territorial.

En 1840 con el arribo al poder de Federico Guillermo IV, sucesor de su padre Federico Guillermo III, el gobierno prusiano contempla una perspectiva de unidad y de consolidación, pese a los brotes revolucionarios que se vivían en Alemania; recordemos que a ese año se le conoció como el "año de las revoluciones". Sin embargo, el origen real de este emperador, procuraba la creación de una constitución sin frenos al poder real; en esta forma se inicia el conflicto entre la Corona y la representación estamental, que culmina con el llamado que hace la realeza a los estamentos prusianos como "Dieta Territorial Unificada de la Monarquía". Mientras tanto, Austria era expulsada de la Unión Aduanera Germánica, lo que debilitó su economía.

En 1848 los movimientos revolucionarios franceses motivan en Alemania la demanda de un Parlamento alemán. El inicio de los movimientos revolucionarios alemanes tuvieron lugar en Viena contra Metternich; por tanto, la sede del gobierno se traslada a Innsbruck.

Dichos movimientos pretendían un régimen constitucional. Así, cincuenta representantes de dicho movimiento se

reúnen en Francfort con el fin de preparar una Asamblea Nacional de carácter constitucional, sancionada por la Dieta Federal; a esta reunión se le conoció como "El Parlamento de Francfort", elegido por sufragio libre. Como regente provisional del Imperio se eligió a Juan de Austria. Este acto fue una parte de la formación del Imperio Alemán, ya que aún no existía la decisión definitiva de los Estados-miembros a renunciar a su soberanía en favor del nuevo Imperio. El óbice radicaba en los puntos de extensión del poder imperial y la distribución de competencias; sobre estas cuestiones Austria presentó negativas. (Según esta reserva, evoquemos la suscripción el pacto de unión en Norteamérica, al cual hubo objeciones por parte de los Estados-miembros para determinar la extensión que tendría el poder de la Federación, así como la distribución de competencias).

El sucesor de Metternich, el príncipe de Schwarzenberg, quien ya había otorgado una constitución destinada a unificar a todos los pueblos de Austria, propuso la incorporación integral de la monarquía, con supremacía austriaca.

Como se verá, finalmente se acordó la unificación alemana bajo la dirección de Prusia, cuyo rey sería emperador hereditario; la unión con Austria se regiría por una alianza.

En 1850 el Rey de Prusia Federico Guillermo IV otorga a su país una Constitución que estará vigente hasta 1918; este emperador muere en 1857 y lo sucede su hermano Guillermo I (1797-1888) conocido como el "Primer Kaiser", quien - al lado de Otto von Bismarck, el "Canciller de Hierro", forjan al nuevo Imperio.

La vida de Bismarck se desarrolló entre la nobleza poseedora de los bienes al servicio del Estado; por esto - creía en el poder monárquico. En 1847 fue representante de su estamento en la Dieta Territorial Prusiana. En 1862 ocupó el cargo de canciller o Primer Ministro de Guillermo I. Reorganizó al ejército y sus esfuerzos siempre se dirigieron a fortalecer al Imperio Alemán bajo la autoridad de Prusia, excluyendo a Austria, con quien tenía trato hostil por considerar que usaba a la Confederación para fines particulares.

Al iniciar Bismarck su política exterior, presentó a la Dieta de la Confederación de Francfort una propuesta para la reforma de la Confederación, para la elección de un Parlamento elegido por sufragio general y secreto así como la sugerencia de excluir a Austria de dicha Confederación. No obstante, en su afán por conseguir nuevos territorios, logra una alianza con Austria en la guerra contra Dinamarca por las provincias de Schleswig y Holstein; luego esperó

la neutralidad de Francia y se alió con Italia para atacar a Austria, quien es derrotada en 1866 en la Batalla de Sadowa.

En la Paz de Praga, Austria se obligó a renunciar a Schleswig, Holstein y Venecia, que pasó a manos de Italia, así como a salir de la Confederación.

Con lo anterior, Prusia pasó a ser el Estado más poderoso de Alemania; entonces, Bismarck unificó a los Estados del Norte en una Confederación de Alemania del Norte, ya con su nuevo nombramiento de Canciller Federal. Persuadió a los Estados del sur para que ingresaran a dicha Confederación. Esto le ocasionó problemas con Francia que culminaron con la guerra franco-prusiana en 1870. Metz, Lorena y Alsacia fueron ocupadas por Alemania; al término de esta guerra donde Prusia salió victoriosa, todos los Estados del sur se le unieron, excepto Austria.

Después de fuertes problemas en la política exterior, el 18 de enero de 1871 se crea el Imperio Alemán (Reich); desafortunadamente para Francia este evento tuvo lugar en el Palacio de Versalles, donde Guillermo I de Prusia es proclamado Guillermo I de Alemania y Bismarck es nombrado Primer Ministro del Imperio. Como observamos, la creación del nuevo Estado, fue el resultado de la victoria prusiana

contra Francia y de las negociaciones del ahora Ministro - del Imperio con los príncipes de Alemania del sur.

La Constitución del nuevo Imperio era semejante a la de la Confederación de Alemania del Norte. El centro del naciente Imperio era el Consejo o Príncipes. La regulación de los asuntos relacionados con el ejército, marina, legislación civil y penal, aduanas, comercio, pesos y medidas correspondía al Imperio, el resto de los asuntos estaban regulados por los diversos estados, al través de la Constitución con Parlamento común (Reichstag).

Aunque para la suscripción de este pacto federal Bismarck encontró serias dificultades con Luis II de Baviera, finalmente éste acordó renunciar a la parte de sus derechos soberanos por la unidad y la paz alemana.

Así Alemania fortalece sus relaciones internacionales, por ejemplo en el Congreso de Berlín de 1872, al lado de Austria y Rusia, concluyen un pacto consultivo en caso de ataque de una tercera potencia.

El carácter que Bismarck dio al Imperio tenía rasgos democráticos; la representación popular en la Dieta Imperial, que era elegida por sufragio democrático, se componía de varios partidos políticos. La estructura era federal, sin embargo, el carácter del gobierno era autoritario.

Uno de los problemas en materia de política interior a la que se enfrentó el joven Imperio, era que los 58 miembros de la Dieta Imperial pugnaban por la protección de las instituciones eclesiásticas frente al poder del Estado; estas diferencias culminaron con la lucha entre Bismarck y la Iglesia Católica; así el Imperio y los estados federales emitieron leyes contra la Iglesia, medida que lesionó la conciencia de los alemanes católicos; estas leyes fueron el resultado de la alianza de Bismarck y el Partido Nacional Liberal. Finalmente se llegó a la ruptura de las relaciones diplomáticas entre el Vaticano y Alemania.

El Imperio pasaba por una difícil situación financiera; se emitieron leyes como la que imponía el pago de los derechos aduanales de importación de ganado, cereales, hierro, y madera. Recordemos que la Constitución del Imperio establecía que "el Imperio no dispone de recursos propios, sino que es huésped de los estados federales".

Bajo esta recaudación, Fernando Lasalle presentó un programa de reformas sociales que en esencia sostenía que al Estado no sólo le corresponde proteger la libertad y la propiedad de los individuos, sino que también está obligado a solucionar la cuestión social; esta idea fue expuesta en su obra "¿Qué es una Constitución?"; afirmó que la esencia constitucional de un país es la suma de los

factores reales y efectivos de poder, por lo que, si la Constitución no se ajusta a esos factores reales y efectivos de poder, no tendría ninguna utilidad.

En 1872 se encontraban en el Imperio dos diputados socialdemócratas, para 1877 eran doce. La participación de ese partido que pugnaba por la reforma democrática de la Constitución, significaba un peligro para el Imperio.

De 1887 a 1890 el número de simpatizantes del Partido Social-Demócrata aumentó. Esta participación política persuadió a Bismarck para emitir una serie de leyes que tenían por objeto proporcionar asistencia a las masas, sin embargo, nunca logró reconciliar a la clase obrera alemana con el Estado. Una de las claras diferencias entre Bismarck y el Partido Social-Demócrata era la imposición de aranceles, que significaban para el Imperio el sustento principal.

Guillermo I muere en 1888, lo sucede su hijo Federico, quien muere pocos días después de su arribo al poder; así, el nuevo emperador fue Guillermo II (a quien llamaban Rey de los Pobres) que se caracterizaba por sus ideas progresistas con lo cual procuraba acercarse a las masas; esta postura fue muy diferente a la sustentada por Bismarck.

Bismarck, ante esta nueva política está dispuesto a disolver la Dieta Imperial; no obstante, a petición del

propio emperador, Bismarck que siempre sostuvo la idea de que la unificación alemana se conseguiría "por el hierro y por el fuego", comunica al Consejo de Ministros su dimisión. Así, su actividad política concluye en marzo de 1890.

La política de alianzas que siguió Bismarck, el logro de la unidad alemana mediante una Confederación bajo la dirección de Prusia, con la exclusión de Austria, veían su ocaso. Pese a esta trayectoria política, su actitud monárquica prusiana lo alejó de la voz popular, más aún, se sirvió del Parlamento para el control unipersonal, negando a éste toda posibilidad de iniciativa propia. (Bismarck muere en 1898).

Estimo que una de las grandes diferencias entre el pacto federal alemán y norteamericano, estriba en que en Norteamérica, pese a los conflictos entre nortños y sureños, prevalecía la conciencia de unión como única defensa ante los ataques del exterior, mientras que en Alemania la cesión de soberanía por parte de los Estados federales se realizó con la reserva propia de depositar el mando en manos de Prusia (o de un hombre); el tratamiento especial que tuvo el estado prusiano en la historia alemana data de 1415 con la dinastía de los Hohenzollerns, desde Federico Guillermo, "El Gran Elector", su sucesor Federico I de Prusia o "Rey Sargento", hasta Guillermo II, demuestra

el poder militar y la supremacía de esta familia en la política de su país.

Las condiciones bajo las cuales Alemania suscribió el - pacto federal son distintas, como se ha dicho, a las de - Norteamérica, primero en tiempo, segundo, en bases económi- cas, y tercero en conciencia política, ya inmersa en el de- sarrollo industrial; así, considero que los alemanes aun - no tenían claro el alcance de la unión bajo una Federación y los beneficios que ésta ofrece; cabe hacer notar que en este caso el depósito de la soberanía de los Estados se hi- zo con alguna convicción de unión, pero la participación - tanto de los Estados como de partidos políticos se veía li- mitada al Parlamento, controlado únicamente por las deci- siones políticas de un hombre, aunque formalmente se pre- sentara diferente.

Esta es una clara divergencia con la experiencia norte- americana, en la cual los Estados al momento mismo de pac- tar la formación del nuevo Estado, tenían la garantía de - participación y decisión, como partes integrantes de él - mismo.

Pese a la estructura federal alemana, el origen aristo- crático e ideas monárquicas de Bismarck lo hacían perder de vista la esencia de dicho sistema; la falta de -

integración de las numerosas masas alemanas, que vivían la incertidumbre de las decisiones políticas, lo alejó poco a poco de su pueblo; también el nacimiento del partido Social-Demócrata que de alguna forma respondía a las demandas populares, terminó por debilitar su fuerza política.

Los conceptos monárquicos que envuelven a la historia alemana y su tradición como país belicoso, dificultaron en aquélla época, la formación de un real sistema federal, ya que, como sabemos, en todo sistema federal, deben existir nociones de democracia, soberanía, respeto al sufragio y toda una serie de principios que se dificultaban por los antecedentes expuestos; en el caso norteamericano pese a las diferencias como la elemental abolición de la esclavitud (olvidemos los fines lucrativos que ésta representaba) por motivos humanitarios, y porque constituía una situación a destiempo con el pensamiento de los colonos del norte, así como los aspectos fiscales fueron situaciones que se normaron en función de un nuevo documento jurídico; en Alemania se presentaron varias circunstancias que primero desvincularon al pueblo con sus gobernantes, lo que llevó a éstos a sofocar los movimientos mediante la lucha armada, situación que día a día fue creando, un sentimiento nacionalista tal que actualmente muchos alemanes a raíz de la expulsión austriaca de la confederación mantienen una relación evidentemente localista con este país;

también las posibles diferencias que en la actualidad pueden presentarse con sus vecinos franceses, es una clara reminiscencia de la guerra franco-prusiana y de posteriores enfrentamientos.

Estimo que de la historia alemana con un profundo análisis a ella, podemos llegar a una conclusión precisa sobre el pacto federal, si bien a partir de las consideraciones expuestas en este trabajo y de muchas otras que se encuentran en el haber histórico alemán, comprenderemos la actual idiosincrasia de este pueblo, su real participación en la vida política y su régimen federal. (La organización jurídica de la República Federal Alemana será expuesta en incisos posteriores).

2.4 La Distribución de Competencias.

La distribución de competencias ha sido un método jurídico por el cual el Estado moderno ha determinado las facultades de la federación y de las entidades componentes para el ejercicio de determinadas atribuciones.

Como se ha dicho, una de las características del sistema federal es la distribución de competencias, requisito indispensable para que los Estados-miembros de la federación ejerzan dentro de su ámbito todas aquellas facultades que les permiten organizarse en su régimen interior.

Este derecho a la organización queda sancionado por el ordenamiento básico; de ahí que se le denomine competencia constitucional, y de aquél derivan leyes secundarias creadas para tales efectos. A ese efecto procede ahora analizar la distribución de competencias, bajo el status del sistema federal, con el cual generalmente se establecen los parámetros que nos permiten distinguir las normas que facultan ya sea a los poderes federales, ya sea a los locales; como afirma el maestro Mario de la Cueva⁵⁷ "un estado federal se caracteriza, entre otras circunstancias, por la división de las atribuciones del poder público, que es el gobierno de la federación o gobierno federal, y en los gobiernos de las entidades federativas o gobiernos locales".

Podemos afirmar que para que se dé la condición anterior, debe existir en el texto fundamental una norma que faculte a la federación o a los Estados-miembros para el ejercicio de determinadas atribuciones. La Constitución Mexicana, en su artículo 124, establece: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". Este artículo señala en forma general la distribución de competencias que facultan tanto a los funcionarios federales como a los de los Estados; no obstante la

57. De la Cueva, Mario. Teoría de la Constitución. Ed. - - Porrúa. México 1984. p. 124.

existencia formal de esta norma, es preciso tener claras - dos de las características más importantes de la distribución de competencias que se presentan sólo en los Estados federales: primero, el derecho del Estado-miembro a darse y revisar su propia Constitución, y segundo, el derecho de participar en la creación del derecho federal.

La forma en la que se presentan enumeradas las facultades de la federación y de los Estados, en atención a la - distribución de competencias, puede ser expresa, implícita, concurrente o coincidentemente, (estas clases de facultades son motivo de un estudio posterior en este subtema) - sin embargo, desde ahora podemos distinguir algunas de las relaciones que según Daniel Moreno⁵⁸ se establecen en el - Estado federal, derivadas de un carácter de centralización y descentralización a partir de lo establecido en el artículo 40 Constitucional, que se refiere a la unión de los Estados al través de una federación. Dichas relaciones son - las siguientes:

Relaciones de coordinación, con base en la división territorial, las competencias se dividen entre la federación y los Estados-miembros, que son de tres clases: primera, las que establecen expresamente las materias exclusivas

58. Moreno, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. - - Editorial Pax-México. Abril 1983. 2a. parte.

de la federación; segunda, las que establecen las materias exclusivas de los Estados-miembros, y tercera, las que establecen las materias concurrentes; aunque en estas relaciones no se mencionan las materias en las que coinciden - tanto la federación como los Estados-miembros, también se hará referencia a ellas.

Relaciones de "supra" y subordinación, que afirman la supremacía federal.

Por último, las relaciones de inordinación, en las cuales participan los Estados en el ordenamiento constitucional.

A partir de una organización federal, el federalismo es en la doctrina francesa, a diferencia de la alemana, una forma de organización en donde "no hay otra descentralización que la descentralización administrativa".⁵⁹ Esta cita en atención al carácter de centralización y descentralización que señala Daniel Moreno cuando se refiere a las relaciones que se establecen en la distribución de competencias.

59. Op. Cit. (30) p. 130. Nota de pie de página que - -
señala la idea de Hauriou como exponente de la
doctrina francesa.

Según lo anterior, el profesor Gaxiola⁶⁰ opina que si bien la autonomía federal surge como resultado de la descentralización cuando un Estado unitario se transforma en federal, o bien, esa misma autonomía tiene por origen un proceso de concentración cuando comunidades jurídicas soberanas se reúnen en un pacto federal.

El pacto federal es la clave para comprender la esencia jurídica y social de la distribución de competencias, que en caso de existir criterios distintos para su aplicación, la doctrina ha resuelto este problema al ubicarlo, según el caso, en el lugar preciso, así "de existir contradicción entre el derecho federal ordinario y el local, es una cuestión de competencia constitucional de poderes".⁶¹

Recordemos los términos en que fue sometida a la consideración popular la Constitución Norteamericana: "La Constitución propuesta no es estrictamente una Constitución nacional ni federal, sino una combinación, un acomodamiento de ambas".⁶² Según la consideración anterior, el riesgo al que se enfrentaban los Estados-miembros fue la indefinición de cuál sería la extensión del poder confiado

60. Ibidem (30) p. 130. Gaxiola. Algunos problemas del Estado Federal. p. 55.

61. Op. Cit. (57) p. 125.

62. Op. Cit. (58) p. 360. Cita El Federalista. Hamilton, Madison y Jay. Primera parte.

al poder central. Como vemos, toda esta idea gira en torno a la distribución de competencias.

No obstante, como expresó James Bryce⁶³, "la aceptación de la Constitución de 1789 hizo del pueblo americano (al parecer la insistencia al término "americano" es usual) - una nación. Lo que hasta entonces había sido una Liga de - Estados se transformó por el establecimiento de un gobierno nacional con autoridad directa sobre todos sus ciudadanos, en Estado Federal".

Con base en el artículo 115 de la Constitución Mexicana, las facultades que puede ejercitar el Estado-miembro, se - presentan en dos niveles, y en otras legislaciones en tres: el municipio, la provincia autónoma (esta organización es observada en algunos Estados europeos) y por último el - - Estado-miembro o federado que goza de autonomía constitucional. Esta autonomía consiste en que el órgano legislativo de dicho Estado es competente en relación a todas las - materias de su propia Constitución.

El artículo 41 Constitucional establece la forma de gobierno que habrán de observar los Estados-miembros, que - será republicano, representativo y popular, y tiene al

63. Ibidem (58) pp. 360 y 361.

municipio como base de su división territorial así como de su organización política y administrativa.

Las bases que señalan la forma en que cada Estado dará fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales, se encuentran contenidas en el artículo 121 Constitucional, del cual transcribimos las fracciones siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él; (Esto según el ámbito espacial de validez de la norma).

II. Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación; (Esto significa que tanto las personas y cosas que se ubican dentro del Estado-miembro, se adscriben al ámbito local de validez de la norma).

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se

haya sometido expresamente, o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio; (Esta fracción puede comentarse en varios sentidos, uno de ellos es el conflicto de las leyes estatales para hacer efectiva la sentencia de un tribunal; en caso de sentencias que versen sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado - - cuando por un acto unilateral de voluntad la persona se - sometió expresamente).

IV. Los actos de estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros, y (Al parecer la importancia que tienen los actos del estado civil que atañen, por ejemplo, a la familia o a situaciones patrimoniales toman un carácter especial, que precisamente por ello, se convalidan en toda la República. Esta fracción es otra manifestación, aislada, de la importancia que tiene el estado civil de un sujeto dentro de la sociedad; por tanto, nuevamente cabe preguntarnos por qué las relaciones que se derivan de dicho estado civil no son reguladas por normas federales, claro, con las reservas que el caso ofrece, por ejemplo la situación geográfica y poblacional del país).

V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes serán respetados en los otros. (Si en un Estado se cumple con los

requisitos de forma para la expedición de un título profesional, claro está que deba ser reconocido en otro).

Como se dijo, el artículo 41 impone a los Estados la obligación de constituirse bajo determinada forma de gobierno, lo que significa un límite a las facultades de las entidades componentes, (strictu sensu) límite establecido en el pacto federal, que en el fondo preserva al mismo sistema, así como los Estados deben adaptar su organización gubernamental a lo expresado en la Constitución Federal, - existen también en este ordenamiento otros límites no a las facultades locales, sino a su competencia dentro de la Unión.

Dichos límites los establece el artículo 117 Constitucional en sus nueve fracciones, que a continuación se mencionan sintéticamente:

Se señala la prohibición a los Estados para celebrar tratados con otros Estados (o Naciones); acuñar moneda o emitir papel moneda; gravar el tránsito en su territorio para la entrada o salida de él, tanto para personas como para mercancías nacionales o extranjeras; imponer leyes fiscales que importen impuestos a mercancías de origen nacional o extranjero; contraer obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones o con sociedades -

particulares o extranjeras (esta disposición puede ampliar lo que establece la primera fracción sobre la prohibición de celebrar tratados con otros Estados, ya que formalmente una obligación en el ámbito internacional se contrae al - través del tratado); y por último, gravar la producción, - el acopio o la venta de tabaco en rama.

Se había mencionado que "el signo específico del Estado federal consiste en la facultad que tienen las entidades - integrantes de darse y revisar su propia Constitución"⁶⁴, lo que los faculta para el ejercicio de sus atribuciones, hecha excepción, por ejemplo, lo que establece el artículo antes citado y que equivale al respecto a la Constitución Federal, la cual no se podrá contravenir por normas locales.

Esta característica debe considerarse como un elemento cualitativo del sistema federal, porque precisamente la ca lidad de las funciones que disfrutaban las entidades es lo - que determina la existencia de la federación, y no por características cuantitativas.

Gaxiola opina que "mientras la autonomía constitucional no exista no aparece el estado federal cualquiera que sea

64. Op. Cit. (30) p. 131. Gaxiola Idem (60) p. 57.

el número de facultades que se descentralicen, y, en cambio, es suficiente que se descentralice una sola competencia, la de darse cada entidad su propia constitución, para que surja la característica de una federación".⁶⁵

El artículo 41 Constitucional también expresa que la soberanía del pueblo se ejerce en virtud de la competencia de los poderes de la unión y la de los Estados en los términos que establecen la Constitución Federal y las Constituciones locales; el límite a esta competencia es el respeto a las estipulaciones del pacto federal.

La segunda competencia fundamental que debe existir en los Estados federales, alude a la facultad de los Estados-miembros para intervenir en la creación del derecho federal. Nuestra Constitución, en su artículo 71, fracción III, faculta a las legislaturas de los Estados para tales efectos; en otras legislaciones, como la norteamericana en su artículo V, se prohíbe privar a los Estados, sin su consentimiento, de la igualdad de votos en el Senado Federal, lo que significa el respeto a la igualdad de las entidades federativas frente al Senado para la creación del derecho federal.

65. Ibidem (64) p. 57.

De no intervenir las entidades federativas en la creación del derecho federal, su autonomía quedaría a merced de algún otro órgano, con lo cual se quebrantaría el principio del sistema federal.

Tal y como ha expresado Tena Ramírez, "en la creación de la Constitución Federal típica, como es la norteamericana, los Estados antes independientes se despojaron realmente de ciertas facultades para trasladarlas a los órganos centrales".⁶⁶ Cuando este autor habla del traslado de ciertas facultades, podemos interpretarlo como la renuncia que hacen los Estados de su soberanía en favor de la federación, considerando que la soberanía es indivisible, por tanto esta transmisión de facultades es acorde con el principio de unión que impera en este Estado y en algunos otros.

El artículo 135 Constitucional consagra la facultad de las entidades federativas para la creación del derecho federal, y en particular, para adicionar o reformar la Constitución, en los términos siguientes: primero, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión; segundo, que las reformas o adiciones sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas

66. Op. Cit. (30) p. 141.

de los Estados; y, tercero, que el Congreso de la Unión efectúe el cómputo de los votos de dichas legislaturas así como la declaración de haber sido aprobadas dichas adiciones.

El equivalente de este artículo en la Constitución Norteamericana (Artículo V) en el sentido de proponer enmiendas constitucionales, indica: "Siempre que las dos terceras partes de ambas cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución..." En su parte final establece: "...una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados".

De la comparación de ambos regímenes, resulta que coinciden en que se requiere el voto de las dos terceras partes del Congreso, aunque en nuestro caso se especifica la presencia de los miembros del mismo. La iniciativa de enmienda queda perfectamente clara en la Constitución Norteamericana, en donde a diferencia de la mexicana, también podemos acudir al artículo 71, fracción III, para entender de manera implícita la competencia estatal no sólo para

iniciar leyes, sino también para reformarlas; por oposición, el artículo 73 en su fracción XXX concede al Congreso, entre otras, la facultad "para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta - - Constitución a los poderes de la Unión".

Aquí queda manifiesta la supremacía federal o relaciones de "supra" o subordinación según las teorías ya expresadas, que se establecen entre los Estados y la federación.

Para concluir, en la ratificación de la enmienda o adición, en el caso mexicano se requiere de la mayoría de las legislaturas, es decir, podemos pensar que basta con tener un voto más de la mitad de la totalidad de los Estados, para que sea aprobada. La legislación norteamericana requiere en este caso la ratificación de las tres cuartas partes de los Estados.

Considero importante citar nuevamente la forma en que - la legislación norteamericana concede la igualdad tanto al Congreso como a los Estados para la enmienda constitucional "...en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución..."

La igualdad expresada en el caso anterior, nos da una idea de la importancia que tiene la participación estatal

en la creación y enmienda del derecho federal, ya que precisamente esta participación nutre al cuerpo legal que regula la conducta estatal e individual. En otros términos, "La Corte ha sostenido que al pronunciarse sobre enmiendas propuestas por el Congreso (dos tercios), las legislaturas estatales - e indudablemente debe decirse otro tanto de - las Convenciones reunidas en los Estados- no actúan como - representantes de los Estados o de sus poblaciones, sino - en cumplimiento de una función federal, que este artículo de la Constitución les impone".⁶⁷

Por otro lado, en nuestro derecho podemos encontrar - - amplias facultades legislativas (acordes con el sistema) - que ejerce el Congreso de la Unión, aun cuando atañen a un Estado-miembro, como es el caso de la fracción V del artículo 76 Constitucional, donde la competencia local no participa para la elección de un gobernador provisional (cuando desaparezcan los poderes constitucionales de dicho Estado); en otra acepción, con esta medida se protege al derecho federal, al través de su supremacía, que se hace patente al través de las facultades del Congreso de la Unión para legislar en los asuntos gubernamentales de la entidad federal.

67. Op. Cit. (57) p. 130. Corwin. La Constitución - - Norteamericana y su actual significado. Trad. Dr. - - Rafael M. Demaría. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires 1942. p. 163.

2.4.1 La Competencia Constitucional y la Competencia Ordinaria.

Se han precisado algunas de las características que presenta la distribución de competencias en el sistema federal con la mención de dos de las condiciones esenciales a cargo de las entidades componentes.

A partir de estas consideraciones, se analizará la competencia constitucional y ordinaria, no sólo desde un punto de vista de derecho constitucional, donde la competencia ordinaria equivale también a la competencia local (según el planteamiento del subtema anterior), sino bajo la acepción de competencia ordinaria como forma en que se soluciona un conflicto de intereses sujeto a las normas que establece el Derecho Procesal.

Como elemento preliminar a este estudio, nos referiremos al concepto de orden público que, por su importancia, el Estado ha creado precisamente formas de organización que tienden a preservar dicho orden, por ejemplo, garantizando el ejercicio de la función pública, como es la función de administrar justicia; por lo anterior se hace necesario establecer las competencias y las atribuciones de los organismos jurisdiccionales.

El orden público tiene su origen en la sociedad y sus principios están regulados por el orden jurídico. Al orden

público se le ha definido como el "conjunto de normas que se refieren a los derechos fundamentales de los hombres, a la moral, a las buenas costumbres y al orden social".⁶⁸

No obstante la definición anterior, la moral, las buenas costumbres y por supuesto el orden social, cambian en tiempo y en lugar, por lo que estos dos elementos determinan el significado de orden público. El profesor Pillet⁶⁹ (citado en la obra de Niboyet), denomina a este fenómeno - actualidad del orden público, porque considera que varía - no sólo de un país a otro, sino también dentro de un país con las distintas épocas.

Existen muchas posiciones sobre el orden público; sin embargo, la ley le ha dado un sentido que se refiere a cómo se le debe tomar en cuenta como fundamento para resolver una controversia. "La apreciación del orden público corresponde al juez de cada país, estando comprendida esta función dentro de los límites de sus atribuciones. Es él - quién tiene que apreciar en cada caso concreto si esta noción ha de intervenir".⁷⁰

Cuando el autor dice que el "orden público corresponde al juez de cada país", puede interpretarse en el sentido

68. Ibidem (57) p. 140.

69. Op. Cit. (15) p. 407.

70. Ibidem (15) p. 408.

de que el orden público es esencialmente nacional. Así, la Constitución Francesa en su artículo 6 indica que "las relaciones que interesan al orden público y a las buenas costumbres, no pueden ser derogadas por convenios entre particulares".⁷¹

Así como en el orden jurídico francés se atribuye un carácter al orden público, los países que observan el derecho anglosajón denominan a este término "public policy", - mientras que los alemanes lo definen con el vocablo - - "Verbehaltsclausel", que es una cláusula de reserva contenida en el orden público de ese país.

Sobre orden público, la jurisprudencia mexicana se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Si bien es cierto que la estimación del orden público - en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su - - existencia en los casos concretos que se les sometan a su resolución. Resulta pues indudable que los jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no podrían declarar éstos que no siendo ya aplicable una ley en los preceptos

71. Ibidem (15) p. 407. Cita artículo 6 de la Constitución Francesa.

que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades".⁷²

El hecho de que el juez aprecie los conceptos sociológicos relacionados con el orden público contribuye a que su resolución no se limite únicamente al texto legal, sino que se ajuste a la realidad y exigencia del caso concreto.

"La vida individual propia y exclusiva no está reflejada en el derecho; se halla o más acá o más allá de éste. Y por muy casuístico y maleable que sea el derecho, siempre conservará una dimensión de esquematismo y generalidad. Todo ordenamiento jurídico contiene un principio, aunque tácito, de que el derecho efectivo es la interpretación que de sus normas dé el Supremo Tribunal".⁷³

La cita anterior es motivo de reflexión acerca del alcance del derecho y de la interpretación que den a éste, aquéllos que administran justicia.

El autor Rafael Bielsa⁷⁴ opina que bajo la fórmula constitucional del bienestar general, se presupone un

72. Castro V. Juventino. Garantías y Amparo. Ed. Porrúa. - México 1983. p. 164. Cita Tesis Jurisprudencial No. 30. Jurisprudencia 1917-1975. Octava parte.

73. Op. Cit. (21). Cita Recaséns Siches. Destino y Misión del Jurista. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. México. pp. 7 y 82.

74. Op. Cit. (72) p. 165. Cita Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo. Sexta Ed. Tomo IV. p. 4.

orden público efectivo y armonioso. En este caso, al concepto de orden público le precede el derecho constitucional, por ser este ordenamiento la base del sistema jurídico. En esta forma se ha asociado al orden público con la función que debe desempeñar el Estado de protección a la sociedad al través de medidas correctivas cuando se rompa dicho orden.

Para Hauriou⁷⁵ el orden público es de carácter social y según su idea, consiste en la organización de dicha sociedad que pretende asegurar la protección del grupo y la tranquilidad en las relaciones sociales. A dicha organización la llama "sistema de relaciones estables".

Para preservar este conjunto de relaciones estables, el Estado ha estructurado un orden jurídico que asegura a dicho conjunto; como afirma Bielsa: "una perturbación material de la tranquilidad pública, aunque no lesione derechos subjetivos ni intereses legítimos de los individuos, altera el orden público, pero también afecta al orden jurídico".⁷⁶

La afectación del orden jurídico crea la necesidad de establecer en forma precisa la órbita de atribuciones

75. Ibidem (72) p. 166. Cita idea Hauriou.

76. Ibidem (72) p. 144. Op. Cit.

de los diferentes poderes a efecto de resolver las controversias o perturbaciones sociales. Se ha dicho que la "competencia es la porción de jurisdicción que la ley atribuye a los órganos jurisdiccionales para conocer de determinados juicios"⁷⁷. Para ratificar el concepto de competencia con carácter público, recordemos que, por regla, las normas relativas a la competencia son de orden público (aquí se incluye tanto a la competencia constitucional y ordinaria; la primera por su naturaleza no puede ser apartada por la voluntad de los interesados).

Con relación a la protección de los derechos subjetivos tutelados por el derecho al través de sus órganos competentes, el maestro Pillet⁷⁸ elaboró un estudio sobre las leyes de orden público, clasificándolas en ocho categorías. De las ocho, sólo haremos mención a dos de ellas, la primera y la quinta.

La primera categoría la plantea en forma general y alude a las leyes de derecho público del Estado; la quinta categoría es la que nos ilustra la importancia de la tutela de los derechos subjetivos en torno a las leyes procesales

77. Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa. México 1982. p. 83.

78. Op.Cit. (15) p. 395. Pillet. Op. Cit. Nums. 191 y - - sigs.

de ineludible cumplimiento, según las cuales se establece el procedimiento de la *lex fori* para la solución de las controversias.

Si consideramos que el autor alude a que el procedimiento a seguirse es el de la ley del lugar, convenimos nuevamente en que el carácter del orden público es nacional.

Sobre la enumeración que hace Pillet de las leyes de orden público, Niboyet opina que "no es posible enumerar a priori las leyes de orden público puesto que guardan relación con el lugar donde se aplican y con el momento de su aplicación".⁷⁹

Estimo que esta opinión es acorde con la evolución social que de un tiempo a otro deroga lo que en el pasado formaba parte del orden público; con este cambio también evolucionan, o deben evolucionar las instituciones jurídicas.

Con base en el análisis expuesto sobre el concepto de orden público, se presentan algunas ideas relacionadas con la competencia constitucional y ordinaria.

79. Ibidem (15) p. 400.

La relación que existe entre competencia y jurisdicción se ha resuelto según la fórmula: "La jurisdicción sobre la materia es la llamada competencia".⁸⁰

Se ha dicho que "la competencia tiene su primer origen en la Constitución General de la República y posteriormente en una ley que respete los preceptos de la fundamental. Cuando la competencia se apoya en preceptos constitucionales, está justificado llamarla competencia constitucional. Tiene este carácter en el derecho mexicano, la que nuestra Carta Magna prescribe respecto a los Juzgados de Distrito, Tribunales de Circuito y Suprema Corte de Justicia".⁸¹ (En la legislación norteamericana se concede competencia original a la Suprema Corte de Justicia, de aquí la afirmación de Bryce: "La Suprema Corte de Justicia es la voz viva de la Constitución").

Como concepto de apoyo para distinguir a la competencia constitucional de la ordinaria, acudiremos pues a la jurisdicción con un significado estrictamente procesal.

La competencia ordinaria es "el conjunto de normas que determinan el poder-deber que se atribuye a los tribunales

80. Ursúa-Cocke, Eugenio, Elementos del Sistema Jurídico - Anglosajón. Ed. Porrúa. México 1984. p. 139.

81. Op. Cit. (77) p. 83.

en la forma dicha, como conjunto de jueces o negocios de - que puedan conocer un juez o tribunal competente".⁸² (Esti mo que la expresión "jueces o negocios", debe ser juicios o negocios). Se considera que, más que conjunto de normas, la competencia ordinaria es la aptitud jurisdiccional que permite al juez o tribunal conocer de algún caso concreto.

Por regla, la competencia presupone la jurisdicción, es decir, por medio de la jurisdicción se define el ámbito de validez en el cual la competencia será aplicable: competen cia y jurisdicción son conceptos de orden público (como se dijo en las categorías de las leyes de orden público que - hace Pillet, estos conceptos se adscriben a la función que ejerce el Estado de tutelar los derechos subjetivos) y en especial la jurisdicción se destina a la resolución del ca so concreto.

Según la doctrina norteamericana, la jurisdicción se - ejerce en tres niveles: in personam, en la cual el domici lio del demandado presupone su residencia (aun cuando ten ga ausencias temporales); in rem, sobre la cosa, en donde se encuentra; y quasi in rem, cuando el tribunal embarga u ordena el secuestro de una propiedad en litigio con el ob jeto de asegurar su jurisdicción (en este caso, según la

82. Ibidem (77) p. 83.

doctrina norteamericana, no sólo se asegura la jurisdicción del juez o tribunal sino que significa una providencia precautoria para asegurar el bien motivo del litigio).

Se ha considerado a la jurisdicción como la "actividad encaminada a comprobar y a hacer valer concretamente en los casos particulares, el ordenamiento jurídico estatal".⁸³

Como se observa, los conceptos competencia y jurisdicción se encuentran vinculados con la resolución de alguna controversia, ya sea federal o local; por tanto, se harán menciones de una y otra, con las diferencias que presentan.

En un concepto más general, la competencia se ubica en dos órdenes, uno ya mencionado el que tiene carácter constitucional (*Rationae Materiae*), y el otro orden o competencia ordinaria con carácter privado pero que también versa sobre leyes de orden público, en el cual es posible la renuncia del particular al ejercicio de la jurisdicción del órgano competente para conocer del caso (*Rationae Personae*).

Así, el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla

83. Op. Cit. (29) p. 503.

o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

Si el Estado protege los intereses particulares, "la jurisdicción se presenta como una actividad dirigida a la tutela concreta e individualizada de intereses ajenos insatisfechos, mediante la comprobación definitiva (eficacia de la cosa juzgada) y la consiguiente actuación de la norma jurídica al caso concreto".⁸⁴

Esa tutela concreta e individualizada hace competentes a los órganos del poder judicial, que en virtud de la jurisdicción ordinaria, tramitan y resuelven controversias. (Precisamente la tutela individualizada y la diversidad de ciudadanía en los Estados Unidos de Norteamérica, ha constituido la base de la competencia federal, en la que la prueba de tal competencia queda a cargo de quien la invoca).

La actividad jurisdiccional, por su naturaleza, requiere independencia y autonomía; nuestro artículo 49 Constitucional, en principio, consagra la división de poderes para el ejercicio de determinadas facultades, y autoriza al poder judicial para actuar en su respectiva competencia.

84. Ibidem (29) p. 504.

Más específicamente, la Constitución Italiana, en su artículo 104, establece que la "magistratura es un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder".⁸⁵

El hecho de que se defina la competencia a diversos órganos con jurisdicción ordinaria, trata de cumplir con el principio de legalidad y también con la exigencia que presentan los Estados federales de una autoridad que dirima conflictos en las entidades federativas.

Según lo anterior, la enmienda 14, de la Sección Primera de la Constitución Norteamericana, establece: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal (due process of law); ni negar a cualquier persona que se encuentra dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos". Aquí queda perfectamente establecida la tutela de los derechos subjetivos tanto a nivel federal como a nivel local.

85. Ibidem (29) p. 505. Cita artículo 104 de la Constitución Italiana.

En atención a la cita anterior, se puede hacer la distinción entre la competencia constitucional y la ordinaria o local; la primera se encuentra investida de jurisdicción federal ejercida por los tribunales federales, la segunda es ejercida por los tribunales de los Estados o autoridades judiciales locales.

Hay actos inconstitucionales que por ese carácter se someten a la jurisdicción constitucional (violación de garantías individuales, como las que establece nuestro artículo 14 Constitucional, que entre otros puntos, se refiere a que ninguna ley tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; ninguna persona podrá ser privada de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; la sentencia en los juicios de orden civil debe ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho) lo que equivale a la defensa de los derechos subjetivos, al través del derecho de acción.

Para asegurar dichos derechos, se ha sostenido que "No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso,

y en especial el de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituídos por la Ley".⁸⁶

Al aludir a la competencia ordinaria, el maestro Eduardo Pallares ha considerado que "es uno de los presupuestos procesales sin los que el proceso que se lleve a cabo no es válido".⁸⁷

Con la idea anterior se deduce que la competencia ordinaria posee tal importancia, que sin ella no sería posible establecer el régimen del proceso, de acción, de defensa y de sentencia, premisas indispensables para la resolución de un conflicto.

Del texto fundamental dimanán todo este conjunto de normas, tendientes a tutelar los derechos y resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, los cuales, de no existir esta clase de normas, podrían quedar a expensas de otra ley o tribunal especial (prohibición que establece nuestro artículo 13 Constitucional) que a su vez impiden la debida impartición de justicia consagrada en nuestro artículo 17 Constitucional; en otro caso, si un conflicto no tiene carácter constitucional, no implica que su importancia sea menor, por el contrario, por las controversias

86. Op. Cit. (21) p. 21.

87. Op. Cit. (77) p. 93.

aparentemente pequeñas, el Estado puede tener desequilibrios jurídicos que lesionan a sus instituciones y a sus relaciones con los demás Estados; más aún, consideremos que estos problemas tengan su origen en un conflicto patriomonal que compromete generalmente, la estabilidad familiar y por consiguiente la estabilidad individual; entonces respondamos, ¿quiénes forman al Estado? antes de responder bajo esquemas de composición estatal, como lo hace la doctrina, la primera e inmediata respuesta, es que el Estado está formado por individuos integrados a una sociedad y que de esa cabal integración depende en gran medida la fuerza de aquél; la solución a un problema planteado ante un tribunal debe satisfacer las pretensiones de quien hace valer este derecho.

Mientras que los conflictos de competencia se refieren a aquéllos que se dan entre los jueces y tribunales que pertenecen a una misma jurisdicción, los conflictos de jurisdicción son los que tienen lugar entre los órganos o jueces de jurisdicciones diferentes. (De Estado a Estado, de Estado federal a Estado-miembro, etc.)

Entonces los conflictos de jurisdicción derivan de la distribución de competencias dentro de un Estado. Por ejemplo, en un Estado con estructura federal se asigna el ámbito de aplicación de la norma, ya sea federal o local,

y de ahí las limitaciones jurisdiccionales que se plantean según el territorio, ya sea entre dos Estados, y tratándose del fuero federal o local según la materia.

Precisamente por esa distribución de competencias, las entidades componentes se sujetan a un tratamiento jurídico diverso del orden federal; los Estados federales actuales han considerado como regla la aplicación de la norma federal y como excepción la norma local; no obstante la autonomía de las entidades componentes en lo que concierne a su régimen interior, están sujetas a ciertos principios fijados en la propia Constitución, es decir, por medio de normas federales se ejercen controles sobre algunos asuntos de las entidades componentes.

A partir del artículo 49 Constitucional, que establece la división de poderes federales, por extensión la organización de las entidades componentes se sujeta también a esta forma de organización gubernamental.

Ambas formas de organización quedan establecidas por soberanía popular que se deposita en los Poderes de la Unión y en la de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores (artículo 41 Constitucional).

La competencia constitucional atribuida a determinados órganos, derivada de los Poderes de la Unión, se -

singulariza según la propia Constitución, de la cual haremos referencia a algunos de sus artículos.

El artículo 73 Constitucional prevé las facultades del Congreso de la Unión; las exclusivas de la Cámara de Diputados están señaladas en el artículo 74, y las del Senado en el artículo 76; el artículo 89 trata de las facultades y obligaciones del Presidente de la República.

Por lo que se refiere al aspecto judicial, los artículos 103 a 107 versan sobre las controversias que resolverán los Tribunales de la Federación; dichos artículos plantean tanto el aspecto sustantivo como adjetivo para subsanar dichas controversias.

En lo que toca a los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, el artículo 94 Constitucional indica que dichos poderes se depositan para su ejercicio en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito, colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación, y en Juzgados de Distrito.

La Constitución Norteamericana en la Sección segunda del artículo III, concede a la Suprema Corte de Justicia competencia en apelación (appellate jurisdiction) sobre casos o controversias que involucren a la Constitución, a leyes federales y tratados.

En el Derecho Penal Mexicano, la persecución de los delitos federales estará a cargo del Ministerio Público de la Federación, según lo establecido en el artículo 102 Constitucional. En dicho precepto también se autoriza al Procurador General de la República para intervenir en las controversias suscitadas entre dos o más Estados de la Unión, entre un Estado de la federación y entre los poderes de un mismo Estado, y en todos los negocios en donde la federación sea parte.

Del ordenamiento anterior se desprende la supremacía judicial federal para garantizar el orden público.

Considero útil reproducir los casos en que las controversias serán resueltas por los Tribunales de la Federación, indicados en los artículos 103 y 104 Constitucionales.

Artículo 103:

Fracción I, "Por las leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales", (contenidas formalmente en los primeros 28 artículos de la Constitución).

Fracción II, "Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y"

(aquí se preserva el derecho de la entidad a organizarse - en su régimen interior; sin embargo, de existir controversia se le dará tratamiento federal).

Fracción III, "Por las leyes de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal". (Aquí se establece la competencia judicial federal por un posible ejercicio de atribuciones locales no reconocido).

Como se ha dicho, el artículo 124 Constitucional da las bases para el ejercicio de facultades federales o locales, según el caso, y en muchos otros artículos se hace manifiesta la competencia federal y la de los Estados-miembros. Si comparamos este artículo con la Décima enmienda de la Constitución Norteamericana que establece: "Los Poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo (en general)". El alcance de ambos preceptos es distinto, sin embargo, el fondo y la supremacía federal queda establecida en ellos. Claro está que si enumeramos las facultades federales, se puede comprometer al sistema, porque puede quedar excluida o puede restringirse cualquier otra facultad no enumerada. No obstante, cuando la facultad federal se hace expresa, la facultad local debe adscribirse a lo indicado por la norma general (en este caso la federal), en este orden, la regla resulta ser la

facultad federal y la excepción la facultad local; ahora bien, se exceptúan de este supuesto las facultades locales que se encuentran expresamente indicadas en el ordenamiento estatal.

La llamada "Cláusula propia y necesaria" de la Constitución Norteamericana, consiste en la amplitud que se concede a los poderes federales, semejante a lo que establece la fracción XXX de nuestro artículo 73 Constitucional. Dicha cláusula fue expresada por el juez John Marshall en los términos siguientes: "...tiene el poder de hacer todas las leyes necesarias y adecuadas a fin de ejecutar los poderes enumerados, así como todo otro poder otorgado por esta constitución al gobierno de los Estados Unidos o a cualesquiera otro de sus Departamentos u oficinas".⁸⁸

Para concluir, los artículos 103 y 107 constitucionales nos llevan a la pregunta de ¿qué clase de derecho o qué contenido puede tener para que la ley estime que su violación o infracción amerite un juicio de amparo seguido ante autoridades federales?

Una de las tantas respuestas a esta pregunta nos la proporciona la siguiente ejecutoria bajo el rubro de competencia constitucional:

88. Op. Cit. (80) p. 28. Cita John Marshall en el caso - - McCullough vs. Maryland.

"La competencia constitucional, o sea la que se refiere a la órbita de atribuciones de los diversos poderes, es la única que está protegida por medio de las garantías individuales".⁸⁹

Según esta ejecutoria, la competencia constitucional se reserva la facultad para conocer (al través de sus órganos) los actos violatorios de las garantías individuales que prevé el artículo 103 Constitucional, con sujeción a las bases del artículo 107 Constitucional; claro está, este tipo de controversias por su naturaleza tienen carácter federal.

2.4.2 Las facultades implícitas, explícitas, concurrentes y coincidentes.

El término facultad significa aptitud y reconocimiento para actuar o intervenir en un caso determinado. Dentro de las facultades que puede tener la federación o los Estados-miembros, tenemos cuatro clases: las facultades explícitas, implícitas, concurrentes y coincidentes.

Sobre las facultades explícitas se ha dicho que son las que quedan establecidas expresamente en el cuerpo legal para el ejercicio de determinadas atribuciones.

89. Op. Cit. (72) p. 169. Cita Tesis Jurisprudencial No.65 pág. 233. Tomo XIX. Quinta Epoca. pág. 126. Jurisprudencia 1917-1965. Sexta Parte.

Para que se faculte explícitamente a un órgano o autoridad para que ejercite las funciones propias de su materia, podemos entender que al otorgársele dicha facultad ya han quedado establecidas la competencia (que se identifica con la materia) y su ámbito espacial de validez; dicha facultad no podrá exceder a este concepto (competencia) ni a su ámbito de aplicación; sin embargo, la propia facultad establecerá la forma y los límites en los cuales se hará efectiva.

La atribución de facultades, según su modalidad, se ha hecho indispensable en los Estados federales, en los que coexisten dos poderes que deben ser regulados por la ley, y son los reservados a la federación y a sus Estados-miembros.

Se ha expresado que en nuestro derecho la regla queda establecida por la facultad explícita en favor de la federación (artículo 124 Constitucional), además de las facultades implícitas de acuerdo con la fracción XXX del artículo 73, facultades implícitas que consisten en que el Congreso puede dictar las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades expresas. (Estas facultades se conocen en el sistema norteamericano como la Cláusula propia y necesaria de la Constitución).

Hay una diferencia entre las facultades implícitas del Congreso y las facultades reservadas a las legislaturas locales. Las reservadas pertenecen a éstos, y las implícitas son federales porque se utilizan como medios para llevar a efecto las facultades expresas.

Entonces podemos deducir que una ley puede tener los sentidos que se requiera para dar cumplimiento a tales efectos; es decir, si el Congreso necesita expedir una ley para sancionar algún acto que corresponda a su esfera o bien a la ejecutiva o judicial (observando el procedimiento para ello) lo hará según las condiciones que han de demandar a tal norma; luego entonces, el sentido de la nueva ley es o debe ser el reflejo del requerimiento o la fuente real que inspira al legislador para cumplir con sus funciones; así dicha ley podrá facultar expresa, implícita, concurrente o coincidentemente (esta última con aplicación simultánea del poder federal y local, cuyos ordenamientos son esencialmente iguales), a la autoridad u órgano previsto para el caso.

Estimo que la facultad explícita es un medio jurídico que se utiliza para sancionar formal y terminantemente la actividad de una autoridad u órgano en el ejercicio de sus funciones.

Hemos de considerar que a partir de la facultad explícita se desprende la facultad implícita, en la cual tácitamente se entiende la atribución de facultades que hace apto a cierto órgano para el desempeño de sus funciones; dicho órgano es diferente a aquél que se le otorga la facultad expresa.

En la medida en que la facultad explícita no invada - - o exceda la esfera de competencia asignada por ella misma a otra autoridad al través de la facultad implícita, estará cumpliendo su misión en varios sentidos: primero, el re conocimiento y respeto de otras potestades (capaces de - - coexistir en Estados federales); segundo, vinculada a la - anterior, procura el ejercicio de facultades locales a fin de satisfacer las necesidades sociales proyectadas en el - cuerpo legal (del Estado-miembro); y, tercero, muy impor - tante, con la clara definición de facultades se evita el - conflicto de leyes entre los dos órdenes (local y federal) ya que la falta de precisión o el abuso de potestad originan conflictos no de competencia, sino de jurisdicción; - (en este punto se puede hacer una profunda reflexión sobre la importancia que tiene la distribución de competencias, concepto original del cual deriva la atribución de faculta des) sin embargo, dado que la competencia constitucional - por lo general tiene carácter federal, nos encontramos - - frente a problemas que comprometen la soberanía local que poseen los Estados-miembros frente al poder federal.

Si consideramos el pacto de unión que existe en los Estados federales, la soberanía que depositan los Estados- - miembros en favor de la federación para el bienestar común no implica que ésta se encuentra facultada legalmente para intervenir en los asuntos internos de sus Estados, ya que el pacto se hizo en términos de igualdad e independencia y no de abuso y arbitrariedad. Entonces la federación ha que dado como autoridad central, pero no como rector de la vida interna de sus entidades componentes.

Las facultades implícitas son aquéllas que se deducen - de lo que establece la norma expresa, por tanto, estará su peditada a la existencia de una facultad explícita; sus ca racterísticas y formas de aplicación están vinculadas con aquélla.

Se ha dicho que la doctrina de las facultades implíci-- tas se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica, - primero por Hamilton⁹⁰, al través de las propuestas hechas a su pueblo referentes a la distribución de competencias y poderes del nuevo Estado; este autor sostuvo que el gobier no federal no sólo goza de los poderes que le delega la - constitución sino de los necesarios para su ejercicio. El espíritu que nutre y estimula la coexistencia entre los

90. Op. Cit. (27) pp. 240 y ss.

dos órdenes, es el respeto a la facultad local (que viene a ser la excepción), que permite a los Estados-miembros organizarse internamente; este derecho a la organización se hace constitucionalmente manifiesto en otros casos y en diferentes ordenamientos, pero no por ello hemos de confundir que la regla es la facultad explícita en favor de la federación, y que dicha facultad acota las facultades locales.

Otra consideración de importancia acerca de la facultad implícita, es que pese a que se deduce tácitamente de la facultad expresa, en algunos casos, requiere para su ejercicio su adscripción expresa en el cuerpo legal; entonces pasa de ser implícita a explícita, sin olvidar que su nacimiento fue de la propia facultad explícita.

A su vez, la facultad implícita que ha de limitarse a lo no previsto por la norma expresa (o en otros casos, como la prohibición a las entidades componentes a no actuar en los asuntos que contempla el artículo 117 Constitucional, donde dicha limitación es expresa y envuelve facultades implícitas en favor de la federación), en muchos casos no se refiere a la organización interna del Estado-miembro, que se constituye por la facultad concurrente. Desde ahora la distinguiremos de la facultad coincidente; aun algunos autores no hacen dicha distinción o mencionan a una o a otra indistintamente.

La facultad concurrente queda establecida en los Estados federales, cuando convergen tanto el poder federal y local para la solución o determinación de facultades en un caso concreto, cada poder con sus características y modalidades que les impone su origen, ya sea como potestad local (identificada con la organización y los intereses de su Estado), o como potestad federal; precisamente por esta razón la concurrencia no implica la coincidencia en el aspecto sustancial; por ejemplo, la fracción IV del artículo 121 Constitucional establece "Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros", lo que implica que la jurisdicción estatal de otro Estado, diferente al que conoce de dicho acto, acude a esta norma para el reconocimiento de ese acto, pero ello no implica que su régimen coincida con la norma sustancial que reglamenta este caso, por lo tanto, queda facultado únicamente para concurrir o converger para ampliar la validez territorial de una norma.

La concurrencia no presume la coincidencia, pues la facultad concurrente autoriza la extensión o reconocimiento de alguna facultad emanada de otro órgano; no obstante, podrán actuar indistintamente.

Hay facultad coincidente cuando dos potestades convienen en una situación concreta. Por ejemplo, el artículo 117 Constitucional, en su último párrafo establece:

"El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo". Aquí, ambas potestades acuden y convienen para legislar en función del caso concreto, el móvil o interés original así como el contenido de las leyes es el mismo.

2.4.3 Subordinación de los fueros legales con relación al fuero constitucional.

Una de las consideraciones que deben tomarse en cuenta para determinar la subordinación de los fueros legales con relación al fuero constitucional, bajo un marco de sistema federal, es la forma en que se expresa la voluntad de los Estados-miembros que se federan para constituirse en Estado Federal.

Otro punto es la distribución de competencias, pues si bien formalmente expresa la facultad de determinados órganos para el ejercicio de sus funciones, dada la rigidez constitucional de la mayoría de las legislaciones contemporáneas y la adscripción de jurisdicciones a la jurisdicción constitucional, ha sido motivo de cuestionamiento la manera en que dichos fueros (locales) se supeditan al constitucional.

En este capítulo se ha explicado cómo la competencia ordinaria puede dejar de tener ese carácter cuando alguna controversia se lleva a los tribunales federales.

En un contexto de sistema federal, el maestro Mario Moya Palencia expresa que "los problemas de carácter local se - traducen simultáneamente en problemas nacionales que deman- dan la intervención directa de instituciones administrati- vas federales en las entidades".⁹¹

Por lo que toca a la forma en que se expresa la volun- tad de las entidades componentes para constituirse en Esta- do federal, es necesaria la estricta asignación de compe- tencias que es "fundamental para la estructura y funciona- miento del sistema federal y se instituye en la Constitu- ción que expresa la voluntad de la unidad global".⁹²

La distribución de las competencias como parte importan- te del sistema federal ha de ajustarse a las necesidades - regionales y nacionales. "Los sistemas federales han desem- bocado en una compleja inter-relación de administraciones que exige de una adecuación constante para que, sin

91. Moya Palencia, Mario. Democracia y Participación. - -
Universidad Nacional Autónoma de México.
Publicaciones ENEP Acatlán. México 1982. p. 77.

92. Ibidem (91) p. 74.

perjuicio de las responsabilidades locales, participen los dos órdenes en la consecución de los objetivos nacionales".⁹³

En nuestra historia constitucional, el primer antecedente de organización política federal se presenta en la Constitución de 1824, en la cual se proclama que "la Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de república, representativa, popular, federal".

La forma en que se efectuó el pacto del pueblo mexicano para constituirse en Estado federal obedece a su base sociológica, como ha sido expuesto por algunos autores, que encuentra sus orígenes en la época precortesiana; sin embargo, el régimen colonial legó un sistema de carácter centralista, no obstante la existencia de civilizaciones disímboles, que procuraban un localismo o regionalismo social. Consumada la independencia, algunas provincias mexicanas (Jalisco fue el primer Estado que se declaró libre y soberano) proponían al Congreso la adopción del sistema federal.

Otro antecedente importante es que la Constitución de Cádiz de 1812 estableció para España y sus colonias las diputaciones provinciales, que pudieron haber sido el antecedente inmediato para el nacimiento del Estado Federal Mexicano.

93. Ibidem (91) pp. 74 y ss.

A estas consideraciones hay que agregar que nuestros vecinos del norte vivían y gozaban de los beneficios que - ofrece el sistema federal desde hacía treinta y cinco años.

La idea sociológica (determinante para estos efectos) - que estimo ha motivado en la mayoría de las legislaciones la adopción del sistema federal, es el reconocimiento e - innegable realidad de que a partir de la independencia de los Estados de la metrópoli o país originalmente rector de su estructura estatal, el nacimiento del nuevo Estado no se ha realizado de manera uniforme sino que ha estado sujeto a modalidades políticas y económicas inherentes a la conquista, que propicia una estructura heterogénea de la nueva sociedad. En este orden, la situación geográfica, las - costumbres y necesidades disímolas de las poblaciones, - exigen un orden legal que reconozca el derecho a una organización que proclame la libertad local.

Después de la Constitución de 1824, la Constitución de 1857 sostiene el principio federal, ratificando que "el - país deseaba el sistema federal porque es el único que con viene a su población diseminada en un vasto territorio".

Los treinta años de receso del sistema federal mexicano, etapa histórica importante que produjo la inconsistencia - de este sistema, denotan un poder unitario que no encontró

límites para su ejercicio, o la conciencia federal mexicana no era tal que pudo ser quebrantada por principios egoístas y seguramente por auspicios externos.

Nuevamente nuestra Constitución vigente, promulgada el 5 de febrero de 1917 en Querétaro, Qro., reconoce que el sustento del sistema político mexicano es el sistema federal; la importancia de este documento jurídico es la innovación que presenta para la protección de los derechos sociales.

La pregunta obligada para resolver la situación que nos ocupa, para determinar la subordinación que existe entre los fueros legales con relación al fuero constitucional, - tomando en cuenta el antecedente histórico y la necesidad actual que presenta nuestro país, es, ¿El federalismo corresponde o no a nuestra conciencia y naturaleza política?

Seguramente la conciencia política no sólo demanda ajustes en las estructuras sociales y legales que permitan la sana impartición de justicia y el estricto respeto a la distribución de competencias pactadas entre la federación y sus entidades componentes, sino también estar a la vanguardia y participar en los acontecimientos sociales, para ajustar el desarrollo histórico con la consecuente demanda de libertad política.

En este orden, "el progreso de un pueblo que se eleva - desde un punto más bajo hasta otro más alto en la escala - de la libertad, es necesariamente lento; y al tratar de - precipitarlo, o bien lo retardamos, o lo frustramos perma- nentemente".⁹⁴

Si atendemos a los fines del pacto federal, como la - - preservación del sistema para lograr la tranquilidad so- - cial, las relaciones que establecen la supra o subordina- - ción en favor de la federación, (fijados por la ley) resul- tan acordes con esta protección; en el caso de controver- - sias planteadas ante tribunales ordinarios o locales cuyas resoluciones no satisfagan las pretensiones de quienes acu- den a ellos, se reafirma la supremacía del fuero constitu- cional, a partir de una subordinación vertical propia del sistema.

A diferencia del concepto anterior, la distribución ho- rizontal de competencias (generalmente locales, y en algu- nos casos entre la federación y sus Estados) deduce la - - existencia de un poder llamémosle constituyente, que defi- ne las materias y el ámbito de aplicación de la norma. Por tanto, formal y virtualmente existe subordinación al fuero constitucional; en una acepción, la toma de decisiones

94. Op. Cit. (42) p. 46.

por un órgano central protege al sistema, siempre y cuando se haya llegado a él después de un exhaustivo planteamiento del problema a nivel local. Aquí debemos considerar que la competencia ordinaria debe traer implícito el carácter autónomo de la judicatura en el ejercicio de sus funciones, carácter limitado a la preservación del orden público, sin embargo, de esa autonomía depende en gran medida la solución que puede o no alterarlo, de ahí que su límite sea este concepto.

C A P I T U L O 3

"Es preciso no cambiar el carácter de una nación cuando se quiere conservar su vigor original".

Montesquieu.

CAPITULO 3. REGIMEN JURIDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.

3.1 La adopción del sistema federal en diferentes ordenamientos constitucionales.

La adopción de cualquier sistema jurídico está precedido por un cuerpo legal emanado según los sujetos u órganos que lo realicen, según procedimientos monárquicos o populares. Entonces, para concebir la existencia formal del sistema federal en los modernos ordenamientos constitucionales, se plantea la consideración inicial de cómo o en qué forma han nacido dichos ordenamientos, que a su vez contendrán o no principios de organización federal.

El nacimiento de una Constitución se ha clasificado en las siguientes categorías:

Constituciones otorgadas, o concesión unilateral por -- parte del soberano (corresponden a la época de la soberanía real) donde éste extendía una carta de derechos a los súbditos, autolimitando su ejercicio en el poder. Generalmente esta clase de constituciones contienen cláusula de irrevocabilidad.

Las Constituciones impuestas que son emanaciones constituyentes de las Asambleas Legislativas que al margen de la voluntad real estructuraron una ley fundamental y obligan

al monarca a respetarla. (Por ejemplo la Constitución de - Cádiz de 1812, que impuso a Fernando VII su respeto, quien emite el Edicto de Segovia desconociendo este trabajo legislativo).

Suelen tener estas constituciones una consulta popular o referéndum; por ejemplo, en Francia la Constitución de - 1945, rechazada en 1946. La Segunda Asamblea Constituyente de 1958 con De Gaulle, trabaja nuevamente en este documento que será aprobado por consulta popular en el mismo año.

Las Constituciones pactadas en las cuales concurren el - pueblo y la monarquía, pueden ser también multilaterales o de acuerdo con diversos grupos que coexisten en el Estado.

Las Constituciones de soberanía popular basadas en la - idea de que el valor político lo tiene el pueblo; no admiten la presencia de sectores diversos a éste; el pueblo -- instala una Asamblea Legislativa dotada de facultades - constituyentes que tendrá como única misión redactar la - ley fundamental.

Con relación al ordenamiento constitucional preexistente, los procedimientos de emanación de las nuevas constituciones pueden ser de dos tipos:

Primero, las jurídicas, cuando el propio ordenamiento lo prevé. (Toman el carácter de anti-jurídicas cuando se crea otro documento sin la previsión expresa en él mismo).

Segundo, las de hecho, documentos emanados de un acto revolucionario que desconocen la vigencia del documento jurídico preexistente.

Hasta aquí nos hemos referido a la clasificación de las constituciones según su nacimiento, sin embargo, hay otros criterios de clasificación, como son los siguientes:

Las constituciones por su forma jurídica se clasifican en consuetudinarias y legisladas; por su reformabilidad en rígidas y flexibles (aquí queda comprendido el concepto de rigidez constitucional); por su volumen en extensas y cortas, y por su duración en viejas y nuevas.

Con estas consideraciones acerca de la forma en que -- nace una constitución, y que por su naturaleza es susceptible de clasificarse bajo otros criterios, iniciaremos un estudio acerca de la adopción del sistema federal en algunos ordenamientos constitucionales, así como la exposición de ideas acerca de la actualidad de dichos ordenamientos; asimismo, como comentario previo al estudio del sistema jurídico latinoamericano, aquí se

presentan algunos puntos de vista para puntualizar en el capítulo correspondiente.

Una de las consideraciones previas al estudio del sistema jurídico latinoamericano, es la influencia que tiene el pensamiento europeo y las doctrinas que en él se gestaron y que como se ha dicho, fueron asimiladas por los Estados Unidos de Norteamérica. En este orden, el proceso de asimilación o modelos para instituir al sistema federal en Latinoamérica ha estado sujeto a condiciones totalmente diferentes a las que se presentaron en Norteamérica. Así, una de las cuestiones válidas para someterse a consideración, es la estructura colonial adoptada en los países latinoamericanos, que hubo de prolongarse algunos siglos. No obstante, dicha estructura no representa un anacronismo propiamente dicho, sino parte de una evolución que si bien en Estados como el nuestro, fue dolorosa y en algunos casos, poco enriquecedora en lo que se refiere a la aplicación exacta de algún ordenamiento jurídico que resultase justo para la población originaria del país conquistado.

Con lo anterior no se niega la existencia de instituciones impuestas (porque realmente tuvieron este carácter) en el nuevo Continente, y la muestra es nuestro actual derecho de origen romano, sino la forma de aplicación y eficacia de aquéllas, que en alguna manera obstaculizaron el

establecimiento de un orden que se ajustara al Estado ya emancipado de la metrópoli (sin negarle a la insurgencia su participación para este cambio), y más aún, las actuales reminiscencias en el ejercicio del poder, que sólo reflejan la falta de cohesión y la pseudoconcreción de instituciones sociales, económicas, políticas y jurídicas.

La idea anterior no debe ser interpretada por el ortodoxo pensamiento de la ciencia política norteamericana, que concibe una armonía social inherente (por supuesto que no lo es, por lo expuesto y comentado en capítulos anteriores) basada en la congruencia individual y sistemática; no, sino la interpretación en cuestión es tendiente a desentrañar aspectos objetivos que han determinado la evolución institucional de los pueblos latinoamericanos, que si bien emergen como nuevos entes jurídicos frente a la metrópoli (proceso que aún se está gestando en algunos de ellos, y no precisamente con relación a la metrópoli, sino frente al resto de los Estados), la herencia histórica ha sido determinante para lograr la plena independencia ideológica y demás aspectos que quedan involucrados en aquél concepto que determinan su forma de organización política, económica y social, que impiden que las nociones anteriores del nuevo Estado sean totalizadoras con relación a su propia vida y necesidades.

Otro impedimento se refiere a los actuales obstáculos - que vedan el cabal desarrollo de las soberanías estatales latinoamericanas, es la falta de reconocimiento a dicha soberanía que impide asimilar el pasado y comprender el presente, y muchos menos "planear un futuro concebido, don de la actividad de fuerzas y tendencias de desarrollo buscan la actualización de configuraciones"⁹⁵; configuraciones que estimo conveniente remitir a estructuras jurídico-políticas.

Los postulados del desarrollo jurídico-político de Europa Occidental y de Norteamérica se han presentado como un paradigma de superioridad, lo cual no debe entenderse como tal y no debe condicionar al resto de los Estados a seguir los, sino debe plantearse como un modelo que ha tenido resultados bajo determinadas condiciones y que ha ofrecido beneficios a esa estructura, pero no por ello deberá reproducirse en otro Estado, si éste no presenta las condiciones óptimas o por su propia naturaleza no es factible su observancia.

Con estas consideraciones, únicamente se elaborarán algunas posiciones sobre la actual situación jurídica de

95. Kaplan, Marcos. Aspectos del Estado en América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1982. pp. 19 y 30.

algunos Estados latinoamericanos (para lo cual se ha expresado esta opinión preliminar) y de algunos otros; paralelamente se mencionan algunos aspectos del sistema federal como forma de organización jurídico-política que traen implícitas algunas de las características ya mencionadas, que constituyen una mínima parte comparada con su amplia realidad.

3.1.1 Sistema Latinoamericano.

"Las instituciones políticas están ligadas a las estructuras económico-sociales, a los niveles de desarrollo, a las ideologías y sistemas de valores y a las tradiciones culturales".⁹⁶ Con esta idea se plantea el estudio de los sistemas latinoamericanos que a continuación se presenta.

La conquista en los países latinoamericanos se realizó en gran medida por una monarquía centralizada que imperaba en España, excluyendo otro tipo de organización europea, por lo que el desarrollo colonial estaba supeditado a las necesidades de la metrópoli unidas a la época bullonista-europea; aquélla al poseer la riqueza colonial se sustrae al contacto industrial que ya mostraba sus primeras manifestaciones.

96. Duverger, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. Primera reimpresión. México Junio 1986. p. 591.

Por estructura colonial se ha entendido a "aquella en - que vinculan un país, un sector o un grupo étnico con - - otro".⁹⁷

La herencia colonial y la guerra de independencia produjeron que los nuevos Estados quedaran gravados por fuertes deudas, lo que en alguna forma deformó la economía latinoamericana dedicada esencialmente a la explotación. Por lo que se refiere a la estructura social, la colonia legó una fuerte división de clases; por ejemplo, en Argentina, el - centro económico (Buenos Aires) con tendencia hacia las - costas, provocó que decayera el primero, creándose provincias ricas y pobres, con la consiguiente diferenciación - social.

Un documento importante fundamento del imperio colonial español fue la Bula Alejandrina expedida por Alejandro VI en 1493, en la cual se dividen las tierras descubiertas en América entre España y Portugal.

El derecho latino, especialmente el de los países de ha bla hispana, tiene sus antecedentes en el derecho feudal - español de la edad Media, como el fuero Juzgo y las Leyes de Partida.

⁹⁷. Graziani, Giovanni. América Latina, Imperialismo y Subdesarrollo. Editorial Diógenes, S.A. Septiembre 1979. p. 8.

La conquista marcó el inicio de muchas instituciones la tinas que hasta la fecha tienen vigencia en algunos de -- nuestros países; los rasgos y características de este acontecimiento se ubican en un concepto utilitarista con relación a la riqueza y posibilidad de explotación que representó; por ejemplo, en México y Perú, dos de los países latinoamericanos que por la riqueza de sus recursos natura--les, se integraron violentamente al sistema colonial español.

El Derecho Indiano quedó contenido en Reales Cédulas, - Instrucciones, Ordenanzas y Documentos que integran las Leyes de Indias, dictadas por la Corona Española; como tribu--nales superiores de revisión se establecieron la Casa de - Contratación de Sevilla, el Supremo Consejo de Indias y el Rey.

Se ha hablado de la existencia de dos clases de colonialismo: el colonialismo externo que liga a la metrópoli -- principal con las colonias, y, el colonialismo interno (difícil de superar) que liga a las colonias con sus respecti--vas regiones. A partir de esta consideración, las relacio--nes económicas se polarizan; por ejemplo, en Brasil, al -- ser las regiones de plantaciones de azúcar un sector nuevo y poderoso, lleva a la prosperidad a dicha región, hacién--dose la metrópoli de la colonia (colonialismo interno);

el desarrollo de una zona implicó el subdesarrollo de - -
otras. (Esto es el efecto de la actual política latinoame-
ricana de urbanización, que concentra poderes y bienes en
una zona).

"Las empresas de los españoles en el Nuevo Continente -
después de la de Colón, parecen haber sido ocasionadas por
la sed de oro la que llevó a Ojeda, Nicuesa y Vasco Núñez
de Balboa al Istmo de Darién, Cortés a México, Almagro y -
Pizarro a Chile y Perú".⁹⁸

Los grandes recursos naturales de las nuevas colonias y
el enriquecimiento repentino de las metrópolis ocasionaron
un fenómeno explicado en la forma siguiente: "el estudio -
comparativo de la colonización del Nuevo Mundo nos conduce
a una conclusión fundamental, paradójica, pero expresión -
del desarrollo: mientras mayor fue la riqueza por explotar
(en Latinoamérica), más pobre y subdesarrollada es la re--
gión hoy; y mientras más pobre fue la colonia (Estados Uni-
dos de Norteamérica en lo que toca a recursos naturales y
abundancia de mano de obra), más rica y desarrollada es la
región hoy".⁹⁹

98. Gunder Frank, André. Lumpenburbuesía: lumpendesarrollo.
Serie Popular Era. México 1978. Cita Adam Smith. p. 25

99. Ibidem (98) p. 28.

Para este autor los sistemas de ocupación y utilización de la tierra determinaron los rubros del desarrollo, así - como la existencia de diferentes clases sociales; esto - - ejemplificado en las colonias, en lugares donde había un - gran número de minas (por tanto un gran número de esclavos negros) procuraban la creación de grandes latifundios, mien- tras que en países como Costa Rica, provincia pobre y ais- lada, tenía una estructura social más homogénea, constituí- da por descendientes de españoles.

Con esta herencia clasista, "uno de los grandes males - que aquejan a Iberoamérica es, precisamente, la escasez de relación y comunicación entre capas sociales con nivel de vida muy distinto y distante, que se traduce en disociación entre los que dirigen el sistema político y económico y la masa gobernada".¹⁰⁰

Por lo que toca a la conquista de Brasil, país descubier- to en 1500, se implantó el sistema colonial portugués muy - vinculado a aspectos esenciales del sistema colonial espa- ñol; la diferencia con la corona portuguesa era que ésta - consideraba que era más lucrativa la explotación de las - - factorías en Asia y Africa, lo que en alguna manera debili- tó el espíritu impositivo de sus instituciones en -

100. Op. Cit. (96) p. 594.

Latinoamérica; sin embargo, la importación de esclavos negros no cesó (sobre todo en 1502 con la explotación minera y de las plantaciones de caña de azúcar); no obstante, España y Portugal perdieron fuerza en el siglo XVII con el tratado de Utrecht de 1713, en el que se establece el monopolio inglés en el tráfico negrero en el Atlántico.

En Brasil también se hace patente la estructura autárquica como eje organizativo de la estructura económica, lo cual reduce las posibilidades de surgimiento de nuevas ciudades. (Desde entonces se presenta la concentración demográfica en los países latinoamericanos).

Pese a la existencia de los Consejos Municipales, éstos se encontraban ajenos a las decisiones básicas de los dominios; el derecho del voto y el ejercicio de cargos públicos estaban reservados a la minoría señorial.

Un punto importante que diversificó las bases de la sociedad (tanto en Brasil como en el resto de los países latinos) y estructura política, fue el mestizaje, que crea demandas ya no identificadas con las necesidades de la metrópoli, sino con su propia población e intereses.

La conducta que imperó en el período colonial, reside en la conciliación del sistema impuesto y en el principio

de unidad del territorio, con la tendencia a la desintegración regional o local. Por ejemplo, en el caso del vasto territorio brasileño, la autoridad del gobierno metropolitano y de sus apéndices decrece por razones del alejamiento del centro.

Una causa que debilitó la dominación de las metrópolis sobre sus colonias en América, fue la Batalla de Trafalgar en 1805, en la cual, por medio del Pacto de Familia, España y Francia hacen frente a la flota inglesa, que al mando del Almirante Nelson destruye un gran número de barcos - franceses y españoles; así, la fuerza naval española sufre una baja importante en el enlace y dominación de las colonias. (Mientras tanto, en México aumentaba el número de manufacturas).

También con las reformas borbónicas de fines del siglo XVIII, España libera algunos reglamentos comerciales con las colonias; dada la cercanía de este país con Portugal, es posible que esta medida haya influido en las políticas de éste con relación a sus colonias.

Al lograrse la independencia de los países americanos, se originan varias tendencias a fin de organizar a los nuevos Estados. Es de importancia determinar si el propósito de dichos Estados era constituirse en Estados unitarios o federales.

Después de la colonia, los nuevos intereses quedaron sustentados por el clero, por la milicia y por algunos grupos de criollos que trataban de definir la nueva organización (recordemos que los intereses eclesiásticos aún tenían un matiz de derecho divino, que como sabemos se tradujo en la vigencia que tuvo el Tribunal de la Santa Inquisición).

Al lado de esta situación social, la debilidad económica de los países latinoamericanos después de su independencia, los hace dependientes de Europa, así, "la inversión extranjera que data de la época de independencia, sofoca cualquier tentativa de industrialización local y subordina la economía a la metrópoli".¹⁰¹

Por ejemplo, la industria algodonera latinoamericana, salvó a la economía inglesa en el siglo XIX (de dicha industria, el 35% provenía de Brasil). Las metrópolis importaron nitrato* y cobre de Chile y guano de Perú.

Entonces el incipiente desarrollo de los países latinoamericanos fue reemplazado por la gestión de procedimientos

101. Op. Cit. (97) p. 24.

* En Chile se hizo famoso el monopolio de nitrato de John T. North, quien compró acciones de las minas y ferrocarriles por su valor nominal del tiempo en que éste había disminuido en un 10%. Paradójicamente, el pago hecho en dólares lo efectuó el Banco Chileno de Valparaíso.

financieros, de ahí que se sostenga que "el desarrollo autónomo vuelto hacia el interior sólo podría cobrar auge en detrimento de los intereses tradicionales, los cuales no vacilaron en recurrir a la ayuda de su aliado natural, el poder metropolitano, en las guerras civiles entre federalistas y centralistas. Los intereses nacionalistas que habían reivindicado la protección de los derechos de los Estados Federales, fueron derrotados y la batalla por la Independencia latinoamericana fracasó para siempre".¹⁰²

Se mencionó que uno de los puntos que diversificó el desarrollo de los nuevos Estados fue el mestizaje, con el cual los criollos lucharon por una nueva forma de organización, o bien, por conservar la anterior.

La independencia latinoamericana, ocurrida entre los años de 1810-1820 estuvo fuertemente influenciada por la presencia de grupos que aún pugnaban por conservar viejas formas de organización. En México la independencia estuvo acompañada por notables documentos como el que elaborara Morelos conocido como "Sentimientos de la Nación", compuesto de 23 puntos, uno de los cuales establecía que "la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano - -

102. Ibidem (97) p. 18.

compuesto de representantes de las provincias en igualdad de número".¹⁰³

El fundamento formal de la independencia mexicana se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, vigente hasta 1821, documento que reconocía la existencia del ayuntamiento, antecedente de la demarcación interna de los municipios. (Diputaciones provinciales en el período posterior a la Independencia).

Un punto de vista sobre la independencia chilena es expresado por Luis Vitale: "la causa de la revolución de 1810 fue la existencia de una clase social cuyos intereses entraron en contradicción con el sistema de dominación impuesto por la metrópoli".¹⁰⁴

En estos movimientos, otros nombres que destacan en la historia latinoamericana son Saavedra y Castelli en Argentina, Yedros y Cabañas en Paraguay, Artigas en Uruguay, Bolívar y Miranda en Venezuela.

Mientras tanto, la visión europea de estos acontecimientos fue expresada por Guizot¹⁰⁵, en su informe a la

103. Sayeg Helú, Jorge. Introducción a la Historia Constitucional de México. Universidad Nacional Autónoma de México. Publicaciones ENEP Acatlán. México 1983. p. 26.

104. Op. Cit. (98) p. 57. Cita Luis Vitale. Historia de Chile.

105. Ibidem (98) p. 61. Cita Guizot.

Cámara Francesa:

"Hay en los Estados de la América del Sur dos grandes partidos, el partido europeo y el partido americano. El europeo, el menos numeroso, comprende los hombres más esclarecidos, los más familiarizados con las ideas de la civilización europea. El otro partido, más apegado al suelo, impregnado por ideas puramente americanas, es el de los campos. Este partido ha deseado que la sociedad se desarrollara - por sí misma, a su modo, sin préstamos, sin relaciones con Europa".

En Argentina los federales de las provincias combatieron a los unitarios de Buenos Aires en el período de Rosas, quien fue derrotado en la Batalla de Caseros; bajo Mitre - aún no se dominaba a las provincias, sino hasta los gobiernos de Roca y Pellegrini, después de 1880. Argentina fue - uno de los países latinoamericanos que pugnó más fuertemente por el principio de "federación o muerte"¹⁰⁶, desde el inicio de su independencia.

Otro punto de vista acerca de la situación posterior a la independencia argentina, se ha expresado en los siguientes términos: "El desarrollo económico de la Argentina

106. Op. Cit. (58) p. 363. Cita Sarmiento Faustino. - -
D. Facundo. Civilización y Barbarie.
Buenos Aires 1920.

posrevolucionaria se caracterizó por un desplazamiento del centro de gravedad económico del interior hacia la costa, provocado por la rápida expansión de la última y el simultáneo retroceso del primero. El carácter desigual del desarrollo económico condujo a que fue en cierta medida una desigualdad que se perpetúa a sí misma. El país resultó dividido en provincias pobres y ricas. Los del interior tenían que despojarse de grandes proporciones del ingreso nacional en favor de Buenos Aires y otras provincias del Este".¹⁰⁷

Dentro de la historia constitucional mexicana, después de la Constitución de Cádiz de 1812 (en cuya Corte participaron diputados novo-hispanos como Lucas Alamán, Lorenzo de Zavala y Ramos Arizpe), el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba de 1821 establecen una monarquía constitucional moderada; entre sus principales puntos proclaman a la religión católica como única y la protección de los intereses del clero regular y secular.

Estos documentos al lado de otros importantes como el Acta Solemne de la Independencia de la América Septentrional de 1813, el Decreto Constitucional para la Liberación de la América Mexicana de 1814 o Constitución de Apatzingán,

107. Op. Cit. (98) p. 64. Cita Burgin, Myron. The Economic Aspects of Argentine Federalism, 1820-1852. Ed. Harvard University Press. Cambridge 1946. p. 81.

El Plan de Veracruz o Casamata de 1823, constituyen las fuentes históricas inmediatas de nuestro actual régimen jurídico.

El camino de México hacia el sistema federal estuvo precedido por los notables auspicios de Miguel Ramos Arizpe, quien con su participación en las Cortes de Cádiz sostuvo -- los derechos de las Américas, en particular los de las provincias internas de Oriente (Coahuila, Nuevo Reino de León, Texas) que a su juicio sufrían de muchos problemas por no tener un establecimiento proporcional uniforme de cabildos* en cada una de sus poblaciones.

El maestro Sayeg Helú sostiene que "El sistema de diputaciones provinciales consagrado entre nosotros por la -- Constitución de 1812 se vió obligada a reconocer, al proveer a cada provincia de su propio gobierno representativo y de una cierta independencia, eran a tal manera apremiantes, que, simultáneamente a las actuaciones de Ramos Arizpe ante las Cortes de Cádiz, Rayón y Morelos se habían visto obligados ya a atender diez años atrás".¹⁰⁸

* En la América Hispánica colonial, los cabildos eran corporaciones que tenían a su cargo el gobierno de los Municipios integrados por alcaldes (uno en las villas y dos en las ciudades) y regidores (cuatro en las villas y de seis a doce en las grandes ciudades como México y Lima). En algunos cabildos como el de Buenos Aires, los regidores desempeñaban funciones rotativas de cobrador de multas, en la reglamentación de pesas y medidas, etc.

Con la adopción del Plan de Casamata por los principales territorios mexicanos, el país quedó dividido en provincias o estados independientes.

Por esas provincias o estados independientes a quienes posteriormente se les reconoció autonomía, explica el autor antes citado que "nuestro federalismo surgió, es verdad, en forma inversa al de la unión del Norte; entre nosotros no puede hablarse de Estados-miembros que, a base de ceder una parte de su soberanía -externa- hayan logrado fundirse en uno solo; se trata efectivamente de un Estado unitario que se transformó en Estado Federal".¹⁰⁹

El problema en cuestión es dilucidar y resolver los resultados prácticos que han tenido las dos distintas formas para crear un estado federal (uno de los cuales se ha expuesto a lo largo de este trabajo, con el modelo que ofrece Norteamérica) que han nacido bajo circunstancias totalmente diferentes.

No obstante, el federalismo latinoamericano en su conjunto, ha tenido manifestaciones prácticas fugaces, aun cuando se reconozca en el cuerpo legal de los Estados. "Salvo en Argentina, Brasil, México y Venezuela, la

109. Ibidem (103) pp. 40 y ss.

fórmula federal no prosperó sino por poco tiempo. Los sueños de Bolívar de una Federación de la "Gran Colombia", pronto fallaron con la escisión de Ecuador, Colombia y Venezuela. En cuanto a la Federación de América Central, no tuvo vigencia más allá de 1840. En Chile el federalismo no representó más de un breve episodio con la Constitución de 1828 que no llegó a tener dos años de vigencia. Colombia conoció una experiencia federal con las Constituciones de 1853 y 1863 pero el federalismo no prosperó y en la Constitución de 1886 se reformó definitivamente a la forma unitaria".¹¹⁰

Hasta hoy no se ha discutido cuál es la mejor forma de constituir a un Estado federal, únicamente se ha expresado la forma en que se han originado dichos Estados, así como los beneficios que ofrece el sistema a partir de su origen. Para lo anterior, el primer requisito es la independencia total de la metrópoli con su correspondiente declaración que trae implícitas situaciones realmente importantes; si esta proclama se efectúa con los vestigios que ofrece la colonia centralista, tarde o temprano el sistema presentará brotes unitarios o fuerzas que van de afuera hacia al centro, acompañados de intereses que dan la espalda a su propio regionalismo; en otro caso, si el Estado federal nace

110. Op. Cit. (96) p. 594.

como una alternativa de unión, sin vislumbrar siquiera la forma unitaria de organización (porque no corresponde a su naturaleza político-jurídica) no se tiene nada que perder, y si mucho qué ganar con la implantación del régimen federal, lato sensu.

Por su estructura constitucional, nuestro régimen federal conjuga los principios que lo caracterizan, la autonomía democrática de las entidades federativas en el sentido de designar a sus órganos de gobierno administrativos, legislativos y judiciales; no obstante, el planteamiento formal del régimen federal, puede tratarse de un Estado con este sistema sui generis, si sus entidades sólo se limitan a existir como entes aislados de la unión en lo que se refiere a la determinación del curso estatal.

La reforma liberal en los países latinoamericanos contempló la expectativa de organización autónoma, sea o no federal, sin embargo, el proceso de este acontecimiento del siglo pasado sigue en camino.

En Brasil se estableció la república en 1889 (que coincide con su auge cafetalero); en Argentina el movimiento liberal se inició en 1880 con Roca; en Cuba en 1885-1898; en Chile con la Revolución de 1851 y 1859; en Guatemala en 1871-1873; en El Salvador en 1885; en Costa Rica en

1858-1867; en Honduras en 1876; en Nicaragua en 1892; en Perú se inicia en 1860 con el auge algodonero; en Ecuador en 1895; en Venezuela en 1870; en nuestro país la Constitución de 1857 marcó el inicio del México liberal con el correspondiente reconocimiento definitivo del sistema federal, que había sido contemplado en nuestra Constitución de 1824.

A partir de las reformas liberales en latinoamérica, se ha iniciado la contemporánea disputa por la dirección política; "el poder político en América tiene un carácter oligárquico o cuasi oligárquico, porque se funda en una participación política limitada y en el compromiso político celebrado entre un número reducido de sectores sociales".¹¹¹

Sabemos que el principio de separación de poderes se incorporó al constitucionalismo latinoamericano, no obstante, la realidad muestra que el equilibrio y la armonía de aquéllos no se ha conseguido, y sí un claro predominio del poder ejecutivo.

En este sentido, podemos explicar la actual preponderancia presidencial por varias razones: por el carácter histórico tradicional del caudillismo o necesidad de personalizar

111. Ibidem (96) p. 595. Cita Jorge Graciarena.

el poder; las amplias facultades hoy reconocidas por diversos ordenamientos latinoamericanos al Ejecutivo; y también, por la actual política de partidos políticos hegemónicos - que por su sola existencia desvanecen alternativas políticas nacionales y únicamente dejan como vía "jurídica" la filiación partidaria.

Estimo que una de las tendencias actuales que ha dificultado la aplicación del sistema federal en Latinoamérica, es la urbanización (concepto que no debe entenderse como creación de obras estrictamente, sino como el crecimiento de las ciudades) que da la espalda a las necesidades y participación regionales, ya que constituye una forma de centralizar funciones. La urbanización se ha configurado por distintos factores:

El crecimiento demográfico; las migraciones; las estructuras rurales (organización actual de la imposición centralista colonial); por lo atractivo que resultan los nuevos focos industriales; por el despliegue de la cultura urbana y por las expectativas de ocupación (como status y como oasis de progreso).

Estos factores, unidos a la falta de una conciencia uniforme de unión, no con el centro, sino con todo el país, son algunas de las actuales bases sociológicas que

determinan la concentración y alfluencia de más y más poderes en el centro; más aún, cabe analizar si el cuerpo legal de los Estados (componentes) de la unión, ha sido capaz de proteger a sus miembros para contener el proceso al que nos referimos.

Estimo que la urbanización es el efecto de la toma de decisiones que procura precisamente este fenómeno; en la medida en que se garantice el ejercicio del poder por una autoridad central que haga cumplir sus resoluciones mediante la distribución de competencias ramificadas regionalmente, la respuesta es única y originaria, y el sentido de la conciencia localista se desvanece, aun cuando la exigencia sea otra e incluso formalmente reconocida en los ordenamientos jurídicos.

Esta postura ha sido sostenida cuando se ha expresado que "otro de los fenómenos de la realidad social iberoamericana es el progresivo proceso de urbanización. En la actualidad, más de la mitad de la población de aquellos países habita en zonas urbanas y en todos ellos se agudiza el desmesurado crecimiento de la capital".¹¹²

112. Ibidem (96) p. 593.

Como mención especial, el nuevo régimen cubano instaurado en 1959, al parecer abolió algunas de las pretensiones que proporciona el marco urbano (y todo lo que este concepto encierra) sustituyéndolas por otra forma de vida que se pretende ajustar a la sociabilización de los bienes, proclamada y reconocida por su Constitución. Por lo anterior, debemos considerar muchas otras causas que diferencian la estructura jurídica de este país del resto de los Estados latinoamericanos; con el advenimiento del sistema socialista de producción, este pueblo adoptó un régimen jurídico-político diverso.

3.1.2 Sistema Suizo.

En este estudio comparado no podemos pasar por alto al sistema suizo que al lado del alemán y del norteamericano han sido los clásicos sistemas federales; por esta razón y porque en el sistema federal suizo se presentan características muy particulares, quizás de las más auténticas en materia de democracia, a continuación haremos algunas referencias al mismo.

La república Suiza presenta entre otras, cuatro características muy importantes: la existencia de un sistema federal aplicado a un país muy pequeño (situación que se refleja en la identidad que existe entre gobernantes y gobernados y de ahí la conservación de instituciones de -

democracia pura); la democracia directa; el procedimiento de democracia semidirecta, y, una muy particular, su poder ejecutivo es colegiado.

Esta república está constituida por 23 cantones, los cuales tienen su propia constitución; el encuentro entre el pueblo y sus autoridades se efectúa por medio de la Asamblea General del Pueblo o "Landsgemeinde". (Esta Asamblea se reúne una vez al año y la tienen los siguientes cantones: Glaris, Unterwalden, Appenzell, Zug y Schwyz).

En el resto de los cantones se sigue el modelo federal de Asamblea (elegida por representación proporcional, salvo en ocho cantones donde hay sistema mayoritario), la cual se reúne una vez al año.

El poder ejecutivo corresponde a un Consejo Federal o Consejo de Estado, que dura en su cargo cuatro años; sin embargo, sus miembros son reelegibles indefinidamente. El número de miembros elegidos por el Parlamento va de cinco a once, pero generalmente son siete; la elección es efectuada por las dos cámaras del Parlamento y se requiere de una mayoría absoluta para estos efectos.

Este sistema no es parlamentario sino directorial ya - que el Parlamento puede manifestar su desconfianza hacia el Consejo; en caso de alguna diferencia con el gabinete parlamentario, el Consejo Federal sólo se limita a cambiar su política. (Cabe aclarar que cada cantón tiene un miembro - en el Consejo Federal).

Así, las máximas instituciones de la federación suiza - son: la Asamblea Federal con Parlamento bicameral, y el - Consejo Federal como órgano ejecutivo.

Las dos cámaras que componen a la Asamblea son:

El Consejo Nacional que representa al pueblo de la Fede - ración; la elección de sus miembros se efectúa bajo el sig - tema proporcional, a razón de un diputado por cada 22,000 habitantes.

El Consejo de Estados, que representa a los cantones, - tiene un total de 46 diputados; la elección es en la si - guiente forma: dos diputados por cada cantón y uno por - - semicantón; y también cada medio cantón tiene un diputado.

Los dos Consejos celebran cuatro sesiones anuales; sus poderes son iguales, sin embargo, sus decisiones las toman por separado y para ser aprobadas se requiere la mayoría - de los miembros presentes por el voto de la mitad más un - voto de uno de los miembros de la Asamblea. Ambos Consejos celebran reuniones conjuntas para la elección del Consejo Federal así como para elegir a los miembros del Tribunal - Federal y al presidente de la federación (éste dura en su cargo un año, según el principio de rotación).

Como se dijo, en el sistema directorial suizo la acción del Consejo Federal queda regulada por las relaciones entre éste y el Parlamento.

El Parlamento está facultado para elegir a los miembros del Consejo Federal, para estudiar las cuestiones sobre - iniciativas de leyes y para proponer postulados y mociones al gobierno; entre las facultades del Consejo Federal se - encuentra la iniciativa de leyes, así como el derecho a ex - presar su parecer sobre iniciativas de ley que tienen su - origen en alguna de las cámaras; sin embargo, no está fa- - cultado para disolver a las cámaras.

El trabajo conjunto en la política suiza se refleja en la actividad ejecutiva del Consejo Federal con la orientación y opinión del Parlamento; de existir controversia

entre ambos órganos, en su caso, las cámaras manifestarán su desconfianza mediante una interpelación; si el Consejo Federal no admite dicho acto, se limitará a modificar su política conforme a la opinión de aquéllas, de aquí que el sistema sea directorial.

Las instituciones de democracia semidirecta practicadas en Suiza quedan constituidas por el referéndum y por la iniciativa popular.

El referéndum es obligatorio para cualquier modificación a la constitución, ya sea federal o local. Se celebra a petición de 50,000 ciudadanos o de ocho gobiernos cantonales. El referéndum en materia legislativa a nivel local es facultativo.

La iniciativa popular existe en materia constitucional en los dos órdenes, federal y local; se requiere para llevarlo a efecto la petición de 100,000 ciudadanos. También en los cantones existe la iniciativa popular en materia legislativa, así como el derecho de revocación popular de los representantes (similar al Recall en los Estados Unidos de Norteamérica que funciona en el plano municipal, el cual consiste en la destitución de un funcionario o de un diputado por la voluntad de un 10% al 35% de los electores,

quienes pueden presentar a otros candidatos además del funcionario en cuestión; finalmente, es elegido el que obtiene la mayoría de votos en un plazo de seis meses); en esta forma los parlamentos cantonales pueden ser disueltos por votación pedida por 12,000 ciudadanos en Berna, 5,000 en - Lucerna, Argovia y Turgovia, 4,000 en Soleure, 1,500 en - Basilea y 1,000 en Schaffhouse.

Por lo que toca a la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos suizos, la Constitución suiza del 29 de mayo de 1874, vigente, indica en su artículo 113, párrafo 1º, No. 3:

El Tribunal Federal juzga entre otros: Los recursos por - violaciones de los derechos constitucionales de los ciudadanos; la legislación federal se reserva el derecho de - - precisar las controversias administrativas. (Aquí se establece la regla, lo es la ley federal).

Dicha regla se corrobora por lo que indica el mismo artículo: "el recurso de derecho público sólo se admitirá - contra actos cantonales. No es admisible contra actos de - autoridades federales".

Aquí puede existir inequidad por la no admisión del recurso, por la lesión de derechos subjetivos constitucionales, infracción que pudo haberse cometido por autoridades - federales.

Como dato adicional, el Tribunal Federal tiene su sede en Lausanna y está integrado por 30 jueces propietarios y once suplentes; el ejercicio en sus funciones es de seis - años con posibilidad de reelección.

Por lo expuesto y por los resultados, el sistema federal suizo ofrece uno de los panoramas más auténticos y promisorios en materia de democracia.

Debemos de considerar que bajo esta forma de organización, y con la existencia del Tribunal Federal, los ciudadanos suizos tienen garantizados sus derechos a nivel local (situación que puede cuestionarse a nivel federal por lo que expresa el artículo 113 de su constitución); no obstante, todo esto tiene por resultado que el Estado, en sus relaciones internacionales desempeñará actividades acordes en función de los intereses reales de sus gobernados; esto por lo que toca al ámbito externo; y por lo que se refiere al ámbito interno de este país, basta con observar la organización federal que poseen para comprender que este Estado se encuentra a la vanguardia en orden de sistema federal y de algunos otros rubros.

3.1.3 Sistema Alemán (República Federal Alemana).

Alemania Federal posee un régimen parlamentario clasificado como régimen de tipo continental. La organización

de sus poderes gira en torno a un Presidente Federal, a un Presidente del Consejo, y al Parlamento.

El parlamento se compone de dos cámaras: el Bundestag, que representa a la Federación (miembros elegidos en proporción a la población), y el Bundesrat que representa a los Estados. Cada Estado o "Länd" tiene un número de diputados de entre tres y cinco.

Las facultades de las cámaras no son iguales, el Bundesrat no participa en la investidura del canciller, ni puede cambiar fórmulas gubernamentales, sólo tiene derecho de veto en materia legislativa (si éste es formulado con una mayoría de dos terceras partes de sus miembros, así como de la misma mayoría en el Bundestag).

En lo que concierne a las leyes federales, ambas cámaras tienen los mismos poderes así como en materia constitucional.

En el Parlamento alemán el rasgo característico que presenta la Constitución de Bonn de 1949, vigente, es que la responsabilidad política de los ministros está en juego. El Bundestag puede derribar a algún ministro y elegir un sucesor. Si éste plantea la cuestión de confianza y no obtiene la mayoría del Bundestag, a petición del canciller - el Presidente puede disolver a esta cámara.

El canciller es el representante del Consejo junto con sus ministros. Su nombramiento es complejo: el Presidente Federal propone un candidato que puede obtener mayoría absoluta de los miembros del Bundestag; si no obtiene dicha mayoría, el Bundestag puede elegir un canciller sin designación del Presidente. El Presidente tiene quince días para pronunciarse acerca del nuevo nombramiento; de no hacerlo puede nombrar al que haya obtenido mayoría relativa, o bien, disolver al Bundestag.

El régimen parlamentario clásico en el que se apoya el sistema de partidos (pluripartidismo) está más próximo al bipartidismo; el Partido Socialista y el de la Democracia Cristiana; este último gobernó a Alemania de 1949 a 1966.

El Presidente Federal es elegido por una Asamblea Especial compuesta por una mitad por los miembros del Bundestag, y la otra mitad por los miembros elegidos proporcionalmente por las Dietas provinciales o Asambleas de los "Länders" (convenciones de los Estados en los Estados Unidos de Norteamérica).

Por la existencia de estas asambleas, la elección del Presidente no es directa. Este no puede legislar por decreto ni revocar al gabinete ministerial cuando éste está apoyado por las cámaras.

Sobre la referencia histórica hecha en este trabajo al nacimiento del Imperio Alemán, el proceso que ha vivido este país para formar su cuerpo normativo, en especial una Constitución, en sus inicios se vió limitado por las experiencias en el período de los conflictos prusianos y la política de Bismarck; contemporáneamente sus esfuerzos han sido desplegados para estructurar un Estado apoyado en un régimen federal.

Acorde con lo anterior, era necesaria la presencia de un órgano que protegiera los intereses de los particulares frente a actos de autoridades que los lesionaran.

Así, el 17 de abril de 1951 se creó el Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) cuyas actividades se reparten entre las dos cámaras; el número de sus miembros es de 24, elegidos por éstas. Entre otras facultades, este Tribunal puede disolver partidos políticos.

Las funciones esenciales del Tribunal Constitucional son ofrecer al individuo una tutela jurisdiccional de sus derechos fundamentales (Grundrechte) frente a los poderes públicos. Las garantías constitucionales en este sistema quedan contenidas en los primeros 19 artículos de su Constitución. El principio que rige en este tribunal es la búsqueda oficial de la verdad (Offizialmaxime).

Como en la mayoría de los sistemas jurídicos, antes de recurrir al Tribunal Constitucional habrán de agotarse los medios ordinarios previos. No obstante, la Ley del Tribunal Federal Constitucional establece una excepción: cuando se considere de "importancia general" o bien que de la ejecución de algún acto resulte un daño grave o irreparable.

Otra de sus potestades consiste en regular, en vía provisional y sin necesidad de tratación oral, mediante una disposición provisional o "Einstwilige Anordnung", un caso urgente que afecte al orden público.

La República Federal Alemana constituye un ejemplo del sistema federal que ha depurado no sólo sus instituciones sino también la auténtica representación de intereses a través de su sistema de partidos políticos.

Es de considerar el antecedente histórico de este país, que tras conquistas y aplicación de cuerpos normativos por la fuerza dentro y fuera de su Estado, se presenta hoy como uno de los Estados federales prototipos, lo que encierra el sentir social y político de su pueblo.

3.1.4 Sistema Soviético

Para iniciar este estudio debe considerarse que el sistema federal en la Unión Soviética es completamente

nuevo; por tal razón sus fundamentos teóricos son diferentes a la práctica jurídica de los países occidentales.

La Unión Soviética desde 1917 ha tenido cuatro textos constitucionales: en 1918, en 1924 (primera que contempló al sistema federal), en 1936 y en 1977.

Entre los pensadores soviéticos que consideraron importante al sistema federal, se encuentra Vladimir Ilich - - Ulianov, quien aceptaba dicho sistema mediante determinadas condiciones como medio para resolver el problema nacional; sin embargo, estimó que una vez centralizado el Estado, la federación constituía un debilitamiento de las fuerzas económicas, ya que se oponía a la creación de una economía socialista centralizada. A partir de esta idea, se ha sustentado que la federación soviética se basa en el centralismo democrático.

Después de la Revolución Bolchevique de 1917, que abolió el sistema único e indivisible del zarismo, se aludió al concepto de federación, con el carácter de Estado socialista federado-multinacional.

A partir de este movimiento revolucionario, el Tercer Congreso de los Soviets en toda la Unión, legalizó la organización federal desarrollando los puntos "Las - -

instituciones federadas de la República Soviética". Esta medida fue tomada entre otros motivos, por la diversidad de nacionalidad de este país, situación importante entre los Estados federados, cuya composición nacional de población difiere notablemente. Para resolver el problema de los grupos nacionales con divergencias culturales y sociales, se acordó una alianza militar de 1918 a 1920; posteriormente se acordó otra alianza militar económica de 1920 a 1922, y finalmente, la alianza militar, económica y política en un único Estado multinacional: La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, integrada por quince repúblicas: la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Uzbekia, la República Socialista Soviética de Kazajia, la República Socialista Soviética de Lituania, la República Socialista Soviética de Georgia, la República Socialista Soviética de Azerbaiján, la República Socialista Soviética de Moldavia, la República Socialista Soviética de Letonia, la República Socialista Soviética de Kirgizia, la República Socialista Soviética de Tadzhikia, la República Socialista Soviética de Armenia, la República Socialista Soviética de Turkmenia y la República Socialista Soviética de Estonia.

La nueva organización se sustentaría en los Soviets, órganos de poder internacionalista (acorde con el principio de internacionalismo proletario, muy particular de este sistema).

Como en la mayoría de los Estados federales, la estructura en la U.R.S.S. comprende muchos conceptos de derecho Constitucional:

Primero, el principio de agrupación de las repúblicas socialistas soviéticas en un Estado socialista único y multinacional.

Segundo, la dilimitación de los poderes de la Unión y de las repúblicas federadas.

Tercero, los derechos de las repúblicas federadas.

Cuarto, los derechos tanto de las repúblicas, como de las regiones autónomas y de las comarcas nacionales de la U.R.S.S.

Quinto, la definición de la estructura administrativa de las repúblicas.

Sexto, las cuestiones que se relacionan con la ciudadanía soviética. (En atención a la pluralidad de nacionalidades de este país).

"Por su organización, la Unión Soviética es un Estado federativo creado con el fin de prestar ayuda mutua en la esfera de la economía, de la política y de la defensa. Es una agrupación de repúblicas socialistas soviéticas, iguales en derechos y que gozan de atribuciones acordes con los objetivos y tareas de esta agrupación".¹¹³

Ahora bien, la base económica de la federación soviética la constituye el sistema socialista de economía, y la propiedad social sobre los instrumentos y medios de producción. En este sentido, según ha sostenido la doctrina soviética con base en las ideas marxistas, en el país soviético la federación fue creada sobre la base de la dictadura del proletariado.

El primer ejemplo de la federación soviética lo constituyó la República Socialista Soviética Federativa Rusa, proclamada en 1918. El segundo estado socialista federado fue la República Socialista Soviética Federativa del Transcaucaso, que unificó a las repúblicas de Azerbaiján, Armenia y Georgia.

La forma superior de unión estatal de las repúblicas soviéticas fue constituida por la Unión Soviética de 1922.

113. A. Denisov y M. Krichenko. Derecho Constitucional Soviético. Ed. Lenguas Extranjeras. Moscú 1959 p. 139.

Dos años antes de esta unión, ya se contemplaba el sistema federal como base de unión voluntaria de naciones libres, dejando abierta la posibilidad para que los trabajadores - determinaran las bases para entrar a la federación.

Se ha dicho que los principios básicos de la federación soviética son los siguientes: la soberanía nacional; la - agrupación voluntaria; y, la igualdad de derechos de los - componentes de la federación.

Por ser esta unión voluntaria, se infiere que cada repú- blica federada tenga derecho a separarse de la U.R.S.S. - (unión que se estableció inicialmente como alianza) dere- cho reconocido, así como también el derecho a disponer de ejército propio, a conceder ciudadanía, y la amplia inde- pendencia en las relaciones internacionales. (Independen- cia reflejada formalmente, aun cuando existan situaciones políticas que motivan esta decisión, en los casos de Ucra- nia y Bielorrusia como miembros de la Organización de Na- ciones Unidas).

Los derechos anteriores concedidos a las repúblicas fe- deradas son más típicos de una confederación, sobre todo - el derecho a separarse de la unión. (Hasta la fecha ningun- na república soviética se ha separado de la U.R.S.S.). Esta situación quebranta el principio del sistema federal,

cuya fuerza se encuentra en las entidades componentes que debieron haber suscrito esta unión bajo la condición de irrevocabilidad; sin embargo, en este caso, un motivo válido para considerar una posible escisión, (más no es una justificación) podría ser que los representantes no cumplan con el mandato popular, que en su caso se prevé la remoción de aquéllos o bien alguna consulta popular; por tanto, no se ajusta al actual modelo de Estado federal el derecho para anular el pacto, sin embargo, el sistema federal soviético se fundamenta en principios muy diferentes de los modelos occidentales, en cuyo caso estamos en presencia de un Estado diverso al Estado federal: sustentado sobre principios federales con una práctica diferente, o bien, con un Estado que amplía la esfera de atribuciones locales semejantes a las de la confederación, por ejemplo, la autonomía en las relaciones internacionales, que permite al Estado federado acreditarse como Estado autónomo e independiente de la propia U.R.S.S., situación que pone en tela de juicio la supuesta soberanía del país transferida en su favor por parte de sus entidades componentes.

Los órganos de poder de la U.R.S.S. son los siguientes:

El Soviet Supremo de la U.R.S.S.; el Presidium del Poder Supremo de la U.R.S.S.; el Consejo de Ministros de la U.R.S.S.; los Departamentos de la U.R.S.S.; el Tribunal Supremo de la U.R.S.S.; y, la Procuraduría de la U.R.S.S.

Esta organización es también observada por las repúblicas federadas en sus respectivas jurisdicciones.

El Supremo Poder de la U.R.S.S. o Soviet Supremo y su Presidium, es elegido por sufragio universal y secreto. El Soviet Supremo se compone de dos cámaras: el Soviet de la Unión compuesto por 750 miembros y el Soviet de las Nacionalidades con igual número; los actos legislativos se sujetan a la sanción de ambas cámaras por mayoría de votos; también las enmiendas requieren la decisión de ambas, por una mayoría superior a las dos terceras partes de los votos de cada una.

El Soviet de la Unión se elige a razón de un representante por cada 300,000 habitantes; las elecciones del Soviet de las Nacionalidades se efectúa por la representación de las repúblicas federadas, a razón de 32 diputados por cada república, 11 por cada república autónoma, 5 por región autónoma y uno por comarca nacional.* (Aquí la población

* Por lo que se refiere al concepto de república federada, dicho calificativo se debe a que en ella predomina la nacionalidad por cuyo nombre se denomina, sin embargo, como parte de algunas repúblicas federadas existen repúblicas socialistas soviéticas autónomas, regiones autónomas y comarcas nacionales o distritos nacionales.

Las repúblicas autónomas y regiones autónomas se formaron desde la aparición del Estado Soviético. En los años treinta, en la federación rusa se crearon comarcas nacionales que se incorporaron a varias nacionalidades poco numerosas (en especial en el norte del país).

más numerosa tendrá mayor representación en la cámara, lo que significa que la minoría no quedará igualmente representada).

El Presidium, órgano colegiado elegido por el Soviet Supremo, goza de independencia para ejercer funciones de control respecto a actos ejecutivos y administrativos superiores de toda la Unión y de las Repúblicas federadas. Estas funciones equivalen a las que ejecuta un jefe de Estado. - (Cabe mencionar que el derecho de veto no existe en la - - U.R.S.S.).

Acerca de los órganos de poder de las repúblicas federadas o autónomas, su forma de organización es igual a la del Supremo Poder, consta de un Soviet Supremo y su Presidium; sin embargo, el primero se compone sólo de una cámara (sistema unicameral que se ha justificado por la existencia del Soviet de las Nacionalidades de la U.R.S.S., pero recordemos que éste se establece para toda la Unión y

Actualmente existen 20 repúblicas autónomas o Estados Socialistas Soviéticos nacionales que forman parte de las repúblicas federadas. 18 formaciones estatal-nacionales; 8 regiones autónomas y 10 comarcas nacionales. Las regiones autónomas (8) se diferencian por su población, costumbres y forman parte de manera inmediata de la República federada con autonomía administrativa. Así, por ejemplo, en la República Socialista Soviética de Georgia existen dos repúblicas y una región autónoma; en la República Socialista Soviética de Azerbaiján existe una república autónoma y una región autónoma; en la República Socialista Soviética de Uzbekia existe una república autónoma y en la República Socialista Soviética de Tadzhiquia existe una región autónoma.

no para cada Estado). El Soviet es elegido sobre la base de un sistema electoral común a todos los Soviets, por un período de cuatro años. (Este sistema electoral común, re presenta una analogía al organismo interrepublicano creado en 1957 con el fin de organizar el aspecto económico de las repúblicas, conocido como la Comisión Económica del So viet de las Nacionalidades, en el cual cada república fede rada tiene dos representantes).

El soviet supremo de cada república federada ejerce sus funciones reconocidas por la U.R.S.S. como actos legislati vos (reforma o adición de su constitución), derecho de am nistía, designación de los representantes de la república federada en asuntos internacionales. También está facultado para elegir al Tribunal Supremo de la República federada - por un período de cinco años.

Este organismo también elige a los miembros de su Presi dium; éste convoca a sesiones a efecto de discutir asuntos del Soviet Supremo, interpreta las leyes de la república, dicta decretos, (posee facultades legislativas) deroga - - acuerdos de Ministros de la república federada (al parecer sus facultades son muy amplias). Su existencia está supedi tada a la existencia del soviet supremo de la república. -

Se ha dicho que en caso de divergencia entre la ley de la república federada y la ley federal, los órganos

de la república federada están obligados a registrarse - por la ley federal.

La doctrina de la soberanía en este sistema, ha sido ex puesta por varios juristas, entre ellos, I. Elinek¹¹⁴, - quien concibe al estado federal como un Estado soberano, - formado de varios estados menores. En lo que se refiere a los estados-miembros, considera que no tienen soberanía. - (Esta idea es acorde con la teoría que sostiene que la so- beranía es indivisible, desde el momento mismo en que di- cha soberanía se deposita en el órgano central; por tanto, la calificativa sería autónomo o independiente).

Con relación a la soberanía local y federal, este au- tor habla de otro poder central que participa en la forma- ción de la soberanía común o totalizador del Estado; sos- tiene que tanto el poder local como el central no son sober ranos; sin embargo, el poder derivado de la soberanía co- mún si tiene este carácter. Pero ¿quién tiene ese carácter y se ostenta como tal?, el órgano central conocido como fe deración.

La pretensión de este jurista es establecer la existen- cia de tres poderes: el poder local, el poder de la

114. Ibidem (113) p. 143. Cita I. Elinek.

federación y el poder común totalizador de la unión, que teóricamente significa la coexistencia de tres órdenes (soberanos en su esfera jurisdiccional, aunque él no les dé ese carácter) dentro del Estado, pero en la práctica ese poder totalizador soberano no se ejerce sólo, sino por la federación.

El pensamiento sustentado por la nueva corriente soviética es el aniquilamiento del sistema capitalista de producción y la victoria del régimen socialista, con la clase obrera a la vanguardia del sistema.

Si bien es cierto que este principio abolió (en su momento) situaciones de opresión que sufría el pueblo ruso, para proclamar la dictadura proletaria, ¿qué pasa con aquellos que disienten de esta doctrina y opinan que la práctica de esta democracia lesiona sus intereses? Los nuevos ciudadanos soviéticos cuyos derechos y deberes fundamentales están regidos por la propia constitución (artículos 118 a 133) han reconocido al nuevo sistema, pero los no ciudadanos, ya sean rusos o extranjeros, (sin el atributo de ciudadanos, por no reconocer al sistema) se ubican en otro supuesto y por ese sólo hecho pueden ser motivo de excomunión por la llamada democracia socialista en cuyo seno se ha abrigado a individuos que voluntariamente se adhieren a él y reciben sus beneficios.

Observamos como el concepto de "democracia" y su aplicación, cambia de un país y de una época a otros.

La Constitución de 1977 vigente, ha mantenido el principio de federalismo así como la primacía del partido comunista según establece: "la sociedad en su conjunto debe ser dirigida a imagen del partido según principios del centralismo democrático".

Estimo que para realizar un profundo análisis sobre el advenimiento de este sistema y comprender su estructura jurídica, debemos precisar la real evolución histórica del pueblo ruso, pues si bien el triunfo de la revolución bolchevique no se dió bajo las condiciones básicas o supuestos originales que propone el sistema marxista (en un Estado altamente industrializado, entran en contradicción las fuerzas productivas con las relaciones de producción, lo que hace imposible mantener al sistema, en ese estadio, para pasar a otra fase superior, o socialismo) sino por la presencia de circunstancias subjetivas que motivaron el cambio social, conocidas y explicadas bajo el rubro de la "Ley del desarrollo desigual y combinado".¹¹⁵

115. Novack, George. La ley del desarrollo desigual y combinado. Ediciones Pluma. Buenos Aires, Argentina. 1974.

Según los conceptos expuestos, la forma federal soviética posee peculiaridades nuevas y diferentes a las del resto de los sistemas federales occidentales, sin embargo, hemos de considerar que esta organización constituye un intento por unificar conceptos y sobre todo a una sociedad - desvinculada por razón de su diversidad nacional. Así pues, la evaluación está en función de contemplar los resultados y beneficios que ofrece el sistema, aun cuando se aparte - de conceptos originales del régimen federal.

La existencia de un partido político tan poderoso como es el partido comunista, ha debilitado la plena aplicación de una organización federal: "La unidad del Partido Comunista de la U.R.S.S. garantiza una notable centralización de la política de la Federación y limita grandemente la - autonomía gubernamental de las repúblicas federadas. La - realización esencial del federalismo soviético se desarrolla en el terreno cultural, en el que se ha hecho un enorme esfuerzo a fin de que la U.R.S.S. sea verdaderamente un Estado multinacional, según la expresión soviética".¹¹⁶

Una última consideración, es estudiar a la Unión Soviética que proclamó la revolución bajo el mando de Lenin, se guía por las ideas de León Trotsky, y contemplar la actual Unión Soviética como resultado de la organización stalinista.

116. Op. Cit. (96) p. 454.

3.2 Análisis Comparativo entre el Sistema Federal Mexicano y el Sistema Federal Norteamericano.

Después de lo expuesto sobre los sistemas federales mexicano y norteamericano, sólo resta enunciar algunas diferencias y analogías entre uno y otro.

En principio, podemos establecer un punto de vista que ha caracterizado la línea de pensamiento de algunos autores acerca de la forma en que puede tener éxito o no un sistema político (en particular en el Continente Americano):

"A menudo se han propuesto dos tipos de supuestas explicaciones que están a la vez ligadas entre sí. Una de ellas es que América del Norte se benefició por el trasplante de las instituciones progresistas del sistema inglés, mientras que América Latina quedó perjudicada por el trasplante de las instituciones retrógradas del decadente feudalismo ibérico".¹¹⁷

Según la cita anterior, Max Weber resume esta idea en la fórmula siguiente: "La diferencia entre los pobladores de América del Norte y Latinoamérica estriba en que los unos fueron protestantes empresariales y los otros católicos flojos".¹¹⁸

117. Op. Cit. (98) p. 27.

118. Ibidem (98) p. 27.

Estimo que no es posible limitar nuestro juicio al pensamiento de un autor inmerso en las ideas y sociedad de su tiempo, o a situaciones que obedecen a dogmas religiosos, para suponer el éxito de instituciones jurídicas, ni tampoco tratándose de meros pobladores o emigrantes. (Aun cuando - este autor elaboró interesantes estudios sociológicos).

En esta exposición se ha hablado de algunas de las características esenciales que produjeron asimilaciones culturales y jurídico-políticas en nuestro Continente. En este orden, la crítica a la adopción del sistema federal en nuestro país y en los Estados Unidos de Norteamérica, debe plantearse, estimo, con base en la situación sociológica - que vivieron ambos pueblos y que han sido capaces por uno u otro medio de reconocer al sistema federal.

Se han planteado dos formas en que se crea un Estado federal. La primera forma corresponde a la "teoría pactista" que resulta de la cesión que hacen los Estados-miembros de su soberanía en favor de la Federación. La segunda forma se refiere a la formación del Estado Federal a partir - de un Estado unitario que se transformó en federal al otorgar autonomía a sus provincias. En este supuesto se ha ubicado al Estado Mexicano, a partir de las razones inmediatas de la Independencia, no obstante la existencia de diputaciones provinciales u organizaciones semejantes -

reconocidas por la Constitución de Cádiz de 1812; sin embargo, estos regionalismos en cierto momento histórico, ponían en peligro la unidad del país. En este sentido Sayeg Helú sostiene que "el federalismo entre nosotros no responde, como con cierta frecuencia ha venido repitiéndose, a un afán de imitación de la forma de gobierno de nuestros vecinos del norte".¹¹⁹

Una consideración de importancia (invocando la conquista en México y Norteamérica al través de las ideas sociológicas, jurídico-políticas y económicas expuestas) es la permanencia que ha tenido la constitución norteamericana de 1789 como máximo ordenamiento de ese pueblo, documento al que se le han hecho las reformas necesarias para adecuarlo a las necesidades actuales; su carácter antiguo no se impone a su historia constitucional ni crea conflicto entre la concepción (muy amplia) del siglo XVIII y la que contemporáneamente sustenta este país, reflejado en sus leyes. Por dicha permanencia, a continuación se harán algunas referencias históricas del constitucionalismo mexicano que ha conocido al sistema federal en diferentes momentos.

En nuestra historia constitucional se han verificado cinco documentos solemnes (no por ello se minimiza la

119. Op. Cit. (103) p. 42.

importancia del constitucionalismo mexicano, más aún, puede resultar una medida sensata para confrontar la realidad nacional) los cuales han tratado de ajustarse a la dirección o rumbo que seguía nuestro Estado a partir de su Independencia; sin embargo, es conveniente indicar que la falta de precisión política crea imprecisiones jurídicas en cuanto a situaciones reales.

Según lo anterior, cabe la reflexión en el sentido de objetar o no el pacto popular norteamericano para constituirse en Estado federal, aun cuando existan situaciones que niegan su transparencia, y ciertamente pongan en tela de juicio el concepto de democracia tan plausible en esta sociedad; a dicho concepto debemos (para comprender su idiosincrasia que se hace patente dentro de sus límites geográficos) darle un sentido interno ya que se han presentado innumerables casos que evidencian sus representaciones externas.

Sobre el concepto de democracia se ha dicho que "la democracia moderna tiene, en la distribución y control del poder, dos de sus postulados fundamentales, y en el federalismo encuentra un peculiar grado de descentralización. En estas dos direcciones la modesta experiencia histórica de nuestro país (afirmación absolutamente objetable) ha insistido en conducir su proceso social, sin que ello

implique desconocer lo que se ha logrado, elemental, todavía, sí, pero nada despreciable, sino todo lo contrario, - por cuanto que es un patrimonio democrático que debe ser defendido y, simultáneamente, enriquecido".¹²⁰

Una interpretación de esta cita gira en torno a la experiencia histórica de nuestro país, pero no a una debida - aplicación de los conceptos de distribución y control del poder; es un llamado a la congruencia entre el pasado y el momento actual.

Por patrimonios históricos, nuestro país es de los más destacados, así como en sus aportes a la ciencia jurídica, sin embargo, como se ha comentado (regresando a la base sociológica de nuestro actual Estado) el destino de los Estados que como el nuestro poseía grandes riquezas en la época de la conquista, la explotación irracional propició desequilibrios económicos y confusión en el rumbo del Estado, imposibilidad para proclamar la propia y necesaria organización de éste.

El federalismo mexicano proclamado por primera vez en la Constitución de 1824 observó algunas de las formas

120. Cepeda Neri, Alvaro. Corte Suprema y Suprema Corte. - La Jornada. México, D. F. 22 de marzo 1986.

políticas norteamericanas y se "observaba escasamente en la realidad política de entonces, que no permitía su normalidad, su normal aplicación".¹²¹

Según la cita anterior, se desprende que si la Constitución de 1824 no tuvo una aplicación plena porque no se - - ajustaba a la realidad, entonces era una emanación avanzada para su tiempo o bien una adaptación del modelo federal norteamericano, situación que negaba el avance que en materia federal ya tenía nuestro país.

La ruptura con el formal sistema federal mexicano tiene lugar con las Siete Leyes Constitucionales de 1836, basadas en los principios absolutos del Supremo Poder Conservador.

De haberse truncado realmente el camino del sistema federal con la Constitución centralista de 1836, es posible que se hubiera desatado un fuerte movimiento para reprimir al poder, que siendo poder constituido convoca a un nuevo Congreso Constituyente y se adjudica el título de Asamblea Constituyente.

121. "Las experiencias del proceso político constitucional en México y España". Universidad Nacional Autónoma de México. Conferencia sobre el Federalismo Mexicano. Ignacio Burgoa Orihuela. México 1979. p. 273.

El Supremo Poder Conservador fue suprimido en la segunda Constitución centralista de 1843; su Congreso reunido en 1842 por Santa Anna quedó integrado por siete miembros (con mayoría centralista); ante la exigencia en la elaboración del nuevo documento, "Su Alteza Serenísima" disolvió el Congreso y en su lugar nombró una Junta de Notables para que se avocaran a este trabajo. (Esta es la razón por la cual no se considera legítimo este documento, ya que no fue producto de una Asamblea Constituyente; cabe preguntarnos si la Constitución de 1836 fue legítima o no).

Bajo esta forma de Estado impuesta tuvo lugar un importante acontecimiento en la historia mexicana, la imposición del Tratado de Guadalupe Hidalgo de 1848 o Tratado de la Mesilla, negocio que no traía implícito la elaboración de una Constitución, sino la pérdida de más de la mitad de nuestro territorio.

Con el acontecimiento anterior y por muchos otros motivos quedó claro que la forma central no ofrecía beneficios a nuestro país (tesis sustentada como si nunca hubiese existido la Constitución de 1824). Uno de los tantos motivos que propició la pérdida de parte de nuestro territorio, fue la escasa población mexicana en el norte del país, que propiciaba la asimilación de ciudadanos mexicanos al país del norte y no a la inversa, aun cuando no hubiese existido el Tratado de Guadalupe Hidalgo.

Nuevamente se reúne otro Congreso Constituyente con la misión de restaurar la Constitución de 1824, elaborando el Acta de Reformas de 1847; teóricamente volvimos a ser Estado federal; sin embargo, de nueva cuenta Santa Anna arriba al poder presidencial (tan disputado desde entonces).

Con el Plan de Ayutla de 1855 se desconoce al régimen de Santa Anna y se convoca a un nuevo Congreso Constituyente instalado en 1856; como presidente provisional de la República se nombró a Don Juan Alvarez seguido por Ignacio Comonfort. De dicho Congreso surgió la Constitución Federal de 1857.

Las disputas entre centralistas y federalistas demandaban la definición del sistema político mexicano, entendiendo, para entonces, a la organización federal como un acicate para lograr la unión nacional, de ahí que se sostenga que "en México, la Constitución Federal y el partido federalista son los que han sometido a su influencia a las constituciones particulares de los Estados, los que han sometido a toda la Nación al impulso progresista iniciado por los poderes federales. Podremos, pues, afirmar que en el pueblo norteamericano la constitución federal es obra de los estados, una obra que deja y ha dejado intactas sus constituciones particulares, que no ha tenido ni tiene influencia directa en su manera de ser social; y que en

México la constitución federal ha sido una obra eminente-
mente nacional, que ha transformado la Constitución econó-
mica, política y social de los estados, que los ha sometido
a fórmulas dictadas por los poderes federales".¹²²

El mismo autor señala que la federación ha sido combati-
da por el propio partido nacional y no por vicios o defec-
tos políticos del sistema.

Entonces nuevamente se inicia la cuenta regresiva en -
nuestro país (regresiva porque desemboca, de hecho, en ré-
gimen unitario): de Estado federal (1824) a Estado central
(1836-1843), luego a Estado federal (1857) y hasta la fe-
cha continuamos formalmente con el régimen federal al tra-
vés de la Constitución vigente de 1917; pero, como explica
el maestro Pallares, en aras de la unidad nacional, la ten-
dencia hacia un concepto amplio de nacionalización, la me-
tología política se ha tornado unitaria e indiferente an-
te las entidades componentes que el propio federalismo me-
xicano formó.

Una nota importante que ha traído implícito el sistema
federal es que el único soberano es el pueblo, y, ¿cómo

122. Ibidem (121) p. 278. Cita Burgoa. Jacinto Pallares. -
Revista de Jurisprudencia 1974. A los cincuenta años
de la Constitución de 1824.

debe hacerse patente esta soberanía? Una de las tantas res
puestas es, con la propia participación al través de los -
métodos jurídicos reconocidos por el Estado federal, refle-
jadas en lo que deben contener las legislaturas locales, -
lato sensu.

Los regímenes federales mexicano y norteamericano se -
formaron en situaciones históricas disímbolas, imposibles
de ajustarse a un concepto o modelo particular; tal y como
he expresado en este trabajo, los beneficios que ofrece -
una institución deben ser estudiados a partir de sus ante-
cedentes para comprender el por qué dé resultados, pero no
por ello habrá de reproducirse la institución en cuestión.

Si bien el espíritu de las leyes norteamericanas estuvo
precedido por ideas europeas que se consolidaron en ese -
país, así como la compacta colonización regional, no exclu-
ye a este pueblo de amenazas externas e internas a las cua-
les desde 1787 hicieron frente con la Confederación; el -
análisis integral del sistema mexicano se remonta a la - -
idiosincrasia e interés de los conquistadores españoles, -
limitada a la explotación y mercedes en favor de la Corona.
Este es un hecho real, independientemente de la exis-
tencia de prerrogativas jurídicas establecidas en la Colo-
nia.

El acervo en materia de unión que imperaba en España y en Inglaterra llevado al través de sus respectivos colonizadores fue totalmente diferente, aunado al encuentro con un Continente inmensamente rico de México hacia el sur, y comparablemente escaso en el norte.

Por su cantidad y calidad, no es posible precisar y nombrar criterios en función de lo que se ha dicho sobre nuestro sistema federal; sin embargo, lo que es claro es que - su nacimiento y evolución ha sido motivo de crítica en los sentidos político y jurídico.

Cuando me referí a que las imprecisiones políticas crean imprecisiones jurídicas, generalmente éstas quedan integradas a los instrumentos legales del Estado.

Si bien, como se ha expresado, el régimen centralista - pudo contener desvinculaciones nacionales, pero cuando - - cualquier régimen, aun el federal, se lleva al extremo o - se tergiversa su sentido por un abuso de autoridad, cualquier modelo político y jurídico resulta ficticio dentro - de la composición estatal. En este sentido, "el Estado que no está sometido al derecho no es tal Estado, sino simple fenómeno de fuerza".¹²³ A esta idea se agrega el supuesto de un Estado de derecho.

123. Op. Cit. (17) p. 7.

En esta forma, cualquier régimen puede estar en crisis permanente, en cuanto a su aplicación (aun antes de su reconocimiento formal), situación que se agrava con su existencia formal (y desconocimiento y desapego a la vez) y si simultáneamente tiene frente a sí situaciones contrarias y contradictorias materializadas en actos y decisiones que terminan por desvanecer su esencia y desvirtuar su naturaleza jurídica.

"De nuevo brotan actividades que en nombre de la técnica, cuando no del patriotismo, aspiran a socavar los cimientos de nuestro régimen político, el cual vuelve a ser sometido a una crisis más grave que todas las anteriores. Más grave, porque la nueva incursión centralista no se limita a procurar el control y la centralización del poder público sólo de hecho, dejando en pie una ficticia estructura federal, sino que entra de lleno a crear leyes incongruentes con las bases del federalismo. No es, solamente una crisis política, y de hecho: es también una crisis que invade el terreno jurídico".¹²⁴

Para obtener un juicio sobre el real significado de nuestro régimen federal debemos aludir a la forma y

124. Op. Cit. (58) p. 373. Cita Matos Escobedo, Rafael. - La crisis política y jurídica del Federalismo. Xalapa-Enríquez. Editorial Veracruzana. 1944.

condiciones bajo las cuales fue reconocido, lo que entraña un estudio paso a paso de su evolución para obtener, de - circunstancias aisladas, una totalidad.

"Para penetrar en el estudio de la naturaleza del Estado Federal, nos ha de ayudar la consideración, primero, de las circunstancias históricas que a veces acompañaron a su formación, y luego el estudio de los fundamentos especulativos y racionales con que los autores trataban de explicar su naturaleza jurídica y justificar su existencia".¹²⁵

Para facilitar este estudio es bien sabido que también podemos acudir al análisis comparativo, razonable y pragmático en cuanto a resultados, buenos o malos, pero al fin nos ofrecen un parámetro de comparación para evaluar lo - nuestro, nuestro sistema federal, entendido como parte componente de un todo, y ese todo es el Estado, quien debe - asumir posturas consecuentes con el régimen, en esta forma, podrá diferenciarse de otras personas territoriales por el carácter resumido en el término soberanía.

125. Ibidem (58) p. 359. Cita Izaga, Luis. Elementos de - Derecho Público.

C A P I T U L O 4

"La agitación liberal en el extranjero
disimula la opresión en el interior".

Maquiavelo.

CAPITULO 4. POSICION PERSONAL Y FUNDAMENTACION.

4.1 La influencia del Sistema Federal en el Derecho Interno.

Las normas del derecho interno de un Estado generalmente han quedado supeditadas a su organización y decisiones políticas. Por este motivo debemos considerar que la mayoría de las legislaciones contemporáneas se han sujetado a ordenamientos y direcciones que en algunos casos desvirtúan el estricto sentido de las normas, así como su aplicación concreta ante el núcleo social.

En este sentido, la influencia que puede tener el régimen federal de un Estado en su organización económica, así como en su estructura social, puede considerarse bajo diferentes puntos de vista.

Primero, si el reconocimiento del régimen federal (en todos los casos formalmente dimana del Órgano legislativo competente para ello) tiene su origen en decisiones políticas tendientes a delimitarlo como complemento estructural, o, como estructura jurídica lisa y llana, su influencia quedará determinada y adscrita a un ámbito que escapa a toda noción jurídica y desconoce la realidad social.

Segundo, si su reconocimiento se debe a actos congruentes que nacen de la necesidad social y quedan sancionados

por el derecho, en este caso de antemano debemos suponer - que el impacto será positivo, y su evolución estará dentro de los parámetros que su propia naturaleza contiene.

Tercero, si el régimen federal se ha instituído como ex perimento político-jurídico (o como apariencia) del Estado. Según las condiciones reales es posible su idóneo funciona miento por lo que podrá quedar asimilado a aquél, siempre y cuando se realicen los cambios y ajustes necesarios para ello; por el contrario, si le causa problemas tanto de téc nica jurídica como de control social, que tiene como efec- to la falta de identidad entre esta institución y la natu- raleza jurídica del Estado (que puede corresponder a otra forma de organización), sus instituciones harán crisis.

Estimo que por la situación que priva en las economías estatales y los conflictos de orden internacional, el Esta do moderno no puede estar con vacilaciones políticas infun- dadas que sólo generan confusiones que provocan desorienta ciones entre sus miembros y, lo que es peor, con esto se - procura la toma de decisiones y formas unitarias de organi zación.

La influencia del régimen federal en el derecho interno del Estado trasciende a ámbitos, primero de orden social: "si los asuntos que el pueblo de un Estado-miembro

considera como propios son regulados mediante normas válidas generales para todos los Estados de la comunidad, y si estas normas son creadas por un órgano central en que este pueblo no se halla representado o lo está sólo de manera inadecuada, entonces este pueblo se sentirá lesionado en su derecho de autodeterminación. Entonces pedirá la descentralización en nombre del derecho democrático de autodeterminación y preferirá una organización puramente internacional de la comunidad de estados a uno federal."¹²⁶

Aquí se plantea uno de los inconvenientes del sistema federal, derivado de la falta de praxis objetiva de uno de sus postulados (en la representación, específicamente). La falta de precisión en la distribución de competencias crea problemas que pueden trascender en la conciencia individual con miras al concilio en el campo internacional, al grado de contemplar las inconveniencias de estar representado por el Estado nacional al cual pertenece e integrarse a una comunidad internacional, en la que como lo impone su esencia, habrán de hacerse las distinciones propias del vínculo que existe con su Estado, como son la filiación nacional, patrimonial, del estado civil y otras, pero en este caso el elemento distintivo no será el régimen federal.

126. Kelsen, Hans. Derecho y Paz en las relaciones internacionales. Editora Nacional. México 1980. pp. 169 y ss.

Otro planteamiento, a la inversa y con resultados positivos hablando de régimen federal, es cuando éste se instituye como resultado de conflictos o presiones externas (en cierto aspecto el régimen norteamericano); este supuesto queda ilustrado por el caso del Estado federal suizo:

"El Estado suizo constituye una unión de diversos grupos étnicos muy diferentes en cuanto a idioma y cultura. Pero fueron tan sólo unas porciones insignificativamente pequeñas de tres naciones, separadas de éstas por circunstancias históricas y políticas, y no esas mismas tres poderosas naciones las que se unieron para formar una comunidad relativamente centralizada. Y probablemente esta comunidad se mantiene unida no tanto en virtud de fuerzas interiores como por la presión exterior que sobre este pequeño Estado ejerce el sistema político de las grandes potencias circunvecinas a Suiza".¹²⁷

Es indudable que el régimen federal compete a la organización interna del Estado (por oposición no es compatible como comunidad jurídica internacional, aun cuando sí proporciona algunos elementos susceptibles de aplicación, o ejerce cierto impacto en cuanto se produce el proceso de recepción de una norma internacional en el Estado y su

127. Ibidem (126) p. 174.

transformación o ajuste para darle cumplimiento) y que -- constituye "un tipo intermedio entre la unión internacio-- nal de los Estados y el Estado unitario, su grado de des-- centralización es compatible con la forma de la comunidad jurídica nacional o con su forma de Estado".¹²⁸

Los problemas que se han presentado con relación a la forma de gobierno del Estado y su adscripción y ajuste a normas internacionales han sido diversos; por tanto, habrán de contemplarse aspectos como la rigidez constitucional, las relaciones entre derecho interno y derecho internacional; asimismo, el planteamiento inicial relativo a que el hombre, como componente de su primer y original grupo social o familiar, determina y motiva al derecho para que en su tarea de estudio y análisis real de la situación de -- aquél, elabore normas que se dirijan fundamentalmente a de terminarle sus derechos y obligaciones.

Las normas de derecho internacional tradicionalmente se han planteado como aquellas que regulan las relaciones entre los Estados, pero algunas veces tienen también en su contenido un mandato dirigido a un individuo. Esto queda fundamentado con el hecho de que la norma jurídica distingue el elemento personal y material; el primero generalmente

128. Ibidem (126) p. 156.

queda especificado por las normas de carácter nacional que se dirigen a los individuos que componen al Estado; el propio carácter nacional del elemento personal determinará a su vez el carácter de las normas provenientes del derecho internacional, que por lo general tienen carácter material. El proceso para asignarle determinado carácter o sentido a la norma internacional es a base de la transformación de ésta que hace el derecho nacional de cada país. "Al través del órgano constitucional competente una norma de derecho internacional podrá coincidir con el derecho nacional".¹²⁹

En este sentido, una norma o institución de derecho internacional se dirige a los individuos de diversos Estados; por ejemplo, las normas o conceptos que prescribe el Arbitraje Internacional como un medio de solución pacífica de las controversias entre particulares de diferentes Estados.

En este caso queda claro que la norma internacional no requiere el complemento de la norma nacional para tener eficacia (no obstante, posteriormente se harán algunas consideraciones acerca de lo que establecen las leyes constitucionales, con la compleja modalidad que presenta el régimen federal para someterse o no a una norma internacional, considerando quién es el receptor primario de ésta, y

129. Ibidem (126) pp. 120 y ss.

qué órganos habrán de aprobarla); entonces su carácter deja de ser material para convertirse en personal, por estar dirigida precisamente a los individuos.

Con esta idea se rompe la frontera hecha por la representación que hace el Estado de sus nacionales; esto ha creado problemas en la técnica jurídica en cuanto a la definición de cuál es la autoridad u órgano competente para adscribir al Estado o a sus nacionales a la norma internacional.

En el caso de los Estados federales el problema es más difícil y radica en la composición de los órganos centrales, quienes legislan para todo el territorio; por oposición, las normas locales de los Estados-miembros son válidas únicamente en su territorio.

Además de considerarse a la federación como una comunidad jurídica central se ha estimado que es "un contrato político, un convenio por el cual uno o muchos jefes de familia, uno o muchos municipios o estados se obligan recíprocamente e igualmente los unos para con los otros, con el fin de llenar uno o muchos objetos particulares que desde entonces pesan sobre los delegados de la federación de una manera especial y exclusiva".¹³⁰

130. ESTUDIOS MUNICIPALES No. 13. Centro Nacional de Estudios Municipales. Secretaría de Gobernación. Enero-febrero 1987. Año III. Reseñas. Clásicos. p. 227 a 230. Pierre-Joseph Proudhon. El Principio Federativo. SARPE. Colección los Grandes Pensadores, No. 64, Madrid, 1985. p. 161.

La cita anterior contiene mucha sustancia sobre las formas o componentes de una federación, así como la misión de ésta; el autor no pasa por alto la primera composición o grupo primario que hace presencia en esta formación, la familia representada por el jefe de familia. De esta posición se deriva una interrogante; tal y como en el Estado federal pueden existir tendencias hacia la centralización de poderes, bienes o recursos (ya planteados por la urbanización como efecto de este proceso), ya sea porque los Estados componentes de la federación no garantizan a sus miembros el bienestar en sus relaciones económicas, político-jurídicas y sociales, o bien porque dichos Estados-miembros se hallan en la incapacidad de contener este proceso.

¿Puede presentarse este fenómeno entre la federación y sus Estados componentes y a la vez en los individuos que conforman a éstos para suponer la existencia de instituciones o normas internacionales que se dirigen directamente a la tutela de derechos de individuos de diferentes Estados, sin mediar con la tradicional representación estatal hecha al través de la Federación?

Para responder, debemos precisar si la Federación cumple o no con su misión de portavoz de la voluntad de su pueblo, para garantizar la seguridad de los individuos en el campo exterior, o bien se trata de la evolución,-

dinámica o modalidad que presentan las relaciones interestatales, tales como las que se dan entre sus nacionales en asuntos de comercio, actividad conocida desde la antigüedad, que con la existencia de Estados soberanos, se ha configurado en el actual comercio internacional.

Hasta hoy, la relación contractual en el ámbito internacional entre particulares de diversos Estados, se presenta como la confrontación de diversos ordenamientos jurídicos nacionales que se conjugan y relacionan bajo el rubro de - Arbitraje Internacional. (En esta figura también quedan incluidos casos de controversias interestatales).

Los aspectos generales que garantizan la protección que ofrece el Estado para con sus nacionales quedan contenidos en el Derecho Internacional Privado, concertado entre los propios Estados.

Y tratándose de regímenes federales toda adscripción al ámbito internacional deberá respetar el derecho de sus entidades federativas. El derecho interno de un Estado federal toma entonces formas muy específicas, no sólo en su organización interior sino en sus relaciones con otros Estados.

4.1.1. Supremacía Constitucional.

Para este tema considero pertinente analizar el concepto de supremacía constitucional bajo supuestos diferentes. Así pues, se hará una exposición general acerca de este concepto, contemplando algunos de sus aspectos entre los cuales se hará mención a la rigidez constitucional.

La segunda acepción a tratar es la supremacía constitucional bajo un presupuesto de Estados federales que como sabemos, con motivo del régimen de éstos, se han suscitado nuevas posiciones y cuestionamientos acerca del concepto en cuestión.

La última consideración estará en función de la forma en que se presenta o se interpreta la supremacía constitucional en el contexto internacional. (En este punto se hará la referencia exclusiva de la supremacía constitucional con respecto a ordenamientos internacionales, ya que las relaciones entre derecho interno e internacional se presenten en el siguiente subtema).

La supremacía de la constitución se ha planteado por lo general como el arquetipo que distingue al ordenamiento sustancial de un Estado, con el cual se dan a conocer los fundamentos básicos que lo sustentan.

Según tratamos en subtemas anteriores, acerca del nacimiento de una constitución, hemos de considerar que su existencia se debe a actos constituyentes que responden a la situación objetiva bajo la cual se creó. "La Constitución vivida o creada es la fuente formal del derecho, y en verdad la única que posee el carácter de fuente primaria colocada por encima del Estado, porque contiene la esencia del orden político y jurídico; por lo tanto, la fuente de la que van a manar todas las normas de las conductas de los hombres y los que determinan la estructura y actividad del Estado".¹³¹

En este sentido, las leyes u ordenamientos del Estado, - posteriores al ordenamiento básico, deben traer implícito el carácter que los distingue como normas secundarias emanadas de aquél.

A partir de la supremacía constitucional, se han derivado conceptos como el de rigidez constitucional, que presupone la existencia de una constitución escrita sujeta a un procedimiento legislativo (gravoso) para asegurar su permanencia. Entonces la rigidez se debe al procedimiento en virtud del cual podrá reformarse o modificarse.

131. Op. Cit. (57) p. 58.

Una constitución podrá ser escrita o consuetudinaria y gozar de rigidez constitucional, vista desde una perspectiva congruente con la organización estatal, y con la dinámica social; sin embargo, si dicha rigidez se plantea como un método que coadyuva la imposición del ordenamiento fundamental; estará en evidencia tanto éste como el cuerpo legal que se ha establecido para el ejercicio del poder.

Existen diferencias de rigidez constitucional según las constituciones escritas y flexibles. "La distinción entre constituciones rígidas y flexibles tiende hacia las constituciones escritas cuyo contenido puede cambiarse sólo con normas emanadas mediante procedimientos complejos y solemnes".¹³²

La naturaleza jurídica de la supremacía constitucional ha sido estudiada bajo diferentes puntos de vista; Georges Burdeau¹³³, exponente de la doctrina francesa, ha dicho que la supremacía constitucional es de doble especie, material o esencial en la cual el orden jurídico descansa. Para él la supremacía material es un reforzamiento del principio de legalidad. La especie formal es el resultado de la condición escrita y de la rigidez. Este aspecto deriva

132. Op. Cit. (29) p. 272.

133. Op. Cit. (57) p. 94.

de la decisión del pueblo o de la Asamblea Constituyente - (de aquí la congruencia entre la sociedad y el derecho), - mientras que el aspecto material deriva de la naturaleza - intrínseca de las normas.

El mismo autor opina que "la supremacía material es la consecuencia obligada del hecho de que la Constitución es la expresión original de la soberanía del pueblo. La supremacía formal es el aseguramiento de la supremacía material".¹³⁴

En este sentido debe coincidir la esencia con la forma constitucional adoptada, ya que si desde los inicios desarrollamos todo un cuerpo normativo que incluye a todas las disciplinas jurídicas, sobre principios que no corresponden a la intención inicial popular, puede pensarse que el modelo es insuficiente o excesivo, lo que ocasiona que las formas jurídico-políticas sean dispares.

A partir de la supremacía constitucional, podemos hablar de grados del ordenamiento jerárquico normativo¹³⁵. Normas fundamentales, contenidas en la propia constitución; normas reglamentarias; normas secundarias y normas individualizadas.

134. Ibidem (57) pp. 94 y 95.

135. Ibidem (57) p. 111. Cita Villoro Toranzo Miguel. - -
Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. -
México 1966.

El orden anterior nos proporciona un planteamiento general; sin embargo, el estudio de la supremacía constitucional a partir de un régimen federal se hará bajo la interpretación y aplicación que el propio régimen impone; de ahí que el concepto se dificulte, ya que el poder estatal se encuentra dividido entre la federación y sus estados-miembros, a diferencia de los regímenes unitarios en los cuales sólo existe una constitución y las normas del poder legislativo tienen el mismo rango, por ser éste poder único.

Originalmente la primera disposición destinada a resolver las interrogantes que suscita la jerarquía de las normas en regímenes federales, lo proporciona el artículo VII de la Constitución Federal Norteamericana: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado".

En este sentido, la jerarquía de las normas norteamericanas es la siguiente:

La Constitución Federal; las leyes expedidas por el Congreso federal en cumplimiento de la Constitución

(federal) y los tratados hechos por los Estados Unidos; y las constituciones y leyes de los Estados-miembros.

La forma en la que se establece la jerarquía de las normas en el derecho norteamericano, es comparable con nuestro artículo 133 Constitucional (complementado con los artículos 76-I, 89-X y 120 Constitucionales).

En igual manera, la constitución argentina de 1853 con la reforma de 1860, en su artículo 31, establecía:

"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales".

La disposición de la constitución norteamericana que establece la supremacía federal (defendida por Hamilton), tiene dos supuestos:

Primero, la autorización a la legislatura nacional (federal) para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para ejercer los poderes que la Constitución

le confiere al gobierno de los Estados Unidos o a cualquier Departamento o funcionario de ellos. (Cláusula propia y necesaria de la Constitución).

Segundo, la constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a aquélla, y los tratados celebrados en nombre de aquellos serán la ley suprema del país, a pesar de cualesquiera disposiciones en contrario, de las constituciones o leyes de cualquier Estado.

Acorde con lo anterior, Hamilton expresó: "la cláusula que declara la supremacía de las leyes de la Unión (leyes federales) enuncia una verdad que dimana inmediata y necesariamente de la institución de un gobierno federal".¹³⁶ Entonces esta cláusula significa que:

Los Estados-miembros no pueden de ninguna manera inmiscuirse en el funcionamiento del Estado federal; la acción federal ya sea en forma de ley, tratado, decisión judicial o administrativa, es constitucional y prevalece sobre la acción estatal que sea incompatible con ella.

Ciertamente, la naturaleza federal debe vincular en sus normas aspectos que atañen a toda la Unión, pero ello no justifica la terminante supremacía de las leyes federales.

136. Op. Cit. (27) p. 32.

Otra consideración a esta cláusula se refiere al control de la constitucionalidad de la ley, invocando, según el caso, alguna inconstitucionalidad, aun cuando dicha ley, tratado o decisión judicial o administrativa emane del órgano competente para ello.

Para evitar una posible atribución que invada la esfera de otro poder, como puede ser motivo de interpretación la cláusula en cuestión, es preciso determinar la jerarquía de las normas y procurar no hacer flexible dicho orden con motivo de aquélla.

Schwartz afirma que "no es objeción válida a la interpretación dada por Marshall* a la cláusula de la superioridad, decir que faculta a la Nación para que invada la esfera reservada a los Estados".¹³⁷ A diferencia de esta opinión, Madison¹³⁸ expresó que el poder que no estaba otorgado el Congreso no puede ejercerlo, pero si está concedido puede hacerlo aun cuando se interponga con las leyes o hasta con las constituciones de los Estados.

* Decisión judicial. Marshall caso Gibbons vs. Ogden. - -
Expresó que la nulidad de cualquier ley incompatible con la constitución se produce por la declaración de que la constitución es la ley suprema.

137: Op. Cit. (57) p. 100. Cita Schwartz.

138. Op. Cit. (27) pp. 220 y ss.

A fin de cuentas, concedido o no dicho poder, la Nación ejercerá los poderes necesarios para que prevalezca el principio federal; sin embargo, lo que distingue a este sistema del resto de las organizaciones estatales centrales, es que el control constitucional se ejerce al través del respeto al orden público, contenido formalmente en las constituciones estatales, (y en la federal), así como en la jurisprudencia, premisas que frenan la posible legislación inconstitucional.

En la doctrina argentina, autores como Juan González Calderón, ha dicho que "las leyes de la nación serán supremas si son dictadas en consecuencia de la Constitución, es decir, en consecuencia de los poderes legislativos que la misma constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente. La supremacía puede ser de las leyes provinciales sobre las leyes nacionales, cuando aquéllas hayan sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución Federal les ha reconocido y cuando las sancionadas por el Congreso hayan excedido los límites de su competencia".¹³⁹

Esta cita muestra la similitud de opinión en cuanto al rango que poseen las leyes nacionales y las locales,

139. Derecho Constitucional Argentino. Editores Buenos Aires 1930. Tomo I. pp. 459 y ss.

siempre y cuando emanen del procedimiento establecido. Has ta aquí se mantiene la igualdad entre ambas, pero la cláusula que amplifica las facultades federales queda establecida en las últimas dos líneas de la cita anterior.

En términos generales, la supremacía constitucional en regímenes federales se ha establecido por ser la constitución federal el ordenamiento primario, pero no por ello - todas las leyes que emanen de ese ordenamiento serán supre mas (en igual rango y circunstancia), lo serán en cuanto - al objeto o situación objetiva que regulen, respaldadas - por la ley suprema, pero no con relación a todo el cuerpo normativo; de lo contrario, ¿cuál sería el juicio o paráme tro de comparación entre unas y otras?; sin embargo, en - esencia convienen, ya que el propósito de ambas es el de - normar las relaciones entre los hombres; que su concepto o aplicación se plantee en diferentes niveles se debe a las necesidades y diversificación de la actividad humana, si-- tuación que hay que diferenciar de la necesidad jurídica - consistente en el reconocimiento y aceptación de que las - leyes posteriores a la constitución dimanen de una ley superior. Como se ha sostenido, la supremacía debe ser acorde con la forma de organización estatal, así como el ejercicio de poderes.

"Es una condición indispensable para que el gobierno nacional tenga supremacía, conformar todos sus actos con

la Constitución a fin de que, en definitiva, la supremacía sea de la Constitución y no de los hombres o de los funcionarios".¹⁴⁰ A esto Dicey llamó "el reinado de la ley".

Estimo que la supremacía constitucional, lato sensu, no debe interpretarse en el sentido de anular toda participación local (en el caso de regímenes federales), ya que la constitución, por ser federal, toma o debe tomar otro sentido en cuanto a su supremacía, ya que adopta tal carácter como resultado de un pacto, acuerdo o reconocimiento de las entidades componentes. "La supremacía no significa la posibilidad de que la voluntad de la Nación ha de ser impuesta a las provincias de un modo arbitrario e ineludible".¹⁴¹

Por ejemplo, en el caso de reforma o adición a la Constitución federal escrita sí se atiende a su rigidez, pero en su trámite contempla la participación de las legislaturas locales.

Según la Ley de Jurisdicción y Competencia de la Justicia Federal Argentina, se hace una enumeración jerárquica de las normas:

140. Op. Cit. (57)pp. 120 y ss. Cita. Segundo V. Linares - Quintana. Gobierno y Administración de la República - Argentina. Buenos Aires. Tomo I. pp. 268 y ss.

141. Ibidem (57) p. 102. Cita Clodomiro Zavala.

La Constitución federal; las leyes del Congreso sancionadas en consecuencia de los poderes que le han sido concedidos por aquélla; los tratados con las potencias extranjeras y las constituciones y leyes de las provincias.

Formalmente, nuevamente se establece el mismo orden jerárquico de las normas, ya observado en la mayoría de los regímenes federales.

También existe jerarquía de las normas, según el ámbito que correspondan; así en el ámbito federal se encuentra la Constitución Federal, las leyes federales y los tratados internacionales. En el ámbito local se establece la constitución, las leyes ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipales y normas individualizadas.

Según la jerarquía de las normas se ha mencionado que las constituciones locales no son de derecho supraestatal, porque esta condición pertenece a la Constitución Federal; pueden ser de derecho subconstitucional si se mira hacia arriba, o bien de derecho supraestatal si se mira hacia abajo.

Las constituciones locales son de derecho estatal local, y por ese solo hecho habrán de respetarse sus estatutos en el papel que jueguen en el orden federal.

El último punto a tratar en lo que concierne a la supremacía constitucional es su interpretación en derecho internacional en particular, en la forma en que una norma de orden internacional (tratado, pacto, convenio, acuerdo) se adscribe al ámbito espacial de validez del orden nacional.

Por las características esenciales que presenta la supremacía constitucional, reflejado en su concepto general, así como en lo expuesto acerca de dicha supremacía en regímenes federales, el Estado en sus relaciones con otros Estados ha sustentado este principio; sin embargo, por tratarse de compromisos contraídos en ese ámbito, el Estado y sus nacionales habrán de sujetarse a lo que establece.

También es preciso considerar que en ese caso nos encontramos ante el problema de que existen soberanías estatales frente a frente, y en este sentido la corriente internacionalista ha sustentado que "los ámbitos territorial y personal de validez del orden jurídico nacional se encuentran delimitados en relación con otros Estados".¹⁴²

Aquí lo importante es aclarar que la Constitución es su prema como ordenamiento estatal y por esa causa se encuentra en posibilidad de otorgar a los órganos correspondientes el poder de adscribir al Estado a una norma internacional

142. Op.Cit. (1) p. 417.

pero no es suprema en el orden normativo internacional, si no que en conjunto las normas supremas de los Estados lo crean; en este sentido, el Estado se convierte en un órgano de orden jurídico internacional.

"A fin de poder crear una norma válida para más de un Estado, los Estados tienen que hallarse facultados por un orden jurídico superior a sus propios ordenamientos jurídicos, es decir, por un orden jurídico cuyos ámbitos territorial y personal de validez comprendan los ámbitos de los Estados para los cuales la norma tendrá fuerza obligatoria".¹⁴³ Precisamente la creación de esa norma válida que tendrá aplicación uniforme para los Estados que la crean, dimana del reconocimiento y sanción que dan a ella los regpectivos ordenamientos básicos estatales.

Por un posible error en la técnica jurídica acerca del uso del término "ley suprema", debemos distinguir que ciertamente el tratado tiene validez en el orden jurídico estatal, en virtud de que se incorpora a éste, por el carácter supremo de la Constitución que a su vez faculta a los órganos competentes para tales efectos.

Como sabemos, al través de un tratado un Estado se hace presente en las relaciones internacionales, como

143. Ibidem (1) p. 421.

obligación, derecho, preferencia, etc. Según algunas opiniones, un tratado es "un contrato celebrado entre dos o más Estados independientes, con el propósito de crear o de finir derechos y obligaciones o unos y otros".¹⁴⁴

Así, el tratado es el acuerdo concluído entre miembros de la comunidad internacional; por este motivo se ha sostenido que el Estado no puede desconocer obligaciones internacionales contraídas.

Por el carácter supremo de la constitución, los tratados encuentran límites, fundados en aquélla así como en la naturaleza del gobierno y de la sociedad; así, no podrán suscribirse tratados que vayan en contra de la estructura del Estado, ni estar en contradicción con él. Para la defensa formal y material de esta posición se halla la constitución, que es "la única ley que en rigor legal, ideológico y gramatical, puede llamarse suprema. No es cierto, - por lo mismo, que las leyes que de ella emanen y los tratos internacionales sean leyes supremas de la República".¹⁴⁵

Según la doctrina norteamericana, los tratados se convierten en derecho nacional una vez que han sido aprobados;

144. Mathews. The American Constitucional System. McGraw-Hill Book Company. Nueva York 1940. p. 308.

145. Op. Cit. (57) p. 112. Cita Rodríguez, Ramón. Derecho Constitucional. México 1875. pp. 701 y ss.

sin embargo, una ley del Congreso puede modificar o derogar el tratado (la interrogante es acerca del compromiso internacional ya contraído).

La tesis francesa sostiene la supremacía de los tratados, a reserva de su aplicación por la otra parte. (Esta postura es justa en cuanto al compromiso contraído).

La tesis alemana, en una posición extremista, sostiene que las normas internacionales privan sobre las leyes nacionales.

En cuanto a regímenes federales, una norma internacional estará sujeta a condiciones tales como la unificación de conceptos y ventajas que ofrece el tratado, en virtud de la anuencia que se presente entre el orden federal y local.

La cláusula que concede supremacía a la Constitución Federal para celebrar tratados debe indicar a los cuerpos legislativos estatales su alcance o participación en estos asuntos, ya que en la medida en que no trasciendan sus poderes, el respeto, la aceptación y el propósito del tratado será más pleno; entonces, no se trata de desplazar a los cuerpos normativos locales, porque ello atenta la propia esencia de la Constitución Federal, sino de establecer medidas moderadas para el caso.

En el Derecho Mexicano la supremacía constitucional también está presente en la Constitución y ha sido motivo de estudio por la doctrina, la cual ha sostenido que tanto el poder federal como el local son competentes en su esfera. Para Villoro Toranzo¹⁴⁶ no existe supremacía federal y local sino que se trata de dos esferas de validez, delimitadas por la propia Constitución.

A este respecto es necesario efectuar un examen acerca de las autoridades y procedimientos en virtud de los cuales los tratados internacionales adquieren obligatoriedad.

En nuestra Constitución, el precepto que prohíbe en forma expresa a los Estados-miembros de la Federación suscribir tratados internacionales, está en el artículo 117-I, del cual se deduce que tal atribución queda reservada a las autoridades federales. Dicho artículo prescribe:

"Los Estados no pueden, en ningún caso:

I. Celebrar alianza, tratado, o coalición con otro Estado ni con potencias extranjeras;"

Sin embargo, el artículo 120 constitucional establece que "Los gobernadores de los Estados están obligados a

146. Ibidem (57) pp. 111 y ss.

publicar y hacer cumplir las leyes federales"; por tanto, - si la facultad para celebrar tratados es facultad exclusiva de Órganos federales, por medio de este precepto, el - Estado-miembro deberá acatar el tratado suscrito por dichos órganos, en orden de la supremacía federal.

Ahora bien, las facultades concedidas para esta materia al Ejecutivo Federal, se establecen en el artículo 89 Constitucional, en particular en la fracción X:

"Las facultades y obligaciones del Presidente son las - siguientes:

X. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar - tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolas - a la ratificación del Congreso Federal".

Por supuesto, se entiende que el Congreso Federal (se-- gún el sistema bicameral) está integrado por la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados.

En este punto, la representación que ejerce el Ejecutivo Federal ante la comunidad internacional en nombre del - Estado, para estos efectos, se entiende como "el primer órgano parcial de la comunidad internacional, y sólo de manera secundaria órgano de su propio Estado".¹⁴⁷

147. Op. Cit. (1) p. 422.

No es nueva la exposición de la grave contradicción de nuestra ley fundamental, que en su artículo 89-X indica - que la aprobación de los tratados estará a cargo del Congreso Federal, mientras que el artículo 76-I referente a - las facultades exclusivas del Senado, prescribe:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal, con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; (hasta aquí todo está en orden ya que se hace mención, aún generalizada, de actividades que deberá conocer el Congreso) además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión".

Entonces, ¿la aprobación es del Congreso Federal o del Senado? No obstante, la aprobación del Senado se corrobora con el artículo 133 constitucional, en el cual también se resalta la supremacía constitucional, así como el ajuste - de leyes locales a las leyes y tratados que se celebren en virtud de la constitución. Dicho precepto prescribe:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se

celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados".

Como vemos, la reproducción del artículo VII de la Constitución Norteamericana en nuestro derecho no se efectuó - bajo un supuesto jurídico prudente y acorde con la naturaleza social y jurídica mexicana, y como resultado de ello los vacíos de la ley y contradicciones se han convertido - en lastres jurídico-políticos, que en suma desconocen parcialmente la división de poderes, en particular, en la esfera legislativa, la omisión y participación para estos - efectos de una de las cámaras.

Para hacer una representación integral en el orden internacional, los Estados federales contemporáneos han asumido posturas que en ocasiones contrarían principios de su propio régimen, pero en otra acepción, con estas normas - reafirman la supremacía federal en los órdenes interno e - internacional. Según esta idea, "la llamada responsabilidad del Estado por violación de derecho internacional, es una responsabilidad colectiva de sus súbditos por el no cumplimiento de los deberes internacionales correspondientes a - los órganos del Estado".¹⁴⁸

148. Ibidem (1) p. 423.

En la cita anterior quedan contenidas las dos clases de responsabilidad que Oppenheim¹⁴⁹ distinguió: la responsabilidad directa del Estado u "originaria", que se limita a los actos propios del Estado (aquí no existe la responsabilidad colectiva de los súbditos), y la responsabilidad - "vicaria" del Estado que se refiere a los actos que no son propios, sino actos violatorios no autorizados que se cometen por funcionarios o súbditos del Estado.

En este orden, el precio de una responsabilidad integral por un Estado es tal que han de sacrificarse principios federales, como es la adhesión que tienen que hacer las entidades componentes al derecho federal, sin mayor réplica (que la que pueda hacer el Senado), ya que dicho mandato tiene su origen en la constitución; quizás con esta medida el propósito es obtener resultados óptimos ante el mandato de un tratado, o fuertes lesiones institucionales.

Al través de un compromiso internacional y sus efectos, puede plantearse un punto de evaluación del régimen federal, tanto en nuestro sistema como en muchos otros; así, cabe la reflexión acerca de una supremacía acorde con los principios de democracia y representación, lato sensu, o como un concepto que impide llegar a la personificación -

149. Ibidem (1) p. 426. Cita Oppenheim.

implícita del Estado, tratando de observar la realidad jurídica como resultado de las relaciones que existen entre los individuos.

4.1.2 Relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional.

Tradicionalmente la doctrina ha configurado al derecho internacional y al derecho interno bajo diferentes aspectos, sobre todo, acerca de la validez, naturaleza y esencia de cada uno, y en especial hace la distinción según los objetos que regulan.

La Teoría Monista Interna (como exponente se encuentra Jellinek) ha sostenido que el derecho internacional es un aspecto de derecho estatal llamado derecho estatal externo.

La teoría sustentada por Triepel¹⁵⁰, o Teoría Dualista afirma que el derecho interno e internacional son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados entre los cuales falta una relación sistemática. Esta distinción tiene su origen en las fuentes de creación de cada uno de ellos; uno se crea por la legislación interna y el otro por voluntad común de los Estados, respectivamente.

150. Verdross, Alfred. Derecho Internacional Público. - -
Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, España 1982. - -
p. 397.

Para Anzilotti¹⁵¹ el derecho internacional tiene validez para un Estado cuando éste lo admite o incorpora a su cuerpo legal.

La primera consideración para vincular ambos ordenamientos se sintetiza en la idea de que "todo derecho es regulador de la conducta humana. La única realidad social a que las normas jurídicas pueden referirse es la constituida por las relaciones entre los seres humanos".¹⁵²

Con lo anterior, podemos tomar como punto de apoyo la tesis que sostiene que, en efecto, ambos ordenamientos son diferentes y poseen sus propias características; sin embargo, el criterio de distinción es el método o técnica de creación y regulación.

Actualmente nos hallamos ante situaciones comerciales internacionales que demandan una estricta y eficaz regulación, máxime que estas relaciones son creadas por individuos de diferentes Estados, de ahí, la posible vinculación y uniformidad en los criterios internacionales; por los resultados prácticos, las relaciones de estos sujetos no poseen presupuestos estrictamente de Estado a Estado, o de Estado nacional, o bien de un particular en el orden

151. Ibidem (150) pp. 67 y ss.

152. Op. Cit. (1) p. 407.

nacional, sino que entre ellos se generan relaciones independientes de la participación directa del Estado como ente jurídico.

A partir de la vinculación práctica que se establece, - convenimós en que, efectivamente, los individuos son generadores de normas e instituciones, en este caso de orden internacional; instituciones que tienen como misión la protección de intereses particulares, que, como sabemos, en el orden nacional se hallan establecidas, pero no excluye la posibilidad de que se encuentren protegidos y tutelados a partir de acuerdos o convenios interestatales, que se traducen, por ejemplo, en la presencia de tribunales arbitrales.

Entonces "El Estado que representa al sujeto específico del Derecho Internacional, en tanto que su conducta representa la materia de derechos y obligaciones, no es un ser diferente de los individuos, que son los sujetos específicos del derecho nacional".¹⁵³

Al través de las relaciones entre individuos de diferentes Estados unidos por una relación contractual se hace manifiesta la representación estatal. "Como sujeto del

153. Op. Cit. (126) p. 109.

derecho internacional, el Estado es, simplemente, una persona jurídica colectiva. Como persona actuante sólo se manifiesta al través de actos de seres humanos, considerados como órganos estatales".¹⁵⁴

Acorde con lo anterior, los individuos pueden ser sujetos de obligaciones internacionales, no sólo en relación a las normas de derecho internacional general, (que suscribe en nombre de ellos su Estado) sino también de acuerdo al derecho internacional particular o privado.

A este respecto, la jurisprudencia interna de los Estados, por ejemplo, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, sostiene la regla "International law is a part of the law of the land" (el derecho internacional es parte del derecho del país); en el caso en cuestión no sólo es parte del derecho del país, sino que se trata también de la norma a la cual los nacionales habrán de acudir en caso de que sus intereses sean lesionados, a partir de un compromiso u obligación internacional.

La tendencia de la jurisprudencia internacional, es, en la mayoría de los casos hacer cumplir los compromisos internacionales. "Es un principio establecido de derecho

154. Op. Cit. (1) pp. 408 y ss.

internacional que un soberano no puede esgrimir su propio derecho interno como un obstáculo para impedir una reclamación contractual".¹⁵⁵

Para preservar la regla de derecho internacional positivo "pacta sunt servanda", que se refiere al cumplimiento de un compromiso internacional, con efectos limitados al derecho nacional, los Estados han creado mecanismos para prevenir el posible incumplimiento, ya sea porque dicha norma entra en conflicto con el derecho nacional, o ya sea porque ha cambiado la circunstancia original en la cual se suscribió (Rebus sic stantibus). En este sentido, en 1804, el juez Marshall resolvió:

"Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole un derecho internacional, si queda alguna otra posible interpretación".¹⁵⁶

El problema se ha presentado en determinar qué es lo que hace que una norma pertenezca a un cierto sistema jurídico; una respuesta es que dicha norma provenga de la

155. Sepúlveda, César. Derecho Internacional. Ed. Porrúa. México 1984. p. 70. Cita resolución de un Tribunal Arbitral sobre la reclamación "Schufeldt" entre Estados Unidos de Norteamérica y Guatemala.

156. Ibidem (155). p. 71. Cita resolución del Juez - Marshall en el caso del navío capturado "Charming".

misma norma básica; en derecho internacional esas normas son tratados (supletorio de ellos entre otros, se encuentra la costumbre internacional), constituidos por diversos ordenamientos estatales, lo cual los adscribe al derecho internacional en función de preservar las relaciones entre los Estados.

Para efectos de este trabajo, el sentido que habrá de darse a las relaciones entre derecho interno e internacional se refiere a que, pese a que cada uno posee sus propias características, tienen en su ámbito de aplicación y en sus tradicionales relaciones un punto de coincidencia, las relaciones entre los hombres, y en particular la regulación de éstas por normas que tienen las siguientes características:

- Se crean en la comunidad internacional como resultado de convenios o acuerdos interestatales.
- Traen implícita la soberanía estatal al través de los nacionales que acuden a ellas.
- Tienen su origen en las obligaciones que contraen los individuos en el orden internacional particular o privado.
- Pese a la regulación de actos privados internacionales, la inconsistencia de la norma para estos efectos

repercute en la estabilidad general de quienes acuden a ella, y por lo tanto en sus relaciones sociales.

- Presentan la novedad de que al acudir a ellas por un acto de voluntad se preservan derechos y se indican las obligaciones con doble implicación, nacional e internacional.

En general, estas son algunas de las características sustanciales de las normas a las que nos venimos refiriendo; en subtemas posteriores se particularizarán, haciendo mención del método adjetivo en virtud del cual se indica el procedimiento para resolver las diferencias suscitadas con motivo de estas normas.

4.1.3 El Sistema Federal en las relaciones internacionales.

A lo largo de este trabajo se han expuesto las características del sistema federal, así como su planteamiento en diferentes órdenes, en los que su aplicación e interpretación ha sido diferente; a continuación se harán dos consideraciones en torno a este régimen, tomando como marco general las relaciones entre los Estados.

Primero, se analizarán las formas o métodos de manifestación del régimen federal en las relaciones entre Estados; y luego, la forma en la cual las instituciones

internacionales o bien los compromisos contraídos en este orden, pueden hallar en el sistema federal de los Estados beneficios para llevar a efecto su mandato, a partir de la organización estatal proyectada en el ámbito internacional.

Extraer y llevar a la práctica ideas y doctrinas que por su naturaleza se han dado en el derecho nacional, es una labor que implica un largo y lento desarrollo de los Estados y entre sus relaciones, en especial, en materia política; sin embargo, para estos efectos debemos remitir nuestro estudio a la consideración de los aspectos sociales y centrar el primer e indudable hecho de que los Estados han nacido bajo circunstancias diferentes, con ideas diferentes y con una conciencia política diferente.

Entonces, no se trata de unificar universalmente conceptos, que nacen del derecho nacional, pero si es dable contemplar una posible institución jurídica uniforme con fundamento en un pacto interestatal, que tienda a la protección de intereses individuales en marcos internacionales.

Una de las características del Estado federal es que las leyes federales obligan a todos los individuos directamente, sin mediación alguna de normas locales; por tal, las normas internacionales, previo procedimiento nacional para su aceptación, tendrán una aplicación más uniforme en

dicho Estado, no obstante la problemática que pueda derivar del régimen.

La representación que ejerce el Estado federal en las relaciones internacionales, considerando la diversidad y aplicación del régimen puede darse en varias formas o sentidos; por ejemplo, en el sistema federal soviético la representación puede ser unitaria (la federación en nombre de todos los Estados-miembros) o bien, de cada Estado-miembro en forma independiente, a diferencia de la mayoría de los Estados federales occidentales.

En el primer caso, la condición se cumple en cuanto a la representación integral, ya que deriva de la decisión local, contenida en las decisiones federales; en el segundo supuesto, se rompe la constante en cuanto a la representación general de cada Estado en el orden internacional, ya que dicha representación estará sujeta a la variable que posee el régimen federal soviético.

Como observamos, en regímenes federales, por lo general, los asuntos internacionales quedan reservados a la Federación, según el procedimiento del que hemos hablado para hacer al Estado en cuestión parte de un compromiso internacional.

En el caso de Estados unitarios, el poder central tendrá a su cargo dicha actividad con la diferencia de que no se ha establecido hasta hoy el procedimiento o la forma para que dicha actividad traiga implícita la voluntad general; en los Estados federales, al menos se tiene la composición bicameral compuesta sustancialmente por miembros elegidos por los Estados-miembros; quizás una proposición a este respecto es que cuando el Estado federal se haga parte de un compromiso internacional, lo sea primero con el consenso de su Estado, y posteriormente adscribirse a aquél, ya que la concertación que hace el Ejecutivo es primero, y después se somete a la ratificación; sin embargo, este procedimiento responde a la naturaleza y actividades reservadas al poder ejecutivo. Según dicha proposición, la representación será más plena y la seguridad de cumplimiento ante la comunidad internacional será mayor.

Puede decirse que las relaciones entre Estados con regímenes interiores diferentes puede ocasionar que dichas relaciones sean dispares, no con la sustancia del pacto o compromiso internacional sino en relación a la eficacia y diferente aplicación y aprovechamiento que hará cada Estado de dicha relación.

De ahí que en el concierto internacional, aun cuando existe el principio de igualdad entre los Estados, cada

Estado de por sí puede presentarse en condiciones desiguales para contratar.

Una forma de garantizar que las relaciones internacionales sean fructíferas entre los Estados es asegurar su capacidad jurídica para contratar, y la capacidad jurídica se halla en su organización estatal; sin exclusión de otras formas de organización, el régimen federal ha sido el más representativo de los sistemas que permiten al Estado agilidad jurídica (acorde con la dinámica social) y de alguna manera proporciona estabilidad a sus instituciones.

Ahora bien, cuando organismos internacionales hacen un llamado a las leales y sanas relaciones entre los Estados, lo hacen a partir de situaciones internacionales concretas, pero dichas relaciones son creadas por los propios Estados, por lo que tales organismos tendrán que desentrañar el por qué de un conflicto internacional; para esto deben acudir al análisis minucioso y aislado de cada forma de organización estatal para hacer una interpretación en conjunto, lo cual les permitirá estructurar un programa diferente para cada uno de ellos; esto no significa darle a cada Estado un tratamiento diferente, pero sí ajustar las medidas a las circunstancias concretas que presenta cada uno, para nivelar y equilibrar dichas diferencias.

Las condiciones políticas, económicas y sociales en que se presenta un Estado en la comunidad internacional, por lo general quedan resumidas en su cuerpo normativo; cuando el mandatario de un Estado federal suscribe un compromiso internacional, no trae implícita la incertidumbre de incumplimiento por posibles situaciones internas que puedan presentarse, ya que para entonces se habrán dado cumplimiento no sólo a las formalidades para estos efectos, sino también se ha dado cumplimiento a la exigencia y demanda de su sociedad; pero si dicho compromiso se contrae despóticamente y negligentemente, la seguridad de su próspero desarrollo estará amenazada por la natural incertidumbre social que se genera en un régimen estatal basado en la imposición y en la fuerza.

En este orden, una institución jurídica que contempla la protección de intereses individuales, muy por encima de relaciones exclusivamente interestatales (aun cuando inicialmente se hicieron presentes para su suscripción) es el Arbitraje Internacional, institución que por su naturaleza observa un tratamiento uniforme para quienes acuden a él, tal y como un individuo acude a los órganos competentes de su Estado (o bien del Estado-miembro al que pertenece) para la solución de un conflicto que por lo general trae auestas el bienestar familiar e involucra su esfera patrimonial (porque precisamente acude a ellos por la afectación de un derecho).

También puede dirigirse a un tribunal arbitral para someter sus diferencias contractuales, pero ahora para hacer efectivo un derecho que le confiere la propia situación.

Cabe preguntarnos si en el caso de Estados federales, - la federación debe o no coadyuvar con el individuo para la solución del conflicto que pone en peligro su estabilidad como miembro del Estado, y también la estabilidad de las - células que lo forman.

Dichas células o familias deben encontrar circunstancias adecuadas para desarrollarse como componentes de la sociedad; aun cuando en Estados federales los regionalismos - tienden o deben tender a satisfacer sus necesidades. Enton - ces su concepto y existencia forman parte de nuestro orden público por lo que habrán de buscarse fórmulas para hacer extensivo este concepto en el campo internacional, en espe - cífico en las controversias entre particulares de distin - tos Estados.

Lo anterior equivale a respetar y reconocer el orden pú - blico de un Estado llevado al orden internacional al tra - vés de sus nacionales, aun cuando los procedimientos arbi - trales tienen un carácter uniforme, con los que no se nie - ga el origen sustancial del conflicto, sino por el contra - rio elabora formas específicas (tales como las disposiciones

que regulan las relaciones de comercio exterior) que satisfagan y den solución al caso concreto, con lo cual se reafirma el derecho nacional de cada parte.

4.2 El comportamiento de los Estados en la comunidad internacional.

En los tiempos modernos las relaciones entre los Estados han ido en aumento por el creciente intercambio tanto de bienes como de servicios. Para regular estas relaciones cada Estado ha tratado de presentarse en órdenes internacionales con bases nacionales que le permitan desarrollarse, así como para ser parte de ese intercambio.

Con la idea anterior, se pretende vincular el hecho original que determina que un Estado adopte determinadas posturas internacionales. Es indudable que la conducta de los hombres en sociedad, y de éstos integrados a un sistema político determinado, configuran una de las partes más importantes de la organización jurídica estatal. En este sentido, aludimos al poder federativo enunciado por John Locke, quien sostenía que dicho poder está referido a las relaciones del Estado en el exterior. La esencia de dicho poder radica en que la actitud internacional del Estado sea acorde con el compromiso hecho con la colectividad.

Según lo anterior, por lo general en las relaciones internacionales como una copia al carbón se hacen patentes

las deficiencias y los errores del régimen interno, o bien, sus beneficios. Para normar posiciones y convenir en una situación concreta, los Estados modernos celebran acuerdos, tratados, pactos o convenciones, entre otros, para asegurar su soberanía.

A continuación se presentan algunas ideas acerca de cómo funcionan las relaciones a las cuales se hizo referencia, así como la problemática que representa la insatisfacción de una pretensión llevada a tribunales nacionales o internacionales; en este orden, se establecerán algunas de las cuestiones que se derivan del régimen federal, que como se ha advertido, trascienden a todos los renglones de la vida social.

4.2.1 Conflictos derivados del régimen federal.

Sabemos que a partir del análisis de las características generales del sistema federal, se derivan situaciones que han significado un reto para la técnica jurídica tanto a nivel nacional como internacional.

Si tomamos como punto inicial la soberanía de un Estado, se desprende una problemática que tiene varias dimensiones: la soberanía del Estado, la soberanía de las entidades componentes del Estado (tratándose de regímenes federales; - también debemos considerar que según la doctrina, la

soberanía es indivisible, por lo que dichas entidades no tendrán tal carácter sino el de autonomía o independencia), y, la soberanía del Estado frente a otros.

Según lo anterior, "la ciencia del derecho constitucional se encuentra en un callejón sin salida cuando se trata de la soberanía de los Estados federativos".¹⁵⁷

Acerca de la lesión que puede padecer un Estado-miembro por una inadecuada distribución de competencias, seguramente se alteran las condiciones generales del Estado interna y externamente; para lograr un equilibrio en la dinámica estatal, es necesario procurar relaciones armónicas entre los dos poderes que coexisten en él (federal y local). - Cuando existe una desproporción en ambas esferas, se originan problemas en todos los niveles, problemas que han sido tratados y regulados por las diferentes disciplinas jurídicas.

En este estudio, la referencia que se hará a la problemática de los Estados federales en su organización interna, está en función de aspectos sustanciales y adjetivos que se conjugan en la sociedad; esta idea constituye la base, llamémosle nacional, para el análisis de la institución

157. Op. Cit. (113) p. 143. Cita Duguit, León.

que hemos propuesto, el arbitraje internacional, que constituye un método jurídico que tiene como fin la solución de un conflicto entre particulares, ahora en el orden internacional.

Para este examen, recordemos algunas de las características esenciales del sistema federal estudiadas fundamentalmente bajo el rubro de Derecho Constitucional.

- 1) Ejercicio de la soberanía por dos poderes constituidos.
- 2) Existencia de dos ordenamientos legales fundamentales.
- 3) Distribución de competencias.
- 4) Distribución equitativa de las fuentes de ingreso.
- 5) Intervención de las entidades federales en el procedimiento de enmienda constitucional.
- 6) Participación de las entidades componentes en la elaboración del derecho federal.
- 7) La existencia de un Senado Federal.
- 8) La existencia de una Suprema Corte Federal.
- 9) La determinación de la residencia de los poderes federales.

Con las características anteriores como marco general, trataremos algunos de los casos que se derivan con motivo del régimen, en particular, a las relaciones reguladas por el derecho privado.

Una de las problemáticas es la que se desprende de las acciones reales y personales derivadas del estado civil de las personas y su arraigo y argumento inicial a la familia; ésto se plantea ya que existe la posibilidad de que los diversos regímenes locales no hayan normado criterios en función de dichas acciones de las cuales, es posible que sustancialmente sean entendidas de igual manera en todas las entidades componentes; sin embargo, su procedimiento de resolución puede ser diverso, lo que genera problemas en - - cuanto al reconocimiento de una determinada relación jurídica (con todo lo que ella encierra) por un Estado diferente del que conoció el asunto. Esta problemática se adscribe en la caracterización general de ejercicio de la soberanía por dos poderes constituidos y a la distribución de - competencias.

En el caso de la ejecución de sentencias en entidades distintas, la posible concurrencia jurisdiccional (por oposición a los conflictos de competencia) para hacer efectiva dicha resolución dictada por un juez distinto del que conoció el caso, constituye una situación que queda contenida nuevamente, al ejercicio de la soberanía por dos poderes constituidos, y a la distribución de competencias; en este punto debemos mencionar la participación de las entidades componentes en el derecho federal, ya que según esta idea las entidades no podrán contravenir el orden federal con disposiciones locales.

En este orden, otro cuestionamiento es hasta qué punto una ley local es obligatoria para un juez de otro Estado. Según nuestro orden constitucional y en conservación del orden público es posible que dicha sentencia se haga efectiva en otro estado, siempre y cuando no contravenga preceptos federales, ni al orden público.

Acerca de la constitucionalidad de una ley, podemos decir que "en la práctica se aplica si la violación de la - - constitución por una disposición legal es constatada oficialmente y si el órgano que la consta tiene el poder para sacar de ello las debidas consecuencias. Es una operación de verificación, que debe conducir normalmente a la anulación o a la no aplicación de la ley".¹⁵⁸

Un ordenamiento podrá tener carácter federal aun cuando no emane expresamente de una constitución federal; por - - ejemplo, los Códigos de Comercio y el Código Federal de - - Procedimientos Civiles encuentran su fundamento constitucional en la facultad concedida al Congreso por el artículo 73-XXX Constitucional, sin perjuicio de que existan mejores soluciones para unificar el régimen procesal civil y mercantil. Estos dos regímenes procesales son de mucha importancia para resolver problemas derivados de relaciones

158. Op. Cit. (96) p. 175.

comerciales en el orden internacional, ya que deben constituir la base nacional para ilustrar estas situaciones. La idea anterior queda contenida en las características de participación de las entidades componentes en la elaboración del derecho federal y la existencia de un cuerpo legislativo federal.

Tal y como del propio régimen federal se suscitan problemas con motivo de la distribución de competencias, la participación de las entidades en el derecho federal y la existencia de leyes federales, a partir de estas características los Estados federales también han encontrado dificultades para contraer compromisos en el ámbito internacional. (Compromisos que deben ser acordes con su derecho nacional).

En general, el respeto de un tratado por los Estados ha constituido un punto importante en su derecho interno el cual debe ajustarse a las disposiciones de aquél; en regímenes federales la dificultad técnico-jurídica y política aumenta.

"Un tratado es ley del país, igual que una ley del Congreso, siempre que sus cláusulas contengan una regla por la cual se afecten o puedan afectarse los derechos de los particulares. Y cuando tales derechos, por su naturaleza,

deben ser ejecutados por un tribunal, éste acude al tratado ante todo, para la decisión del caso, como si fuera una ley".¹⁵⁹

La cita anterior refleja la obligación de que un tribunal invoque un tratado internacional para dar solución a un conflicto entre particulares de distintos Estados, sin mediar con situaciones localistas que impone la estructura federal.

Según lo anterior, la falta de solución a un conflicto no tendrá como argumento la falta de normas u órganos creados para tales efectos; de aquí la necesidad de ajustar las fórmulas jurídicas para solucionar casos concretos.

Para vincular esta situación en los ámbitos interno e internacional, a continuación se expone un punto de vista acerca del reconocimiento que tiene un laudo emitido por un tribunal arbitral, que puede o no oponerse a un orden jurídico nacional.

Según la exposición hecha acerca de la supremacía constitucional, la observancia de un tratado se encuentra

159. Op. Cit. (57) p. 122. Cita Wester Woodbury Willounhby. The Constitutional Law in United States. Baker - Voorhls and Company. Nueva York 1929. p. 22. - Caso Edye vs. Robertson. (Reproduce el Chinese case).

supeditada a la aprobación que den a él los órganos estatales competentes, y en particular, la situación que se presenta en regímenes federales.

A partir de los artículos 89 fracción I, 76 fracción I, y 133 Constitucionales, se analizó a los órganos y procedimientos en virtud de los cuales el Estado contrae obligaciones internacionales. Sin embargo, en ninguno de estos preceptos se reconoce o sanciona al arbitraje internacional ni a los procedimientos que en sus tribunales se establece. No obstante, nuestro artículo 131 Constitucional expresa la facultad privativa de la Federación para regular las relaciones de comercio exterior que involucran la importación y exportación de mercancías. (Nótese que el carácter federal de estas relaciones en nuestro sistema responde a una rectoría económica del Estado, y a la naturaleza propia del intercambio comercial internacional).

Entonces el arbitraje internacional se presenta como un medio recurrible para solucionar conflictos entre los Estados o entre sus particulares en sus relaciones, por extensión, debemos entender que éstos se acreditan no sólo como nacionales de sus Estados, sino como partes de una relación contractual contraída por ellos mismos, independiente de conceptos estatales, strictu sensu. "Pero también es posible que el orden jurídico nacional del Estado no

contenga todavía una norma que designe al individuo que -
como órgano del Estado, ha de cumplir con la obligación -
internacional. En tal caso, ha de crearse esa norma para -
ampliar y complementar la norma internacional".¹⁶⁰

La administración de justicia en nuestro sistema jurídi-
co queda establecida en el artículo 17 Constitucional, que
prescribe:

"Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter
puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse
justicia por sí misma, ni ejercer violencia para
reclamar su derecho. Los tribunales estarán expedit-
tos para administrar justicia en los plazos y
términos que fije la ley; su servicio será gratuito,
quedando, en consecuencia, prohibidas las costas
judiciales".

El precepto anterior en forma expresa establece la im-
partición de justicia por los tribunales, cuando a ellos -
acuda algún individuo.

Ahora, en cuanto a un tratado que contenga lineamientos
tendientes a proteger o imponer obligaciones a los

160. Op. Cit. (126) p. 120.

particulares, estamos ciertos que la infracción a dicho - tratado traerá implícita una sanción que sólo podrá impo-- nerse por tribunales previamente establecidos. Y, de no - tratarse de una infracción a un tratado dirigido exclusiva-- mente a particulares, sino de una infracción o controver-- sia nacida en la relación contractual de éstos, entonces - se ha planteado a la justicia arbitral como institución - intermedia que requiere la voluntad y anuencia de las par-- tes para resolver sus diferencias.

Se le ha llamado institución intermedida proque al tra-- vés de ella el particular no se hace justicia por sí mismo (prohibición del artículo 17 Constitucional primer párrafo) y aun cuando el procedimiento que se observa tenga la for-- ma o modalidades de un procedimiento judicial, el árbitro emite un laudo en ejercicio de sus facultades jurisdiccio-- nales (materiales).

La posición que se desprende del régimen federal y de - la vinculación que de él hace un particular de su Estado - que acude a tribunales arbitrales, es considerar hasta qué punto un Estado como éstos tiene o puede tener la capaci-- dad para tutelar indirectamente los derechos de sus nacio-- nales, derechos y obligaciones contraídas por éstos en una relación contractual privada, independiente y aisladamente de su Estado como ente jurídico; sin embargo, el Estado

puede hacer extensiva la protección y métodos que ha sido capaz de poner en práctica en los ámbitos federal y local, tendiente a regular las relaciones de sus miembros, que si bien, en la idea planteada, no se ubican en ninguno de estos dos órdenes, no dejan de afectar estructuras y comportamientos nacionales, que darán al Estado la pauta para asumir posturas internacionales.

En este sentido, las leyes norteamericanas excluyen de toda solución arbitral los siguientes casos:

Los casos cuya regulación sea competencia exclusiva de una de las partes (contenida en su derecho nacional); los casos en donde se afecten los intereses de otros Estados; los casos que afecten el mantenimiento de la Doctrina - - Monroe; y los casos que tengan por objeto los deberes de - la otra parte derivada de la Sociedad de Naciones.

Estos casos de exclusión reflejan la protección que - - ejerce el Estado para impedir que sus nacionales se involucren en juicios arbitrales. En esta forma, se hace extensiva la forma de organización estatal para casos de conflictos internacionales entre los particulares, ya que posiblemente de llevarse a tribunales arbitrales asuntos expresamente prohibidos por el Estado, pueden repercutir, primero, en sus relaciones interestatales, segundo, en sus

relaciones con los individuos de su Estado, y tercero, ocasionaría problemas de índole particular que pueden lesionar instituciones primarias.

4.2.2 El Arbitraje Internacional
como la solución pacífica
de los conflictos entre
los Estados y entre los
particulares de los mismos.

En principio, se dará una idea con las características básicas de lo que es el arbitraje internacional, sin conceptualizarlo, ya que todo concepto puede estar desprovisto de elementos, que impiden adoptar una idea total de su contenido.

El arbitraje internacional es un modo de solución privada a las diferencias surgidas entre los agentes de comercio internacional. Esta postura se ha sostenido ya que en la mayoría de los casos se acude a esta institución con motivo de diferencias nacidas en el intercambio comercial internacional.

"El arbitraje, en oposición al procedimiento jurídico, es un modo privado de solucionar los litigios".¹⁶¹

161. García, David. ALEGATOS/3. Universidad Autónoma - -
Metropolitana. Unidad Azcapotzalco. Mayo/Agosto 1986.
pp. 24 a 27. Cita, P. Lalive. L'arbitraje Inter- -
national. Repertoire de droit International privé. -
Suisse 1982. p. 241.

Por oposición se ha dicho que "es un proceso judicial pues constituye una declaración de una posición legal entre las partes".¹⁶²

El arbitraje no se encuentra en oposición al procedimiento jurídico, ya que posee características que éste establece, con las modalidades propias de su naturaleza jurídica. En este sentido, "el arbitraje es una actividad jurisdiccional que, encomendada a uno o varios individuos (árbitros), que no son necesariamente funcionarios judiciales, tiene por objeto resolver un conflicto de intereses de índole internacional".¹⁶³

Otra opinión al respecto que da al arbitraje internacional carácter jurídico, es su clasificación hecha en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899; en dicha conferencia se le clasificó dentro de los medios no judiciales de arreglo, en la categoría de métodos jurídicos unido a la decisión judicial. (A diferencia de los métodos jurídicos, se encuentran los métodos políticos, como son la negociación, los buenos oficios, la mediación, las comisiones de investigación y la conciliación. Posiblemente la mediación

162. Op. Cit. (155) p. 383.

163. J. Witker/L. Pereznieto. Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior en México. Ed. Nueva Imagen. México 1980. p. 507.

pueda confundirse con el arbitraje, pero se diferencia de éste en que la mediación consiste en que el árbitro debe pronunciar una resolución o recomendación en una cuestión de derecho).

César Sepúlveda indica que "el arbitraje es un método - por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional, y con el entendimiento de que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final".¹⁶⁴

El hecho de que se establezcan tribunales arbitrales, - así como la creación de algún otro órgano, se debe a que - existe la circunstancia concreta que demanda la regulación de determinadas relaciones, y precisa para ello al órgano competente para tales efectos. En la definición antes citada, el autor habla de "un tribunal constituido especialmente para tal fin", lo que no significa atentar contra lo establecido en la primera parte de nuestro artículo 13 - - Constitucional: "Nadie puede ser juzgado por leyes privadas ni por tribunales especiales", ya que el sentido no

164. Op. Cit. (155) p. 389.

tiende a apartarse de una generalidad y juzgar en virtud de ella con leyes o tribunales diferentes a los establecidos por la Constitución, sino que se trata de tribunales creados con un fin específico, con la orientación específica que imponen las relaciones comerciales internacionales.

La historia del arbitraje data del Tratado Jay de 1794 concluido por el Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, e Inglaterra, como resultado de un litigio acerca de la práctica del derecho de presa, que en esencia sostenía la no intervención de las potencias europeas en América. Con motivo de este tratado se ajustaron las reclamaciones relativas al Estado de Alabama suscitadas en 1871.

En la mencionada Conferencia de La Haya de 1889, su artículo 16 que pasó a ser el 38 de la Convención de 1907, expresaba:

"En las cuestiones jurídicas y, en primer término, en las cuestiones de interpretación o aplicación de los tratados internacionales, las potencias contratantes reconocen al arbitraje internacional como el medio más eficaz y al mismo tiempo el más equitativo para resolver los conflictos que no hayan podido solucionarse por la vía diplomática, y formulan el deseo de que los Estados se sirvan de este procedimiento cuando las circunstancias lo permitan".

El precepto anterior se refiere al arbitraje internacional entre Estados; en esta forma, la base de la competencia de los tribunales de arbitraje y de justicia internacional reside única y exclusivamente en la sumisión de los Estados en conflicto (o bien de sus nacionales, según el caso).

A partir de la Convención de La Haya de 1907 se reorganiza a la Corte Permanente de Arbitraje creada en la Conferencia de 1889; a partir de la segunda Convención se crean tribunales arbitrales, comisiones mixtas de reclamaciones, árbitros únicos y tribunales internos de los Estados.

La definición del concepto de controversias de orden jurídico quedó establecida en los Tratados de Locarno de 1925, entre Alemania por un lado, y Francia, Bélgica, Polonia y Checoslovaquia por otro. Dicho concepto se refiere a la situación en la que una parte afirma la existencia de una pretensión basada en el derecho internacional positivo, mientras la otra niega la validez de tal pretensión.

Existen supuestos bajo los que un Estado afirma la existencia de una pretensión; su base se halla en el propio derecho internacional creado por los mismos Estados.

El artículo 13 del Pacto de la Sociedad de Naciones enumera cuatro tipos de controversias de orden jurídico:

- 1) Controversias derivadas de la interpretación de un tratado.
- 2) Controversias que se refieran a cualquier punto de derecho internacional.
- 3) Controversias por la existencia de un supuesto antijurídico.
- 4) Controversias derivadas por la determinación de las consecuencias que produce un acto ilícito.

Ahora bien, hay que plantear la diferencia entre las controversias de orden jurídico entre los Estados, mismos que al suscribir un tratado pueden sujetarse mediante cláusula compromisoria al arbitraje; por otro lado, el arbitraje al que se someten las partes por un acuerdo entre ellos o por existir también dicha cláusula. Esta diferencia se resume en la siguiente idea:

"Un acuerdo arbitral puede constituir un tratado especial, o consistir en una cláusula incluida en un tratado que tiene otro objeto y relativa a divergencias de interpretación y aplicación del mismo".¹⁶⁵ Esta cláusula es conocida como cláusula arbitral o compromisoria.

165. Op. Cit. (150) p. 397.

Por lo que toca a los nacionales de los Estados, "los individuos sólo pueden tener derechos internacionales si existe un tribunal internacional ante el cual puedan comparecer como actores".¹⁶⁶

Así, el Tratado de Versalles con el cual se estableció la paz al término de la primera guerra mundial, autorizó a los nacionales de todos los poderes aliados y asociados a exigir una compensación de los daños causados por medidas extraordinarias de guerra adoptadas por Alemania (artículo 297-e); asimismo se establecieron Tribunales Arbitrales Mixtos ante los que esos nacionales pueden ejercitar acciones contra Alemania.

En este caso, la jurisdicción de los tribunales alemanes es hecha a un lado en favor de un tribunal internacional. Tanto el actor como el demandado son sujetos privados y como dicho tribunal funcionó de acuerdo con las reglas de derecho internacional, entonces esos individuos resultan ser sujetos de derechos y deberes internacionales; sin embargo, en este tratado no se estipula la ley que debe aplicar el tribunal, y recordemos que "la ley procesal es la que determina la calidad de sujeto de derecho".¹⁶⁷

166. Op. Cit. (1) pp. 413 y ss.

167. Ibidem (1) pp. 413 y ss.

Por lo que se refiere al procedimiento arbitral, en la Convención de La Haya de 1907 se establecieron reglas generales que se aplicarán si las partes no acuerdan otras. - (Hay que hacer notar que las partes tienen la posibilidad de establecer reglas y procedimientos para sujetarse al - juicio arbitral); sin embargo, en materia de pruebas rige el principio de la libre apreciación.

En cuanto a la nulidad de sentencias arbitrales y revisión del proceso, la Convención de La Haya ha establecido que no hay recurso ordinario de segunda instancia, sin embargo, se admite la nulidad de las sentencias, en los siguientes casos: por falta de un tratado o compromiso de arbitraje (o si lo hay que haya caducado en el momento de la decisión; a esto se llama nulidad de compromiso); por una extralimitación en orden a la competencia; por el soborno judicialmente comprobado; por la composición irregular del tribunal; y por vicios esenciales en el procedimiento.

En el segundo caso, si no se opone la excepción de incompetencia, se presupone sumisión tácita, o bien si se - decide sobre materias no concluídas en el acuerdo. En el - cuarto caso debemos aclarar que pese a la irregularidad en la composición del tribunal, si la revocación de alguno de los árbitros es ulterior al procedimiento, no trae la nulidad del fallo.

La nulidad se hace valer por vía diplomática (generalmente en los casos de conflictos entre Estados) o en el procedimiento arbitral (que puede ser también en el conflicto entre Estados, y por lo general en los conflictos entre particulares).

En lo que concierne a la revisión del proceso, se hará ante el mismo tribunal en caso de que surjan nuevos hechos después de cerrar el caso (es similar a las pruebas supervenientes).

En junio de 1958, en la sede de las Naciones Unidas, se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la cual se adoptó una Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Dicha convención fue promulgada en México el 22 de junio de 1976.

En 1959, el ECOSOC (Economic and Social Council) o Consejo Económico y Social de la O.N.U. adoptó una resolución que señala los lineamientos a las Comisiones Económicas Regionales en materia de arbitraje comercial.

En 1961 se concluyó la Convención Europea sobre Arbitraje Internacional Comercial.

En 1962 el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya publicó un reglamento de arbitraje y conciliación para el caso de disputas entre un Estado y partes no estatales.

Para resumir algunas de las características del arbitraje internacional debemos primero considerar que debe darse el incumplimiento de una de las partes, lo cual nos conduce al problema de ante quién o dónde se debe ejercitar una acción de justicia. Así, el arbitraje internacional se plantea como un medio para resolver las diferencias; es un procedimiento privado; dicho arbitraje debe ser consentido por las partes; liga a las partes al través de la decisión de un árbitro; las decisiones son ejecutorias.

Entre los organismos y tribunales arbitrales dedicados a la solución de conflictos se encuentra entre otros, The Court of Arbitration y The Institute of Arbitrators, ambas de origen inglés; The American Arbitration Association, de origen norteamericano y, como instituciones mexicanas se encuentran el Centro Mexicano de Arbitraje Comercial (CEMAC), la Academia de Arbitraje y Comercio Internacional (ADACI), y la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX), este último organismo fue creado en el seno del Instituto Mexicano de Comercio Exterior (IMCE) creado por ley del 31 de diciembre de 1956 y reformado el 31 de diciembre de 1959. (Cabe indicar que el

IMCE desapareció por decreto en diciembre de 1985; sin embargo, las actividades desempeñadas por la COMPROMEX se siguen efectuando, integrado este organismo al Banco Nacional de Comercio Exterior, BANCOMEXT).

A continuación haremos una referencia más amplia a lo que es la COMPROMEX y su funcionamiento.

La COMPROMEX actúa en forma colegiada con las dependencias del sector público y privado en asuntos relacionados directamente con la actividad comercial de nuestro país. Su principal función es actuar como conciliador y árbitro en controversias derivadas de operaciones comerciales y presentadas por o en contra de importadores o exportadores de mercancías y servicios con domicilio en la República Mexicana; su Manual de Procedimientos sobre Conciliación y Arbitraje fue aprobado en diciembre de 1981.

Las funciones específicas de este organismo son las siguientes:

- Formular observaciones para la protección del comercio exterior de México contra prácticas contrarias a la ética comercial.

- Intervenir en las condiciones que se susciten sobre las quejas derivadas de operaciones comerciales (así como

para emitir dictamen de ellas) en que intervengan importadores o exportadores domiciliados en el país; proponer a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial la adopción de medidas concretas que tiendan a simplificar y unificar la legislación sobre comercio exterior, así como a hacer más expedita la intervención del poder público en esta materia.

Según el Manual de Procedimientos de la COMPROMEX en materia de Conciliación y Arbitraje Internacional, se entiende por arbitraje: "la solución por parte de la COMPROMEX - de un conflicto de comercio internacional sometido a su conocimiento y decisión por la voluntad de las partes en controversia". (Artículo 13). Sobre esta base se tramita el procedimiento de conciliación, arbitraje y dictamen.

Las disposiciones generales que rigen a este organismo, se resumen en los siguientes puntos:

1) En los negocios que conozcan la COMPROMEX regirán los principios de la autonomía de la voluntad de las partes y de la libertad y autonomía de árbitros y conciliadores. (Artículo 2).

2) Los ordenamientos a los que se sujetará el arbitraje de la COMPROMEX son la ley de la COMPROMEX y supletoriamente

el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; sin embargo, las partes podrán pedir la aplicación del Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, siempre que ésta no contravenga a la ley de la COMPROMEX.

3) Para que la COMPROMEX conozca de controversias, se requiere que una de las partes tenga su domicilio en la República Mexicana y la otra u otras en el extranjero. Si ambas partes radican en el país, conocerá del conflicto si éste se refiere al cumplimiento de una obligación para un tercero en el exterior derivada de la operación comercial. (Artículo 4).

4) Salvo pacto en contrario, el procedimiento será por escrito y en idioma español. En caso de pactarse otro idioma correrá a cargo de los interesados el costo de la traducción.

Con estas disposiciones generales se establecen las bases que rigen la conciliación. Para este efecto, el artículo 6º, indica: Se entenderá por conciliación la intervención a petición de la parte interesada, de la COMPROMEX para procurar como amigable componedor que las partes en

conflicto, actual o potencial, lleguen a un entendimiento y pongan fin por convenio a sus diferencias provenientes de operaciones de comercio internacional".

La queja o reclamación materia de la conciliación se presentará por escrito, en la cual se describirán los hechos, montos y demás características de la reclamación; deberá anexarse copia simple y demás documentos para cada parte involucrada.

Una vez recibida la queja, previo examen de personalidad e interés jurídico, se fijará la fecha para la celebración de una junta de avenencia citando a las partes. En caso de que una de las partes tenga su domicilio en el extranjero, podrá comparecer a esta junta por escrito expresando sus derechos y defensas. (Artículo 10).

En la junta de avenencia se oirá a las partes y vistas las pruebas, el conciliador procurará su entendimiento sugiriendo fórmulas de arreglo. Si hay conciliación se hará constar en el acta respectiva, precisando los términos del convenio.

Por el contrario, si las partes no se avienen y no hay compromiso arbitral previo, la COMPROMEX les sugerirá el sometimiento de sus diferencias al arbitraje; si aceptan

se hará constar junto con los términos del pacto; esto será suficiente para iniciar el procedimiento arbitral sin necesidad de posterior ratificación.

Ya en el procedimiento arbitral, debemos indicar que sus presúpuestos jurídicos son: la cláusula compromisoria, el compromiso arbitral previo o el pacto definitivo de compromiso arbitral; en cualquiera de los tres supuestos, las partes quedan obligadas a dar cumplimiento al laudo que se dicte.

La forma como las partes deben someter sus diferencias expresamente a este organismo es similar a lo que establece el artículo 38 de la Convención de 1907 dirigida a Esta dos en conflicto.

La cláusula compromisoria queda incluida en el contrato principal, el compromiso arbitral previo quedará contenido en una estipulación accesoria o bien por intercambio de comunicaciones fehacientes. Ambos documentos deberán indicar la relación jurídica de comercio internacional a que deba referirse el arbitraje.

El pacto definitivo de compromiso arbitral podrá formalizarse ante la COMPROMEX o en convenio por separado, donde se precise la controversia.

En los escritos de demanda y contestación se señalará - domicilio en la ciudad de México para oír y recibir toda - clase de notificaciones.

Las decisiones de la COMPROMEX no podrán ser recurri- - bles, y una vez dictado el laudo del pleno de la comisión, no procederá recurso alguno. Cuando el laudo se ejecute en la República Mexicana, a petición de parte se remitirán - los autos al Juez de primera instancia que corresponda al domicilio de la COMPROMEX para los efectos de su ejecución, la cual se efectuará en los términos del Código de Procedi- mientos Civiles para el Distrito Federal. Cuando el laudo deba ejecutarse en el extranjero se aplicarán los conve- - nios internacionales que en materia de reconocimiento y - ejecución de sentencias arbitrales tenga celebrados nues- - tro país y se encuentren vigentes.

En virtud de ser el Código de Procedimientos Civiles - para el Distrito Federal el ordenamiento supletorio a la - Ley de la COMPROMEX, haremos algunos comentarios a sus pre- ceptos.

Reconoce al arbitraje como un derecho para sujetar las diferencias entre los particulares.

El compromiso arbitral puede celebrarse antes del juicio, durante el juicio y después de sentenciado por

estipulación privada o en acta ante el árbitro. Si en este documento no se especifica el negocio o negocios que deberán someterse al arbitraje, el compromiso será nulo.

Las prohibiciones expresas en materia de derecho privado para no comprometer en árbitros son las siguientes: el derecho a recibir alimentos, los divorcios, las acciones de nulidad de matrimonio, las concernientes al estado civil de las personas y las demás prohibidas por la ley.

Contra las resoluciones de árbitros designados por el juez cabe el amparo (Artículo 635).

Acerca de la ejecución de sentencias y demás resoluciones dictadas por los tribunales y jueces de los Estados y del extranjero, establece algunas reglas:

Tendrán en nuestro país la fuerza que establezcan los tratados internacionales o, en su defecto, se estará a la reciprocidad internacional. Dichas ejecutorias extranjeras tendrán validez si reúnen los siguientes requisitos:

Que cumplan con lo que establece el artículo 108 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En este orden, el artículo 355 del mismo ordenamiento indica que "hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria"; que

hayan sido dictadas en consecuencia del ejercicio de una acción personal; que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en la República; que haya sido emplazado personalmente el demandado para ocurrir a juicio; que sean ejecutorias conforme a las leyes de la nación en que se hayan dictado y que llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como auténticas.

Ni el juez inferior ni el tribunal superior podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre los fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye dicha ejecutoria, limitándose tan sólo a examinar su autenticidad y si debe o no ejecutarse conforme a las leyes mexicanas. (Este precepto se relaciona con la idea general del orden público nacional).

Una observación hecha a la supletoriedad del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a la Ley de la COMPROMEX:

Es cierto que dicho organismo, por encontrarse en la jurisdicción de los tribunales del Distrito Federal habrá de sujetarse al ordenamiento del lugar (según sus propias disposiciones y la aplicación supletoria de las leyes nacionales); sin embargo, este ordenamiento es una ley local que en su caso deberá hacer las veces de ley federal ante

la resolución que dicte un tribunal de arbitraje como éstos, llevada o que versa sobre aspectos de comercio exterior. Por tanto, aun cuando es una ley local, el carácter federal se lo da la propia Ley de la COMPROMEX.

4.2.3 Proyecto de Ley Modelo para el Arbitraje Comercial Internacional. Alcances en el comportamiento estatal e individual.

Como reglamentación uniforme tenemos a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por un grupo de trabajo en el seno de las Naciones Unidas (Sesión del 6 al 17 de febrero de 1984) la cual ofrece criterios que persiguen uniformizar los conceptos sobre posibles diferencias comerciales internacionales.

La expresión "comercial" en este documento tiene una amplia interpretación con el fin de abarcar todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole. Así tenemos que dicho concepto abarca las operaciones siguientes: suministro o intercambio de bienes, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción a compra, construcción de obras, concesión de licencias, inversión, financiamiento, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociación de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial y transporte de

mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

El proyecto del texto de esta ley consta de 38 artículos comprendidos en ocho capítulos. En su articulado existen conceptos de derecho nacional, como exposición inicial para comprender su contenido.

En las disposiciones de esta ley se indica que el arbitraje es internacional, por lo general, cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Define lo que es un Tribunal: "es un órgano del sistema judicial de un país; así como lo que es un Tribunal Arbitral: "es como un sólo árbitro o una pluralidad de árbitros".¹⁶⁸

El acuerdo de arbitraje se establece de igual manera como lo estipula la Ley de Procedimientos de la COMPROMEX.

Considero de importancia reproducir el artículo 28 que se refiere a las normas aplicables al fondo del asunto:

1) "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como

168. REVISTA JURIDICA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Instituto Mexicano de Comercio Exterior. Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional. Enero-Marzo 1985. pp.12 y ss.

aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho o sistema jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes".

2) "Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinan las normas de conflicto de leyes que estime aplicables".

Como vemos, si las partes no convienen, el derecho nacional de cada una de ellas estará presente en el procedimiento arbitral, no como leyes conflictuales, sino como bases materiales para resolver el litigio. Pero debemos considerar que si bien la ley sustancial de un país contiene el orden público de éste, ¿qué sucede si dicho orden público es diferente u opuesto al de la otra parte? El mismo artículo en la fracción c) indica: "el tribunal arbitral decidirá como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así". Y, ¿cuándo o en qué circunstancias las partes autorizan al tribunal para tales efectos?

Tal como en el arbitraje se requiere la voluntad y la buena fe de las partes para someter sus diferencias, también se requiere cierta prudencia para determinar que no

sólo habrán de sustanciarse diferencias comerciales, sino también diferencias socio-culturales, que se deben estudiar bajo un orden público diferente. De aquí la autorización - que pueden dar al tribunal arbitral para llegar a un acuerdo amigable.

En cuanto a la ejecución y reconocimiento de los laudos arbitrales, esta ley establece:

1) "Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en - que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, - tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado con las disposiciones de este artículo".

Los comentarios que pueden hacerse a esta ley son en muchos sentidos; primero se trata de una ley especial cuya - mención se hace en su artículo 10: su aplicación es el arbitraje comercial; sin embargo, no es un sistema jurídico autónomo e independiente, sino que en su forma y aplicación debemos aludir al derecho nacional de los Estados.

También indica el "reconocimiento de un laudo como vinculante"; la expresión vinculante puede interpretarse en - el sentido de que al través del laudo las partes quedan - unidas y obligadas por la decisión arbitral; en otra

acepción, al través del reconocimiento de un laudo arbitral se liga a las partes (que también con anterioridad ya estaban ligadas por una relación comercial) situación que permite la aplicación de diversas normas a saber: normas de derecho internacional público y privado, normas de derecho constitucional, este último porque en una decisión arbitral queda contenido el respeto y reconocimiento del orden público del Estado de cada parte.

En lo que se refiere a la aplicabilidad de las normas de un tribunal arbitral, tenemos algunos criterios de selección:

El criterio básico y común a todos los sistemas jurídicos para determinar la aplicabilidad de sus normas procesales es territorial. (Así aludimos a la importancia del concepto territorio como elemento constitutivo del Estado, - que podrá presentar pluralidad de regímenes procesales para resolver controversias, como es el caso de los Estados con sistema federal).

No obstante el criterio territorial, puede complementarse con el criterio que sostiene la autonomía de las partes; autonomía e independencia son los móviles de los individuos para recurrir al arbitraje así como para estipular su procedimiento.

De la comparación de los preceptos de la Ley de la - -
COMPROMEX, del Código de Procedimientos Civiles para el -
Distrito Federal y de la Ley Uniforme, observamos que el -
arbitraje internacional ha sido motivo de estudio y regla-
mentación tanto en el derecho nacional como internacional;
por algunas de sus características la actividad jurisdic-
cional de un tribunal arbitral se equipara a la jurisdic-
ción nacional ejercida por un tribunal nacional, con las -
reservas y diferencias del caso.

Como en el ejercicio de la jurisdicción pura, los tribu-
nales arbitrales persiguen poner fin a conflictos de inte-
reses que, por otra parte, debido a su naturaleza se han -
hecho complejos para la técnica jurídica, máxime que están
de por medio circunstancias que involucran al Estado y a -
sus nacionales.

Como se ha mencionado, la importancia que tiene la admi
nistración de justicia es determinante en la organización
estatal. Por eso en la mayoría de los sistemas jurídicos -
estatales se han creado Tribunales Constitucionales que, -
entre otras funciones, tutelan los derechos de los ciudad
anos y ejercen control sobre las leyes y sobre los poderes
de los gobernantes.

En este orden, la trascendencia de la impartición de
justicia lo es también en el ámbito internacional, más

aún, cuando están de por medio y quedan involucrados aspectos patrimoniales individuales a partir de los cuales se contrajo una relación contractual internacional.

La creación de tribunales arbitrales y leyes para el efecto constituye una prolongación de la jurisdicción nacional con las peculiaridades y diferencias que impone cada ámbito; como sabemos, su fin es proteger los derechos individuales en el ámbito internacional; el resultado y la eficacia de estos organismos está en función de la participación de los Estados que intervienen para su creación.

El alcance individual del arbitraje internacional y de la Ley Uniforme proporcionan seguridad y respaldo jurídico para aquéllos que contraen compromisos internacionales, quienes habrán de considerar que no sólo existen tribunales nacionales que administran justicia en sus respectivas jurisdicciones, sino también tribunales arbitrales internacionales.

Como sabemos, el problema que se ha presentado en el derecho internacional es la falta de un órgano ejecutivo que ejerza coacción sobre los individuos o sobre los Estados que realicen actos hostiles o desleales originados en su ámbito; pese a las prácticas estatales en esta materia, el arbitraje internacional constituye un intento por

reglamentar dichas prácticas y poner en claro situaciones derivadas de ellas.

Si consideramos la importancia y real trascendencia de un conflicto individual, no sólo nacional sino también internacional, observamos que la insatisfacción a una pretensión provoca desajustes a los miembros que conforman al Estado; de aquí que la existencia de la familia se ve amenazada constantemente; los conceptos a los cuales aludimos acerca de este núcleo, no deben interpretarse en forma aislada sino deben ser vinculados a toda la maquinaria estatal, en su papel nacional e internacional, y concluimos que de la debida protección a este grupo, por ejemplo, una manifestación de ello, la debida impartición de justicia, se debe la toma de decisiones económicas, políticas y jurídicas estatales; tal y como un Estado no puede o no debe existir desvinculado de sus miembros, cuya relación se establece a partir de la fórmula gobernantes y gobernados, los hombres no se encuentran aislados o participando en la sociedad como seres resueltos a una individualidad, sino constituyen o forman parte de una familia. Recordemos que una de las fórmulas del sistema federal es que se dirige a los individuos y ejerce control sobre ellos sin mediar con otro instrumento jurídico.

De aquí uno de los beneficios del sistema, con el cual se persigue la tutela concreta e individualizada de los

derechos; si éste es uno de sus fines, se une a la idea de reforzar la administración de justicia, actividad judicial que debe cumplir sus fines.

No en balde los sistemas anglosajones tienen como principal fundamento al sistema judicial; desentrañar que la clave de éste y todos los sistemas es dar protección a los individuos, sin embargo, llevar a la práctica procedimientos aptos para ello requiere madurez socio-política y jurídica.

De lo anterior se desprende que la vida de la sociedad y, por consiguiente, la del Estado, dependen de la protección que se dé a aquélla y a sus miembros para garantizar la participación de éstos, no en forma individual sino colectiva; esta situación demandará órganos capaces de poner en claro derechos y obligaciones en todos los foros; a fin de conseguir lo anterior los esfuerzos en esta labor deben ser conjuntos, y en particular la labor de quienes han dedicado parte de su vida al estudio digno y sistemático de la ciencia jurídica. De no ser así, "¿Qué puedo decir de ellos que creen que la vida es una roca dura y que la ley es un cincel que lo emplean para tallar y esculpir, a su modo y parecer, su propia imagen?".¹⁶⁹

169. Gibrán Khalil, Gibrán. El Profeta y el Jardín del Profeta. Colección Horus. Editorial Kier, S. A. Buenos Aires, Argentina 1982. p. 80.

C O N C L U S I O N E S

- 1.- La primera y natural formación humana es la familiar - grupo que condiciona la organización jurídico-política del Estado; del bienestar de los miembros que integran a la familia depende la vida de aquél; por este motivo considero que las controversias derivadas de las relaciones familiares así como las de orden patrimonial deben resolverse, con las reservas del caso, con un criterio común federalizado.

- 2.- Una de las principales formas de organización que ha tenido el hombre es la organización política; puesto que el régimen democrático constituye una expresión de esta clase de organización, es preciso mantener permanentemente su supuesto básico o derecho del pueblo a participar en la formación jurídico-política del Estado, también conocido como soberanía popular.

- 3.- El nacimiento de una constitución es el resultado de un proceso histórico, en particular económico y socio-cultural que determina el aspecto jurídico. En este orden, la rigidez constitucional debe corresponder al orden público y jurídico del Estado, con lo cual el texto fundamental será fiel reflejo de la realidad social imperante, y no una forma impositiva que sustente al sistema.

- 4.- El orden público es la expresión social de un pueblo el cual queda contenido en el acervo estatal lato sensu, y constituye el supuesto básico del orden jurídico.

- 5.- El pacto federal o acuerdo en virtud del cual se federan las entidades componentes que sustentarán al sistema, determina la distribución de competencias según las necesidades regionales y nacionales. En este orden, dichas entidades estarán facultadas para crear y revisar su propia constitución y participar en la formación del derecho federal. Con esto se garantiza el ejercicio de los derechos políticos individuales, que en su acepción más amplia respeta el derecho social de evolución, premisa que permite al Estado continuar su camino institucional ajeno a contingencias temporales o pasajeras.

- 6.- La forma en que las entidades componentes del Estado Federal expresan su voluntad para federarse es la clave que determina la subordinación de los fueros legales -- con relación al fuero constitucional, y constituye el precedente que garantiza los derechos lato sensu de los miembros que componen al Estado, presupuesto único que legitima su vida y representación.

- 7.- La fracción XXX del artículo 73 Constitucional es un -- precepto que debe emplearse con acierto jurídico ya que

establece facultades legislativas que no deben exceder de las expresamente concedidas; estas facultades deben orientarse a dar cumplimiento a las necesidades sociales y no sujetarse a determinaciones políticas imprecisas -- que pueden menoscabar nuestro haber jurídico y democrático.

- 8.- El sistema económico de explotación en la colonia sentó las bases de la inversión extranjera en América y la herencia del colonialismo centralista ocasionó que el sistema federal en los Estados Latinoamericanos tenga una manifestación incipiente; como resultado del sistema unitario la tendencia actual en los países Latinoamericanos es la urbanización.
- 9.- La preponderancia presidencialista en los Estados Latinoamericanos data de la colonia y de la actual política hegemónica de determinados partidos políticos. En este orden, el ejercicio del poder ejecutivo por un cuerpo colegiado puede garantizar la eficacia de un sistema ya que responde con más amplitud al mandato popular.
- 10.- A lo largo de la historia constitucional mexicana, la inconsistencia normativa del sistema federal ha propiciado imprecisiones, resultado de la dirección política en turno y no de las necesidades regionales y nacionales.

- 11.- La concertación de compromisos internacionales por -
diversos Estados debe ser acorde con la estructura -
constitucional de cada uno de ellos, ya que en fun-
ción de ésta, dichos Estados estarán en condiciones
para cumplir, lato sensu, con dichos compromisos los
cuales tendrán eficacia jurídica y manifestación so-
cial sobre los miembros que el propio Estado repre-
senta.

- 12.- Con base en la estructura jurídica estatal, el arbi-
traje internacional asegura y garantiza los intereses
y las relaciones entre los Estados, y entre los na-
cionales de ellos; en un sistema federal sería posi-
ble hacer extensiva la protección a sus nacionales -
cuando contraen compromisos comerciales internaciona-
les.

- 13.- La base de la competencia de los tribunales de arbi-
traje y de la creación de un Estado Federal es la mis-
ma, la voluntad de las partes; en el primer caso resi-
de en la sumisión de los Estados o de sus nacionales
en conflicto al procedimiento arbitral, y en el segun-
do, en el acuerdo o pacto popular.

- 14.- Las competencias local y federal como expresión del -
sistema federal, deben materializarse en una adecuada

impartición de justicia. La importancia de la actividad jurisdiccional en nuestros días tiene la dimensión de la preservación de la seguridad y tranquilidad públicas; de aquí, la resolución o el concilio de intereses nacionales e internacionales por los tribunales correspondientes.

- 15.- La actividad jurisdiccional de los tribunales de arbitraje se encuentra supeditada a las leyes básicas y sustanciales del Estado al que pertenecen las partes.
- 16.- El sistema federal consolida su estructura y naturaleza jurídica al dirigirse directamente a los individuos sin mediar con otros instrumentos jurídicos; - por tanto si una de sus funciones es garantizar la tutela concreta e individualizada de los derechos de los individuos a quienes sus preceptos se dirigen, - esta actividad se une a los fines que persigue la administración de justicia en el ámbito local y en el internacional por los tribunales de arbitraje.
- 17.- El "Common Law", como sistema judicial basado en los precedentes, en los órdenes local y federal consolida al sistema federal de organización política.

- 18.- La familia como institución de orden público así como las relaciones que se derivan de ella, deben uniformarse por un cuerpo legal que indique con precisión - sus fines y contemple los medios legales adecuados para coadyuvar a su desarrollo.
- 19.- El concepto de orden público debe unificarse ya que - la existencia de diversos órdenes en esta materia, - contravienen al sistema federal, ya que pueden ser -- opuestos al de otro Estado.
- 20.- En materia constitucional se precisa de una reglamentación que indique claramente las competencias en el ámbito federal y local, ya que en la aplicación de leyes de un Estado a otro o sumisión a otro fuero rige el principio de la voluntad de las partes, generalmente.
- 21.- El sometimiento a leyes procesales en diversos Estados ha formado parte del sistema federal; sin embargo, es necesario establecer normas que de modo ineludible reconozcan la competencia procesal federal, haciendo un detalle preciso de las formalidades esenciales del procedimiento; la sujeción a las diversas formas que presentan los diferentes órdenes estatales, obstaculiza en este caso, la adecuada impartición de justicia.

- 22.- La prueba del derecho de un Estado a otro debe ser la misma para todos los órdenes estatales; por tanto, - los medios de prueba deben ser sancionados por leyes federales.
- 23.- Se propone la integración del régimen jurídico estatal jurisprudencial que permita subsanar vacíos legales, así como para que la jurisprudencia cumpla su misión de interpretar y facilitar la solución de controver--sias.
- 24.- Conviene definir en forma precisa la prueba del derecho estatal para establecer el alcance y los efectos de las diversas relaciones jurídicas; por ejemplo, en la relación jurídica arrendador-arrendatario, se han encontrado contradicciones entre lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil para el Estado de México, referentes a los dere--chos renunciables o no del arrendador.
- (El artículo 2265 del Código Civil para el Estado de México indica que no son renunciables los beneficios que deriven de la ley a favor del arrendatario, y las estipulaciones privadas que consignent la renuncia a - dichos beneficios serán nulas. No obstante, los artí--culos 6 y 7 del Código Civil para el Distrito Federal indican que podrá renunciarse a los derechos privados

siempre y cuando no se afecte al interés público o a los intereses de terceros. La dificultad y aplicación de estos preceptos consiste por ejemplo, en la suscripción de un contrato de arrendamiento en el Distrito Federal sobre un bien inmueble ubicado en el Estado de México, situación que pondrá frente a frente a los ordenamientos de cada Estado, cuyas leyes sustanciales -que incluyen a su orden público- entrarán en conflicto en cuanto al trámite que puede darse a una posible desocupación). Con este ejemplo observamos - que la disparidad de regímenes que regulan una misma relación jurídica puede ocasionar problemas en cuanto a la resolución del asunto.-

El artículo 2415 del Código Civil del Estado de Michoacán establece que al extenderse un poder el otorgante cuidará de expresar el tiempo por el cual lo confiere, pues de lo contrario se presumirá que sólo lo ha otorgado por un año. En este caso la limitación temporal de los poderes, tiene como efecto procesal - la legitimación o no, lo que podrá ocasionar conflictos a un juez diferente al de la jurisdicción de Michoacán.

- 25.- Estimo que algunos preceptos constitucional deben ser adaptados en su forma jurídica y aplicación, para eliminar riesgos que pueden contradecir a nuestro sistema

federal:

- A) Es necesario establecer en forma clara y precisa - la participación bicameral para la aprobación de - tratados internacionales concertados por el Ejecutivo Federal, ya que los artículos 76-I y 133 Constitucionales indican que la aprobación será del Senado, por oposición a lo que establece el artículo 89-I que prescribe la aprobación del Congreso Federal. Esto es un punto decisivo que en orden de la - distribución de competencias debe garantizar la participación local en la política exterior del Estado.
- B) Se propone la unificación del término Federación como el órgano central del Estado Federal. (Para este caso tenemos el artículo 40 Constitucional, que establece lo que es la federación en función de orden jurídico mexicano; sin embargo, el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo ley secundaria, alude a la Nación como persona moral, inadecuada denominación al término y a su definición; - asimismo, el artículo 104 Constitucional dispone los casos que conocerán los Tribunales de la Federación, incluyendo a las controversias en que la Federación fuese parte con el tratamiento de persona moral no reconocida).

C) Se estima conveniente detallar en forma precisa - las facultades del Congreso de la Unión, ya que - existen preceptos que lo facultan en materias re- servadas a los Estados. (El caso del artículo 121 Constitucional nos ilustra esta situación ya que prescribe que las disposiciones en cuanto a la -- prueba de actos privados serán trabajo legislati- vo del Congreso de la Unión; en este caso no exis- te ninguna disposición que faculte al Congreso de la Unión para legislar en materia procesal; por - tanto, estas atribuciones deben quedar reservadas a las autoridades locales competentes).

B I B L I O G R A F I A

- 1) Biscaretti di Ruffia, Paolo. "Derecho Constitucional". Ed. Tecnos, Madrid, España 1984.
- 2) Burgoa Orihuela, Ignacio. "Las experiencias del proceso político en México y España". Universidad Nacional Autónoma de México. México 1979.
- 3) Calhoun, John C. "Disquisiciones sobre el Gobierno y Selecciones de la Disertación". Herrero Hermanos, Sucesores, S. A. Editores. Trad. Francisco González Aramburu. México. Mayo 1965.
- 4) Castro V. Juventino. "Garantías y Amparo". Ed. Porrúa. México 1983.
- 5) Couture J., Eduardo. "Estudios de Derecho Procesal Civil". Ediar, Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, Argentina 1948.
- 6) De la Cueva, Mario. "Teoría de la Constitución". Ed. Porrúa. México 1984.
- 7) De Tocqueville, Alexis. "La Democracia en América". (1835). Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires, 1963.
- 8) Desinov, A. y Kirichenko, M. "Derecho Constitucional Soviético". Ed. Lenguas Extranjeras, Moscú 1959.
- 9) Duverger, Maurice. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Editorial Ariel, S. A. Barcelona. Primera Reimpresión. México Junio 1986.
- 10) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Ed. Porrúa. México 1983.
- 11) Gibrán Khalil, Gibrán. "El Profeta y el Jardín del Profeta". Colección Horus. Editorial Kier, S. A. Buenos Aires, Argentina 1982.
- 12) González Calderón, Juan. "Derecho Constitucional Argentino". Editores Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina 1930.
- 13) Graziani, Giovanni. "América Latina, Imperialismo y Subdesarrollo". Editorial Diógenes, S. A. México. Septiembre 1979.
- 14) Gunder Frank, André. "Lumpenburguesía: lumpendesarrollo". Serie Popular Era. México 1978.

- 15) Hamilton, Madison y Jay. "El Federalista". Fondo de - -
Cultura Económica. México 1982.
- 16) Kaplan, Marcos. "Aspectos del Estado en América Latina".
Universidad Nacional Autónoma de México. México 1981.
- 17) Kelsen, Hans. "Derecho y Paz en las Relaciones Interna-
cionales". Editora Nacional. México 1980.
- 18) Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado".
Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma
de México. México 1983.
- 19) Locke, John. "Ensayo sobre el Gobierno Civil". Lecturas
Críticas. Nuevomar. México Noviembre 1984.
- 20) Mathews. "The American Constitutional System". McGraw-
Hill Book Company. Nueva York 1940.
- 21) Moreno, Daniel. "Derecho Constitucional Mexicano". -
Editorial Pax-México. México Abril 1983.
- 22) Moya Palencia, Mario. "Democracia y Participación".
Universidad Nacional Autónoma de México. Publicaciones
Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán.
México 1982.
- 23) Niboyet, J.P. "Principios de Derecho Internacional - -
Privado". Instituto Editorial Reus. Madrid, España.
Madrid 1928.
- 24) Novack, George. "La Ley del Desarrollo desigual y - -
combinado". Ediciones Pluma. Buenos Aires, Argentina
1974.
- 25) Orozco Henríquez, José de Jesús. "El Derecho Constitu-
cional Consuetudinario". Universidad Nacional Autónoma
de México. México 1983.
- 26) Rabasa, Oscar. "El Derecho Angloamericano". Ed. Porrúa.
México 1982.
- 27) Sabiné, George. "Historia de la Teoría Política". - -
Fondo de Cultura Económica. México 1982.
- 28) Sayeg Helú, Jorge. "Introducción a la Historia Consti-
tucional de México". Universidad Nacional Autónoma de
México. Publicaciones Escuela Nacional de Estudios
Profesionales Acatlán. México 1983.

- 29) Sepúlveda, César. "Derecho Internacional". Ed. Porrúa. México 1984.
- 30) Sienes, Emmanuel. "¿Qué es el Tercer Estado?". Nuestros Clásicos. No. 40. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.
- 31) Tena Ramírez, Felipe. "Derecho Constitucional Mexicano". Ed. Porrúa. México 1981.
- 32) Tenbrock, Robert-Hermann. "Historia de Alemania". Max - Hueber-München. Ferdindad Schöningh-Paderborb, 1968. Trad. Francisco Eguigaray Bohigas.
- 33) Tunc, André. "El Derecho en Estados Unidos". Colección ¿Qué sé? Oikos-tau, S. A. Ed. Barcelona, España 1971.
- 34) Ursua-Cocke, Eugenio. "Elementos del Sistema Jurídico - Anglosajón". Ed. Porrúa. México 1984.
- 35) Vásquez del Mercado, Oscar. "El Control de la Constitucionalidad de la Ley". Ed. Porrúa. México 1978.
- 36) Verdross, Aldred. "Derecho Internacional Público". Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, España 1982.
- 37) Witker, J., y Pereznieto, L. "Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior en México". Editorial Nueva Imagen. México 1980.

OTRAS FUENTES DE CONSULTA

- 38) Revista Jurídica ALEGATOS/3. Universidad Autónoma - - Metropolitana. Unidad Azcapotzalco. Mayo/Agosto de 1986.
- 39) Clase Derecho Constitucional. Universidad Nacional - - Autónoma de México. Escuela Nacional de Estudios - - Profesionales Acatlán. Escuela de Derecho. Lic. Carlos Díaz de León. Agosto 1985.
- 40) ESTUDIOS MUNICIPALES No. 13. Centro Nacional de Estudios Municipales. Secretaría de Gobernación. México Enero-Febrero 1987.
- 41) Periódico "La Jornada". México, D. F. "Corte Suprema y Suprema Corte". 22 Marzo 1986.
- 42) Revista Jurídica de Comercio Internacional y Arbitraje Comercial Internacional. Instituto Mexicano de - - Comercio Exterior. Comisión para la Protección del - - Comercio Exterior de México. Academia de Arbitraje - - Comercial Internacional. Enero-Marzo 1985.

LEYES Y CODIGOS CONSULTADOS

- 43) "Código Civil para el Distrito Federal".
- 44) "Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México".
- 45) "Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Michoacán".
- 46) "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal".
- 47) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".
- 48) "Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica".
- 49) "Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional". - Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 6-7 febrero 1984. ONU Documento A/CN.9/246. pág. 49. Revista Jurídica de Comercio Internacional y Arbitraje Comercial Internacional. ADACI-COMPROMEX-IMCE. Enero-Marzo 1985.
- 50) "Manual de Procedimientos de la COMPROMEX en materia de Conciliación y Arbitraje Internacional". 10 Septiembre de 1981. Publicaciones Instituto Mexicano de Comercio Exterior. Publicación No. 638.