

40721
285



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA 1
DE MEXICO**

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE
MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**ANALISIS DE
EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS
PODERES CONSTITUIDOS**

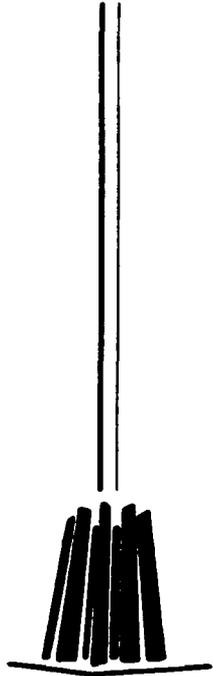
T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROGELIO MARTINEZ RAMIREZ

ASESOR: DR. JORGE LUIS ABARCA MORENO

MEXICO, D.F.

OCTUBRE DEL 2003

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACION DISCONTINUA

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

Comienzo dedicando el presente trabajo a mi señor Padre, Rogelio Martínez González, de quien siempre he tenido el más claro ejemplo de trabajo y superación, pero sobre todo, de nobleza. Gracias por tu incondicional apoyo y guía; siempre me deberé a ti.

Seguidamente, dedico esta tesis a mi mejor amiga, es decir a mi Madre, Margarita Ramírez Solís; gracias por darme la vida, pero sobre todo, por toda la confianza que siempre has depositado en mí. Asimismo, a mis hermanas Rosario, Leticia, Margarita y Carolina; gracias por su constante apoyo; especialmente en los momentos más apremiantes y difíciles de mi existencia.

Con especial mención, dedico el presente estudio a mi abuelo Florentino Martínez González; pues además de sembrar la tierra, su pasión por las leyes, finalmente resultó en mi fuente inspiradora para tomar el sendero de la abogacía ... siempre te recuerdo sentado sobre el patio, leyendo tu baúl lleno de leyes y papeles ... hasta allá donde sé que estás, te dedico este trabajo.

Con la misma dedicación, a mis amigos Julio Arroyo Flores, Oscar Arturo Villegas Medina, Saúl Díaz Briones, Elizabeth Bautista López, Julio César Salgueiro Espinoza, Mayra Gabriela Ruiz Cabeñas Ramírez, Amparo Mendoza Archer, Guillermo Álvarez Montes de Oca, Georgina García Becerra, Lucía Álvarez, Samuel Sepúlveda Acosta, Martín Martínez Reyes, Luis Alberto Hernández Vázquez, Angélica López Pérez y Alejandro Chávez Pérez, así como al Señor Ángel Hernández Rojas. A todos ellos, gracias por haber estado conmigo todos estos años; haciendo una especial mención a mi hermano del alma, Daniel Franklin Razo.

"...porque mi amigo será aquél que conoce la meladía de mi corazón, y me la canta cuando me falte la memoria..."

Sin duda, a lo largo de nuestro camino profesional, nos encontramos con personas cuya trascendencia se devela con el paso del tiempo hacia todos los ámbitos de nuestra vida; por tal, hago mención primeramente de una persona, quien además de otorgarme la primera oportunidad laboral, ineludiblemente significa para mí, un ejemplo de profesionalismo e integridad; gracias Licenciado Sergio Salazar Rojas, por todas sus enseñanzas, pero sobre todo, por brindarme su amistad. Bajo el mismo contexto, me permito ubicar al Licenciado Felipe Vi Consuelo Soto; quien sin duda ha significado un parte aguas para la conformación de mi presente y muy seguramente de mi futuro; en realidad no tengo palabras para agradecer su amistad y apoyo siempre dispuesto. Igualmente mi gratitud a Patricia Saldaña Espinoza, gracias por el apoyo que siempre me brindaste.

No podría dejar de mencionar mi agradecimiento a los Magistrados María de Jesús Medel y Sergio Valdéz Tortaya; gracias por haberme permitido incursionar en el campo judicial, así como por darme la oportunidad de continuar día a día con mi anhelo profesional. Así mismo, al Coronel Javier Díaz Escobar Figueroa, gracias por todo su apoyo a lo largo de estos años, en verdad le estimo mucho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con especial cariño y gratitud, a todos mis compañeros del Tribunal Superior de Justicia; comenzando con el **Licenciado Juan Antonio Valeriano Oliveros**, pues además de evitar que un día claudicara, con el tiempo su trabajo motivó mi amor hacia el Derecho Penal; sé que siempre cuento con usted. Igualmente trascendente, resulta la presencia del **Licenciado José Miguel Bucio Bejarano**, pues desde el primer día que le conocí, nunca ha dejado de apoyarme, dándome todas las oportunidades para seguir adelante; gracias por toda su condescendencia, pero especialmente por su motivación para forjarme un mejor futuro. Con el mismo afecto y agradecimiento, a los **Licenciados Mauricio Ariel Flores Solares, Jorge Acevedo Gómez, Manuel A. Vázquez Cruz, Armando Mendoza Islas y Heidi Guisella Urrutia Hernández**, así como a los Señores **Israel Aguirre Sandoval y Rodolfo Trejo Juárez**; a todos ellos, gracias por su diaria amistad, pero sobre todo, por su ayuda siempre dispuesta.

Ciño a este agradecimiento, a todos los Profesores e Instituciones Educativas que hicieron posible mi desarrollo académico, especialmente a la Universidad Nacional Autónoma de México (Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Campus Aragón); haciendo una especial mención al **Doctor Jorge Luis Abarca Moreno**; gracias por su invaluable guía para la consecución de este objetivo.

Quizá hasta estas últimas líneas, pero siempre primero al orden, toda mi gratitud hacia mi **Padre Celestial**; pues gracias a su infinita bondad, un día me dio la existencia, y desde entonces, no ha hecho otra cosa que llenar mis días de dicha y buenaventura; llegando a tal grado su bondad, que una vez más me regaló el milagro de la vida, en los ojos mi hija **Yael**, así como en mis dos "lucecitas", que al haberse ido a las estrellas, hoy hacen el cielo más hermoso. *¡Lourdes ... ya tenemos un testimonio eterno en el cielo!*; recibe este trabajo como una muestra de mi amor, con toda el alma, te lo dedico.

*"...Oh Jehová, Tú me has examinado y conocido.
Tú has conocido mi sentarme y mi levantarme,
Has entendido desde lejos mis pensamientos.
Has escudriñado mi andar y mi reposo,
Y todas mis acciones te son conocidas.
Detrás y delante me rodeaste,
Y sobre mi puñete tu mano.
Tú conocimiento es demasiado para mí;
Alto es, no lo puedo comprender..."*

Salmo 139:1-6.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

Página.

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES TEÓRICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN

1.1. La palabra Constitución.....1
1.2. Su desarrollo en los sistemas jurídicos.....6
1.3. Ideas doctrinales sobre la Constitución.....9
1.3.1. Schmitt.....9
1.3.2. Lasalle.....13
1.3.3. Kelsen.....15
1.3.4. Jorge Carpizo.....22
1.3.5. Otros autores.....23
1.4. Clasificaciones de la Constitución.....26
1.5. Características de la Constitución Mexicana.....28
1.6. Divisiones temáticas de la Constitución.....33
1.7. Tipologías de las normas contenidas en la Constitución Mexicana.....36
1.8. La Constitución en sus diversos sentidos.....40

CAPÍTULO 2.

EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

2.1. Consideraciones previas sobre el Poder.....44
2.2. El Poder Constituyente.....49
2.3. Los Poderes Constituidos.....54
2.3.1. El Poder Ejecutivo.....55
2.3.2. El Poder Legislativo.....57
2.3.3. El Poder Judicial.....60
2.4. División de Poderes.....68

CAPÍTULO 3

LA REFORMA CONSTITUCIONAL

3.1. Facultades de los Poderes Constituidos en la reforma constitucional.....74
3.2. Antecedentes históricos de la facultad reformadora.....81
3.3. Génesis cuantitativa de la reforma constitucional.....83
3.4. El artículo 135 y su relación con los artículos 39 y 41.....89
3.5. La instancia reformadora y su alcance.....90
3.6. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional.....99
3.7. La Constitución normativa.....110
3.7.1. ¿Porqué México no ha tenido una Constitución Normativa?.....114
3.7.2. Los elementos paranoormativos del cambio constitucional.....119
3.7.3. Los elementos de mantenimiento de la Constitución Normativa.....123

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

3.8 El significado de la Constitución ante los procesos de transición democrática.....129

3.9. Todo cambio, es constancia.....135

3.10. Hipótesis para un mejor planteamiento.....141

CONCLUSIONES.....148

BIBLIOGRAFÍA.....162

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCIÓN

I

Sin duda, la Constitución representa el eje de la vida social, pues de ella depende el conjunto del aparato normativo que rige a una comunidad; es ella la que establece las bases de legitimación y ejercicio del poder; es ella donde residen los instrumentos que garantizan la libertad y la igualdad de los integrantes de la sociedad. Pero además de su función jurídica y política, la Constitución tiene o debe tener, otra de carácter simbólico: es un punto de referencia que auspicia la cohesión social.

Por tal, para nadie resulta cuestionable la complejidad que implica la realización de un estudio sobre la materia constitucional, considerando que para una gran mayoría, esta materia es visualizada a diferencia de otras áreas del Derecho, como algo más cercano de lo teórico y conceptual, que de lo pragmático y de la realidad. Sin embargo, la paradoja surge cuando nos preguntamos, ¿cómo es posible considerar el tema constitucional como un estudio esencialmente teórico, cuando justamente la Constitución representa jurídicamente, la piedra angular de un Estado mismo y sus Instituciones, así como de todas las ramas del derecho y de la sociedad misma?

Así, esta complejidad se multiplica, cuando abordamos el tópico de la reforma, pues este tema es considerado como uno de los derroteros clásicos de la teoría constitucional, y por cierto, de los que más posiciones encontradas genera entre los estudiosos de la materia y porqué no decirlo, de los menos estudiados. Empero, el cambio constitucional, como mejor hemos decidido llamarlo, representa un evento ineludible, pues ninguna Constitución ha quedado exenta de cambios, en razón que ninguna, salvo aquélla que pudiese ser calificada de ideal y que hasta ahora no ha existido ni existe, es lo suficientemente elástica y multidimensional para predecir todas las realidades futuras; pues tal y como afirmaba Loewenstein, *"la Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas"*.

Huelga decir, que son muchos los que piensan que dentro de nuestro sistema mexicano, resulta casi imposible proyectar un estudio vanguardista o actual de derecho constitucional debido a la multiplicidad de reformas. Por otra parte, vemos que en las aulas de Derecho, se explica a los alumnos teóricamente, la rigidez de la Constitución mexicana, aunque en la realidad, esto no se proyecte. Lo anterior, nos hace recordar lo señalado alguna vez por el ilustre maestro constitucionalista Don Antonio Martínez Báez, quien refiriéndose al exacerbado reformismo, jocosamente en broma, decía: *"es tan rígida nuestra Constitución, que se vende en hojas sustituibles de Ediciones Andrade, debido a la gran cantidad de reformas que ha tenido desde 1917"*; intentando explicar con ello, que nuestro Texto Fundamental tiene un estado de reforma casi permanente; y pues quien no lo crea así, no tendrá que hacer mayor esfuerzo que dirigirse a cualquier casa editorial, donde no le será fácil conseguir una edición de la Constitución con la última reforma aprobada.

En esta guisa, durante la conformación del presente trabajo, ha quedado en relieve la falta de conocimiento y metodología, en un gran número de reformas, lo que ha llevado a constituir nuestra Carta Magna, en un mero ideario político, el cual cambia sexenalmente, y donde pareciera que cada grupo arribado al poder, ve como necesidad obligada, dejar su impronta dentro del texto constitucional. No podemos soslayar tampoco, el desconocimiento que sobre las instituciones o sobre la organización del Estado han tenido en su mayoría, las personas que se han encargado de reformar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II
nuestro Código Supremo, donde pareciera que el criterio ha sido, que lo que no está en la Constitución, por ende, es inconstitucional. Por tanto, observamos que sexenalmente se saturó la Constitución, incorporando frases de impacto, tales como "el respeto a las tradiciones jurídicas de las comunidades indígenas", "salario digno y remunerador", "derecho a la información", "vivienda decorosa", etcétera; sin embargo, la concreción, aplicación y exigibilidad de la disposición constitucional ha sido etérea, por lo que tales prácticas como se ha dicho, han convertido a la Constitución en un ideario político y en un documento programático, más que una norma jurídica vinculante, como debía ser.

Nadie pone en tela de duda que el Texto Constitucional promulgado en 1917, representó un momento histórico en la vida de nuestro país, resultando innegable la multiplicidad de aciertos e innovaciones que en su momento contempló. No podemos pasar por alto, que la Constitución de 1917, logró sintetizar, como ninguna otra Constitución lo había hecho antes que ella, una declaración de los derechos individuales provenientes del liberalismo mexicano del siglo XIX, con una novedosa declaración de derechos sociales. En gran medida, esta síntesis ayudó a articular una estrategia de legitimación del sistema político surgido de la Revolución Mexicana, el cual no se agotó sino hasta que los cambios cuantitativos y cualitativos en la estructura social y la transformación del modelo de desarrollo económico, propiciaron la transformación política. No obstante, para las mayores voces, ese ciclo ya concluyó, y la realidad ha rebordado a la Constitución de 1917. No son pocos los que sostienen que la Constitución de 1917, ya resulta inapropiada para cimentar la proyección futura de nuestro país, pues su contenido subyacía esencialmente en lograr una relación de homogeneidad entre el entendimiento de la Constitución y las condiciones de dominación que se llevaban a cabo en nuestro país; por tanto, su arquitectura y diseño actual, ya resulta disfuncional para la nueva correlación de fuerzas; su articulado no produce certezas, sino que en muchos casos genera confusiones; pero esencialmente, vemos que nuestro Texto Fundamental, ya no cuenta con la lealtad de todos, sobre todo por su pasado al servicio del anterior régimen, cuyo contenido actual no alberga un arreglo institucional incluyente para todos los grupos políticos y sociales.

Otro punto importante que deriva del presente estudio, constituye la cultura jurídica nacional, el cual entraña la propensión de ver en la Constitución, únicamente los ideales de la Revolución Mexicana, sin entender que las normas constitucionales representan principios opuestos, concepciones de vida diferentes y plurales. Así, no podemos seguir identificando exclusivamente a la Constitución de nuestro país con una gesta histórica por más valor que esta tenga, pues prácticamente tenemos una Constitución con las mismas deficiencias o quizá mayores, que las que tenía el texto de 1857, cuando los Constituyentes de Querétaro la reformaron integralmente, apoyando la expedición de una nueva Constitución, en señalar que ésta se había transformado en un conjunto de principios meramente doctrinarios, aderezada con principios declarativos.

No debemos perder de vista tampoco, que el Constituyente de 1917, se representó y explicó la Constitución, sobre todo en términos políticos, sin olvidar tampoco, que en su mayoría se trataba de individuos que a final de cuentas, representaban a personas, partidos o fracciones. Por tal, no se puede sostener, que las constituciones siempre son creadas por los grupos de poder imperantes, siendo éstos los que de manera "representativa", plasman las voluntades del mismo. Nuestra constitución tomó como modelo la Constitución norteamericana, pero es importante considerar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

siempre, que la nuestra surgió dentro de otra realidad histórica, política y social, pues en nuestro sistema la soberanía formal y material lejos de ser ejercida directamente por el Pueblo, ha sido históricamente asumida, usurpada y ejercida de manera ordinaria por una fracción armada triunfante, la que impuso a un Constituyente, el cual actuaría dentro de un criterio de organización previamente fijado por las cúpulas de las fracciones vencedoras, siendo estas en sí, las que determinaron las formas del estado y gobierno que debían instrumentar las Asambleas Constituyentes, consideradas eufemísticamente *soberanas*.

Dada su conformación actual, nuestra Carta Magna observa una serie de retrasos, vacíos y contradicciones, producto de sus múltiples reformas parciales que por tantos se han acumulado en cada sexenio presidencial. El texto de 1917, ha sido transmutado reiteradamente, por mentes enfermizas y desordenadas, en un mal reglamento, donde se han vertido todo tipo de necedades y extravagancias, haciendo de nuestro Derecho Constitucional, un derecho reglamentario de la arbitrariedad y el abuso. En cualquier caso, y lamentablemente, los responsables de los proyectos de reforma constitucional han tenido pocas fuentes nacionales a las que acudir para orientarse sobre la técnica legislativa, pues los estudios sobre esa materia son prácticamente inexistentes en México.

Así, vemos que los errores de nuestra Constitución, no han sido todo corregidos aún con las constantes reformas. Para apuntar algunos de los más notorios, podríamos mencionar las excesivas facultades del Ejecutivo; la falta de definición de la jerarquía de las leyes federales y locales en nuestro sistema; la ausencia de límites y alcances de los tratados internacionales; la ausencia de procedimientos alternos de reforma constitucional; deficientes mecanismos de frenos y contrapesos en los supuestos de gobiernos divididos; autonomía para el municipio sólo nominal; incipiente definición de las autoridades estatales y municipales en la defensa y protección de los derechos humanos; escasas facultades al Poder Judicial en materia de iniciativa legislativa y afinamiento de algunos aspectos de su función jurisdiccional.

Queda claro para todos, que la Constitución vigente otorgó al Ejecutivo facultades que en la actualidad, ya no coinciden con las ideas más elementales de democracia, sobresaliendo que en su conformación actual, el Presidente puede ser legislador autónomo sin participación del Congreso en diversas materias. El poder de veto del Ejecutivo mexicano, está considerado en comparación con el resto de los países de América, entre los más amplios y excesivos. Además del poder de indulto o su atribución para auxiliar al Poder Judicial en el cumplimiento de las sentencias. Aunado a todo esto, vemos que existe un sinnúmero de tribunales administrativos y de jurisdicción social, sin las debidas garantías de independencia judicial. Las mayorías exigidas para la aprobación de los titulares de los órganos más importantes del Estado por parte del Senado son simples. En cuanto a la administración pública centralizada y descentralizada, no hay servicio civil de carrera, y todas las designaciones y remociones en teoría pueden ser decididas por el Presidente, desde los secretaríos del Estado hacia abajo, con las escasas excepciones del artículo 89 constitucional. La Cámara de Diputados interviene de manera frágil en la definición de la política exterior y, conforme a la ley de la materia, existen determinados acuerdos o convenios que no tienen el carácter formal de tratados, los cuales son aprobados sin intervención alguna del Senado. El control por parte del Congreso de la Unión en el uso de las fuerzas armadas que realiza el presidente de la República es deficiente. Encontramos las facultades relativas al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

presupuesto y ley de ingresos, rectoría económica, planeación sin control del Congreso; ineficaz independencia del Banco de México, privatizaciones, sin supervisión suficiente del Congreso; intervención sólo a posteriori del Congreso en el otorgamiento de subsidios y una endeble participación del Congreso en materia de endeudamiento. Insuficiente autonomía del Instituto Federal Electoral. El Congreso no tiene participación mediante comisionados en la administración de los medios de información, y carece de un control efectivo sobre las políticas de comunicación. Sobre los privados, no puede controlar las concesiones, autorizaciones ni su programación; todo ello corresponde al Ejecutivo. Los planes y programas de estudio de la educación primaria, secundaria y normal residen en manos del Ejecutivo Federal. La participación social y de Estados y municipios es raquítica y no determinante. El Congreso no tiene facultad de expropiación, aún en casos relevantes. En materia de adquisiciones y enajenaciones, el Ejecutivo tiene atribuciones desmedidas, pues la Constitución no establece una participación adecuada del Congreso para la autorización en la venta de bienes públicos o para la adjudicación de contratos y obras, etcétera. Las atribuciones federales son excesivas y el Ejecutivo es el único poder facultado para iniciar el proceso de suspensión de garantías; tiene la competencia formal de intervenir en el proceso de desaparición de poderes al proponer a los gobernadores provisionales. El Ejecutivo es el órgano que diseña los convenios al margen de cualquier control del Legislativo. Además, se ve beneficiado por una distribución de competencias en la Constitución que recuerda al federalismo dual hoy en día abandonando por la mayoría de los países. Todo lo anterior, sólo por citar algunos aspectos, los cuales evidentemente no han sido adaptados a la nueva realidad mexicana.

No debemos olvidar tampoco, que México no ha sido un país de consensos. Desde la conquista, nuestro país se ha ido renovando a través de revoluciones y golpes violentos. En el plano del derecho, ha generado consecuencias de enorme gravedad para el sistema y la cultura jurídica. Nuestro sistema normativo se ha caracterizado por la importación de ideas e instituciones que hicieron tabla rasa con lo que hallaron, un proceso de aculturación que propició un derecho formalmente igual al de su origen, pero muy diferente en su modo de operación y una visión de la ley, más como aspiración, que como instrumento de regulación y de obediencia social.

Mucho se critica, cuando se dice que en el caso mexicano, el pueblo depositó su soberanía en una Asamblea Constituyente; pero conforme el diseño constitucional actual, el pueblo adolece de medios de apelación directa contra una reforma constitucional, por tal, dicho acto de autodeterminación, pareciera la única oportunidad para que este ejerza en toda su pureza e integridad su capacidad de autodeterminación.

Todo lo anterior, solo representan unas cuantas de las múltiples razones que motivaron a orientar nuestro estudio hacia el tema de la reforma constitucional, considerando ésta como un evento ineludible de nuestra sociedad mexicana, y de la necesidad tarde o temprana, de corregir las reiteradas violaciones a nuestro Texto Fundamental, y la malthredad de las más de 600 reformas, centralizadoras, fatuas e irresponsables, tras haber hecho una realidad cotidiana la violación de nuestro texto por nuestras mismas autoridades.

Por otra parte, y saliendo un tanto de nuestro contexto nacional, vemos que los avances hacia la democracia, identifican como paso obligado la reforma o adecuación constitucional. Así ha ocurrido en América Latina y en la mayor parte del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mundo, sobre todo, cuando las Constituciones vigentes son de factura reciente. Guatemala reformó sustancialmente su Constitución en 1985, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Argentina en 1994; por lo que el decanato de la Constitución Mexicana de 1917, que se observa en la región, no implica necesariamente el liderazgo que tuvo cuando se expidió.

Por tal, este trabajo ha intentado dentro de lo mayormente posible, ser pragmático, sin perder de vista el bagaje doctrinario, coincidiendo por cierto con varios autores, en el sentido que las condiciones de homogeneidad que permitían anteriormente situar al paradigma constitucional, han dejado de darse y éste es cada día más difícil de situar.

En su exposición, ha intentado responder los siguientes cuestionamientos: ¿existen fundamentos para seguir considerando a nuestro Texto Fundamental, como una Constitución rígida?, ¿Conforme su diseño actual, todavía resulta vigente, la clásica división entre parte dogmática y orgánica?, ¿existen más justificantes para reformar la Constitución actual, que los que existieron para modificar la de 1917?, ¿fue voluntad del Constituyente de 1917, limitar la función reformadora hacia el futuro?, ¿Existe en México un Poder Revisor o un Constituyente Permanente?, y si existe, ¿tiene facultades para modificar todo, o tiene limitantes en su función?, ¿los Órganos Constituidos que intervienen en el cambio constitucional, conservan se fusionan en uno sólo, perdiendo su individualidad?, ¿al reformar la Constitución se crea un nuevo ente jurídico?, ¿existe una jerarquía de normas *ad intra* la Constitución? Y si existen estas normas esenciales ¿podrían ser tocadas por el órgano reformador? ¿ahora bien, si el órgano reformador puede modificar los principios y normas esenciales, no se estaría en presencia de un poder avasallador del principio de seguridad jurídica que le da sustento al Estado de derecho? ¿No sería uno contrasentido un Estado de derecho con un poder legitimado que pueda inclusive destruir al propio Estado de derecho que lo creó? ¿No podría convertirse este poder en un verdadero *Frankenstein*, el cual pudiera volverse en cualquier momento contra el autor de su existencia?, ¿De ser así, dónde quedaría la permanencia de las normas jurídicas fundamentales establecidas por la voluntad suprema del pueblo a través del Congreso Constituyente originario? Y si por el contrario, se ponen límites al órgano reformador, ¿no se corre el riesgo de anquilosar la Constitución, de petrificarla e impedir la evolución de la sociedad?, o en su caso, ¿que la evolución se realice al margen o a contracorriente de la Constitución? ¿No se rompería la relación dialéctica y dialógica entre cambio social y cambio jurídico? Más trascendente resulta cuestionar, si existe otro mecanismo de reforma, distinto al prescrito en el artículo 135, o si, ¿conforme a su actual estructura, es factible crear una nueva Constitución?, ¿resultaría mejor reformar la Constitución que cambiarla?, ¿qué se tiene que resolver con una nueva Constitución, que no se pueda solucionar reformando la actual?, ¿qué tanto se facilitan con un cambio constitucional los acuerdos o cuanto más propicia un sesgo de las fuerzas políticas?, ¿qué tantos aspectos de la Constitución actual requieren ajustes y cuál sería el modelo constitucional a seguir?, ¿una reforma a la Constitución, puede ser inconstitucional?, pero sobre todo, ¿podría el Pueblo, por un medio distinto a los Poderes Constituidos, ejercer su soberanía, tratándose de una reforma constitucional?, ¿es la Instancia Revisora un Poder Constituido o un ente que escapa de esta connotación, y si lo es, resulta correcto asignarle el carácter de Poder?, ¿conforme su actual estructura, existe un medio o mecanismo de control constitucional, tratándose de una reforma a nuestro Texto Fundamental?, ¿cómo se identifica en otros países, el cambio

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Constitucional?, ¿cuáles son los requisitos legales, pero sobre todo, políticos que inciden para la integración de una Constitución Normativa?

No cabe duda que responder a todas y cada una de las anteriores preguntas, se antoja quizás aventurado y más aún, tratar de conciliar las posturas doctrinales, que han ventilado teóricamente las anteriores interrogantes. Empero, hacia esta tarea ha apuntado el presente trabajo; para lo cual, hemos decidido formular, un tamiz de las principales posturas doctrinales, así como de los criterios judiciales más relevantes, relacionados con el cambio constitucional; ello, siempre bajo la óptica de la realidad nacional y el pragmatismo. Por ello, se inicia el presente trabajo, refiriendo en un primer capítulo -aunque de forma por demás somera-, diversos generalidades de teoría constitucional, como lo es, su génesis histórica, evolución de la Constitución, las principales ideas doctrinales, sus diversas clasificaciones, tipologías, y sus características esenciales. En un segundo capítulo, y aunque también de manera breve, se tocan algunos puntos de Teoría Política, haciendo un preámbulo del Poder, dado su vínculo con el tema a estudio; para continuar con un somero análisis sobre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos, refiriendo algunas posturas doctrinales, definiendo sus características esenciales, y continuando con la integración de estos últimos. Finalmente, entramos al tema toral del presente trabajo, es decir, la reforma constitucional; para lo cual dentro del tercer capítulo, se estudian primeramente las facultades de los Poderes Constituidos en la reforma constitucional, así como los antecedentes históricos de la facultad reformadora; prosiguiendo con un análisis cuantitativo de las reformas realizadas a la Constitución; la relación entre los artículos 39 y 41, respecto del artículo 135 de la Constitución; el alcance de la instancia reformadora; ventilando enseguida, la posibilidad que una reforma constitucional pueda ser inconstitucional; para continuar con un estudio sobre la Constitución Normativa, explicando las razones por las que nuestro país no ha tenido una Constitución Normativa; los elementos pararanormativos del cambio constitucional; así como cuál es el significado de la Constitución en los procesos de transición democrática; para concluir finalmente con nuestra hipótesis conclusiva.

Bajo el anterior diseño, y como se ha dicho, con cierto atrevimiento, este trabajo ha intentado conciliar las diversas posturas teóricas, e incluso judiciales, relativas al tópico de la reforma constitucional; pero sobre todo, intenta mediar los extremos, entre esa tradición parroquial de aheño apego a la Constitución de 1957, y de aquellos que intentar llevar a la práctica esquemas supuestamente innovadores fuera de toda lógica, en aras de novedad - neoinstitucionalismo - o de copiar sistemas aplicables solo a otras latitudes, que no hacen más que exacerbar los sentidos de la ignorancia y la ignominia, y que en su mayoría, sólo se trata de esquemas teóricos, que deben ser tomados en consideración, con la relatividad de tales.

No es de dudar tampoco, que este trabajo contenga diversos desaciertos, anacronismos y hasta contradicciones, sin embargo no debe perderse de vista que su propósito esencial, es justamente recoger las distintas percepciones teóricas, como políticas y sociales, para así arribar a una hipótesis, que permita conciliar estas posturas, con una salida favorable.

Más aún, reiteramos en decir que la naturaleza del tema constitucional, ha dejado de tener desde ya hace un tiempo, la sencillez y claridad de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

VII
otora, por lo que no se puede resumir a generalidades y abstracciones, sino por el contrario, resaltar en todo momento su sentido pragmático.

Por tanto, las propuestas que aquí se exponen, tienen como ulterior finalidad, la de propiciar una base jurídica, en torno al significado y fuerza normativa de una Constitución Octogenaria, como la vigente de 1917, y proceder a fincar la necesidad en el seno de los diálogos para la reforma del estado de insertar normas constitucionales de transición que posibiliten la expedición de una Constitución que erija un estado mexicano con una verdadera capacidad de gobierno y administración. La intención o los propósitos subjetivos que se persiguen con el presente análisis, no son sino los de valorar la forma y la profundidad, con que la instancia revisora puede contribuir a realizar una necesaria y oportuna actualización (o *aggiornamento*, como dirían los autores italianos) de esa misma Constitución, actualizándola, por tanto, y concordando su sentido al significado original de la misma, pero también acorde a las circunstancias y necesidades reales de cada momento histórico.

Asimismo, pero desde otro enfoque, esta clase de análisis, podrá dar cuenta de la forma, de la profundidad y de la extensión con que la instancia revisora haya podido venirse apartando del sentido y la significación originaria del texto constitucional, cualquiera que sea la lectura o la interpretación (acertada o no; buena o mala; aceptable o no) de dicha labor de revisión y de las reformas realizadas; considerando que la Constitución jurídica no debe ser sólo expresión de un ser, sino de un deber ser. La fuerza normativa de la Constitución descansa en su adaptabilidad a las circunstancias, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente a las fuerzas políticas, sociales y económicas; en expresar los acuerdos básicos de una sociedad, y en la posibilidad de brindar a los distintos grupos sociales y políticos los mecanismos para solucionar los conflictos.

Por tanto y entrado un nuevo siglo, dada la dicotomía Estado-sociedad, la Constitución debe verse como el ordenamiento fundamental de los órganos de autoridad, así como el ordenamiento básico de la sociedad. En su primer carácter, la finalidad de toda Constitución, debe apuntar hacia una integración que propicie la unidad política, la organización de los órganos estatales constituidos y la dirección política, siempre con el apoyo en la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, los cuales resultan el principio de inspiración de todo el derecho estatal. En su segundo carácter, es decir, como ordenamiento básico de la sociedad, la Constitución se erige en el plan estructural básico de la sociedad, el cual debe contener los mecanismos y procedimientos para que esta influya en las decisiones estatales y pueda autorregularse sin interferencia alguna. Asimismo, debe estar diseñada para el futuro, con el propósito de garantizar condiciones aceptables de libertad y vida digna y de prever la configuración de nuevos órdenes sociales y políticos que garanticen los derechos fundamentales, o dicho de otra manera, la Constitución debe ser un elemento de transformación; y pues justamente la intención de este trabajo, es dilucidar sobre los mecanismos jurídicos, que permitan realizar este cambio.

Todo lo hasta aquí expuesto, nos hace recordar aquella expresión del Maestro *Rebese*, proveniente de un texto de 1912 (cuando México salía de una muy larga dictadura de treinta años), en una pequeña obra que por ahí se exhibe en las exposiciones de libros del área de materia constitucional. La obra la conocen quienes están inmersos en el derecho constitucional, como *La Constitución y la dictadura*. Allí

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dice el autor, que aquellos, los que se interesan por el derecho constitucional, son como pescadores de los rayos de la luna. Y la razón por la que explicaba el Maestro *Rebasa*, que los constitucionalistas eran como pescadores de los rayos de luna, primeramente, porque a su juicio el derecho constitucional no crea ingresos, y en un segundo plano, porque el derecho constitucional no se aplica en nuestro país; explicando que el Derecho Constitucional es un derecho formal, pero no es un derecho positivo, acorde a la terminología de *García Múñez*.

Por tal, si este trabajo contribuye en alguna forma para resquebrajar esta última concepción del constitucionalismo -esta vez, enfocado al tema del cambio constitucional-, he de tenerme más que satisfecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 1

GENERALIDADES TEÓRICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO 1.

GENERALIDADES TEÓRICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN.

1.1. LA PALABRA CONSTITUCIÓN.

Ya que la idea de Constitución resulta mucho mas antigua que su concepto, comenzaremos este trabajo, definiendo su significación semántica y su evolución histórica, apreciando que a través del tiempo, el término Constitución ha entrufado una amplia gama de usos y significados -tanto jurídicos como coloquiales-, sufriendo su evolución conceptual paralelamente al desarrollo de la sociedad misma.

En la semiología

Tomando como punto de partida la semiología, contamos con diversas significaciones, que a saber resultan: "acción y efecto de *constituir* o *constituirse*", (ha quedado *constituida* una Sociedad Anónima). Otro significado resulta en: "esencia y calidades de una cosa que la constituyen como tal, diferenciándola de las demás"; (la *constitución* de la célula consiste en un núcleo rodeado de protoplasma). Asimismo tenemos: "organización, composición, formación, trabazón, adherencia de las partes de un todo", (un partido político se *constituye* de ciudadanos). También, se ha tomado como sinónima de "composición, relacionado con los elementos que integran algo": (la *constitución* del aire se ha contaminado). Otra aplicación es la de: "complexión física de una persona" (se ha quebrantado la *constitución* de un enfermo); y por supuesto contamos con diversas significaciones legales, entre las que podemos señalar la siguiente: "*Ley Fundamental de la organización de un Estado*".¹

Visto lo anterior, podemos decir, que en cualquiera de sus significados, la palabra "constitución", entraña la esencia de un ente o de algo que es, de algo que existe o que es susceptible de ser o de existir.

En este sentido, el término *constitución* prescinde de los elementos circunstanciales de un ser porque atiende al factor que lo hace ser, esto es, lo que es y no otro. Así tenemos el siguiente ejemplo: el hombre es un ser psico biológico; lo que significa que se integra con la cohesión de dos elementos impresionables (psíquicos y orgánicos), sin que pueda prescindir de alguno de ellos; en tal sentido, la *constitución* del ser humano es diferente a sus circunstancias o accidentes, como pudieran ser sexo, estatura, color de piel, etc. Anterior variación que no altera la esencia o *constitución* que califica a un ente como ser humano.

Etimológicamente

Ahora bien, en cuanto a su etimología, tenemos que la palabra Constitución, tiene su origen latino en: *constitutio, constituyere*, que significa fundar, establecer, dar origen, asentar algo o darle fundamento. Al respecto *Notando Tameyo*,

¹ *Enciclopedia Universal Ilustrada*. Editorial Espasa Calpe. T.XV.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dice: "*constitutio, conis*"; viene del verbo latino "*constituere*" (*constituo, as, ere, stitui, stitutum*), el cual se forma, a su vez, de la partícula "*cum*" que significa con, y del verbo "*statuere*" (*stato: uis, uere, ui, utum*) que significa poner, colocar, levantar, construir, fundar. Así, en *Urbem quam statuo uestra est* (Virgilio); "la ciudad que creo es vuestra"; el verbo *statuere* viene de *status* (dato): acto de estar en pie, situación de lo que está quieto o en reposo; postura, actitud, estado situación. Así por ejemplo *Oratoris status erit erectus et celsus* (Cicerón): "el orador se mantendrá derecho, erguida la cabeza"; o en *Status signi* (Cicerón), "la actitud de una estatua".²

Por lo que se refiere a los significados primarios de "*constitutio*", **Rolando Tamayo** expresa como los más importantes: a). Estado, postura, condición, carácter, constitución. Así *constitutio corporis* (Cicerón), se traduce en "el estado del cuerpo, complexión", o como "la forma de ser de algo". b). Arreglo, disposición, orden, organización, por ejemplo en *politeia*, así, *Constitutio Reipublicae* (Cicerón); donde se traduce a "la organización del Estado". c).- Como norma, Constitución, estatuto, ley, ordenanza; cuando en *Justum omne continetur natura vel constitutione* (M: F: Quintiliano); traducido esto a "lo justo se basa en la naturaleza o en la ley".

Conforme lo anterior, vemos que la palabra constitución se refiere al ser de algo y a los elementos fundamentales que lo forman; esto es, a su origen y fundamento sin sugerir accidente o circunstancia, formando siempre la idea de base, fundamento y organización.

Evolución histórica

Durante las etapas que comprenden la evolución social y política de la humanidad, tenemos que se han utilizado diversos conceptos que coinciden en su significado; destacando de entre ellos, el de *politeia* usado en Grecia, y *constitutio*, que fuera utilizado en Roma. Ambos vocablos, nos llevaron hasta el término "Constitución", palabra utilizada desde la edad media hasta nuestros días.

A continuación abordaremos las principales características de uso que se dieron a dichas locuciones.

Así tenemos que en Grecia, donde **Aristóteles** realizara diversos estudios sobre la organización del poder, tanto en Atenas como en otras ciudades del mundo helénico; se empleó el término *politeia*, considerando dicho término, como sinónimo de organización. Durante esta etapa, dicha locución se traducía en "la realidad de la ciudad" o "forma de ser de una comunidad". Al respecto, el tratadista **Rolando Salmorán** y **Tamayo**, afirma: "...de todos los diversos significados que puede tener la palabra *politeia*, en su principal significado entraña la polis tal como realmente es, su forma de ser. Así la polis es un compuesto de ciudadanos, o mejor, de actividades ciudadanas y *politeia* (Constitución), se usa para significar su manera de ser, la manera en que está compuesta: esto es, su estructura y su funcionamiento...".³

² Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. UNAM. México, 1979. p.33.

³ *Ibid.* pp. 22 y 23.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A su vez, los griegos usaron el término para señalar la posición que guardaban los ciudadanos en la *polis*, como para referirse a su gobierno. Asimismo, con esta palabra identificaron las normas del sistema jurídico: *nomos* definiéndola como el conjunto de normas fundamentales desprendidas del derecho natural; y *nomos*, como las normas secundarias, las que para ser válidas, siempre debían derivar de las fundamentales.

Por su parte, el pueblo romano aplicó diversos conceptos aprendidos de la cultura griega; de ahí la semejanza que se aprecia en las instituciones de ambas sociedades. Básicamente, los romanos significaron con la palabra *constitutio* lo mismo que los griegos con *politeia*; por lo que en Roma *constitutio* se identifica con *res publica*; es decir, el cuerpo político de ciudadanos organizados en la *civis* o ciudad.

Ahora bien, durante la Edad media, tomando como precedente las dos anteriores significaciones, se tomó el antiguo término de Constitución, como realidad comunitaria, utilizándolo en cuatro sentidos: "legislación", "fueros", "estatutos" y "pacto de gobernabilidad". Así, Constitución es el conjunto de fueros de los hombres de los reinos de Castilla y Aragón (siglo IX y X); como también lo es la Carta Magna inglesa de 1215.

De igual modo durante este período, la Iglesia Católica adoptó el término, utilizándolo como medio de identificación para ciertas reglas del Derecho Canónico. Este sistema diferenció tres clases de constituciones eclesíásticas:

a) **Constituciones Pontificias o Apostólicas**; que no resultan otra cosa, que las disposiciones generales expedidas por el Papa, las que a su vez se dividen en las siguientes versiones: *decretos*, cuando los expide *motu proprio*; *decretales*, si las genera una petición o consulta; *constitución en sentido estricto*, si establecen reglas permanentes; *bulas* si determinan algún asunto grave; *breves*, si el asunto es de menor importancia; y *rescriptos*, si son respuestas escritas dirigidas a particulares.

b) **Constituciones seculares**; entendiendo estas, como las disposiciones dictadas por los Obispos para el régimen y gobierno de las diócesis.

c) **Constituciones regulares**; que son las reglas aplicables a las órdenes religiosas.

Posteriormente, en el Siglo XVIII, durante la Etapa del Iluminismo; con el nacimiento del Estado contemporáneo, la locución en comento, se vinculó directamente con el Estado y su organización formal. Así, surgieron las primeras constituciones escritas, comenzando con las de las antiguas Colonias Inglesas del noroeste americano; después, la Constitución de los Estados Unidos, Unidos de Norteamérica de 1787, y la Declaración Francesa, de 1789.

De este modo, se logró precisar una de la idea de Constitución vigente, ahora tomada por el Derecho Constitucional, entendiendo su acepción más generalmente aceptada, como el documento fundamental, solemne y formal que justifica y determina la diferenciación entre gobernantes y gobernados, que define los aspectos fundamentales de un Estado, así como su organización.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Vicisitudes históricas del concepto de Constitución

Refiriéndose a la diferencia entre la idea y definición del concepto definición de Constitución, *Aragón Reyes*, refiere: "...sin duda la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Sin embargo, este último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio, desde la más remota antigüedad o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o debe existir en toda comunidad política de un conjunto de normas superiores al derecho ordinario cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad. Esa idea, presente desde luego en los periodos de esplendor de la democracia ateniense y de la república romana, resurge en la Edad Media como base de la llamada "Constitución estamental" y continúa en la Edad Moderna a través de la noción de *lex fundamentalis*..."⁴

Dicho lo anterior, es cierto que no existió en modo alguno con anterioridad al siglo XVIII, una práctica racionalizada de "Estado Constitucional", pero no es menos cierto que aquella idea de limitación del poder por el derecho, al menos para asegurar la permanencia de la forma política, era postulada por sectores del pensamiento político y jurídico europeo de los siglos XVI y XVII (desde los neoescolásticos y los juristas regios del Estado absoluto europeo continental, hasta el Juez *Coke* en Gran Bretaña, sin olvidar los casos de aplicación de "leyes fundamentales" en Francia o el proyecto de dotar a Inglaterra de un "Instrumento de Gobierno" por *Cromwell* en 1653).

De la misma manera, se detectan en toda la historia del pensamiento político determinadas corrientes que postulaban la necesidad que existiera un derecho más alto que el ordinario, para que la libertad quedase preservada y que confluyen en los siglos XVII y XVIII, en las teorías iusnaturalistas del pacto social.

Este cuerpo de ideas que forman la doble raíz de la que el Estado constitucional iba a nutrirse, se manifiesta con toda claridad en la conocida frase de *Montesquieu*, cuando, a mediados del siglo XVIII, señalaba que unas Constituciones tienen por objeto y fin inmediato la gloria del Estado y otras la libertad política de los ciudadanos; apreciando de otro anterior que obviamente se refiere las "Constituciones" respectivas de Francia e Inglaterra.

Al margen de la suerte corrida por el constitucionalismo inglés, cuyo desarrollo histórico va a configurarlo de manera muy singular en el sentido de que prolongará, evolutivamente, su "Constitución antigua" liberalizándola y democratizándola, aunque sin abandonar su condición "prescriptiva", "flexible" y "consuetudinaria" (es decir, conservando su característica de "antigua" Constitución), lo propio de los demás países será que el advenimiento del Estado constitucional va a producirse de manera revolucionaria, surgiendo, pues, la Constitución como una "realidad" jurídica nueva, "moderna", "racional". Por decirlo de otra forma, tanto en Francia como en los Estados Unidos de América, que son los países donde nace (y a través de ellos se extenderá) al Estado constitucional, la vieja "idea" de "Constitución", la cual no se convirtió en concepto de modo evolutivo, sino a través de un proceso de ruptura (independencia en un caso, revolución en otro).

⁴ Aragón Reyes, Manuel. *Revista de Estudios Políticos, en "Inocencia de supremacía y supralegalidad constitucional"*, núm. 50, marzo-abril, 1986.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así, la "Constitución de los modernos", frente a la "Constitución de los antiguos, (parafraseando a *Constant*), vá a presentarse como algo enteramente nuevo: como lo que bien ha llamado *García-Pelayo* el concepto "racional-normativo" de Constitución. Es ahora, pues, cuando puede decirse que aparece la "verdadera" o "genuina" Constitución (con mayúsculas) y su correspondiente y genuino Estado; el "Estado constitucional" (que supone una nueva forma política histórica que viene a sustituir al anterior Estado absoluto en la Europa continental).

Así, la Constitución, producto de la Revolución francesa y la independencia de las colonias inglesas norteamericanas, tendrá, pues, características formales y materiales. Desde el punto de vista formal se tratará de una "norma fundamental", escrita y rígida; una "super ley", situada por encima del derecho ordinario. Desde el punto de vista material, será una norma que habrá de tener un determinado contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes (artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789). Como puede apreciarse, la doble y antigua pretensión de asegurar la estabilidad de la forma política y la libertad se funden y así la Constitución limitará el poder tanto para mantenerlo con una determinada estructura como para impedir que invada la autonomía individual. Más aun, ambos objetivos son indivisibles, dado que la estructura misma ya no es fin sino medio. En realidad, ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el estado constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo una "forma" de asegurarla.

En tal virtud, vemos que la limitación material del poder, esto es, los derechos fundamentales, aparecen, así, desde el nacimiento mismo del Estado constitucional, como el núcleo del concepto de Constitución. La distinción entre poder constituyente y poder constituido, la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder son notas características del Estado constitucional, sin duda alguna, pero la más definitiva es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que sólo un pueblo libre (compuesto por ciudadanos libres) puede ser soberano, el único modo de "garantizar" dicha soberanía (hacia el interior, por supuesto, ya que hablamos de soberanía en el derecho constitucional, no en el derecho internacional), es "asegurando" los derechos fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes y, en definitiva, frente a la capacidad normativa del legislador.

De sobra es sabido, que sólo en los Estados Unidos de América y no en Europa este concepto de Constitución tuvo eficacia desde su primer momento (en Europa hubo que esperar hasta bien entrado el siglo XX). Por las mismas razones, es necesario detallar la suerte que ese mismo concepto de Constitución ha tenido en el resto de los países americanos, en los que ya, desde la segunda mitad del siglo XIX se fue abriendo camino la idea de que la Constitución es norma jurídica superior, que divide los poderes y de la que derivan derechos para los ciudadanos. Sin embargo, lo único que importa subrayar es que pese a las críticas que en el pasado y el presente siglo se hicieron al concepto de Constitución tanto procedentes de posturas sociológicas o más claramente marxistas, o de las doctrinas que dieron soporte intelectual al fascismo, ese concepto ha resistido y ha vencido sin duda alguna, en el mundo del presente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Hoy, la única discusión intelectualmente rigurosa que sobre el concepto de Constitución se sostiene aún en pie es la que enfrenta a los partidarios de la Constitución como norma abierta y a los partidarios de la Constitución como sistema material de valores, tal y como refiere *Manuel Aragón*, quien postulando la necesidad de relativizar el enfrentamiento teórico, ahonda la discusión e lo siguiente: "...hablando en términos de interpretación constitucional (que viene a ser lo mismo, en el fondo, aunque con otra perspectiva) la que enfrenta a los defensores del "originalismo" y el "no originalismo" en los Estados Unidos o la que enfrentó a los partidarios del método hermenéutico clásico (representados casi exclusivamente por ForsthoFF) y a los partidarios de los métodos "modernos" de interpretación (prácticamente todos los demás constitucionalistas alemanes). De manera muy resumida podría decirse que, realmente, aceptado hoy, sin contradicciones de relieve, el significado y valor jurídico de la Constitución, la única discusión que aún sigue existiendo es que se apoya, de un lado, en las raíces (bien sólidas y fecundas por cierto) del pensamiento kaleniano y, de otro, en los postulados (de difícil refutación radical, también por cierto) de la llamada "jurisprudencia de valores...".⁵

Pese a todo, lo que habremos de citar hasta este momento, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia y así debe ser entendida.

1.2. SU DESARROLLO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Una vez expuesta de manera por demás sucinta, la evolución semántica, etimológica e histórica de la Constitución, a continuación abordaremos el desarrollo de la Constitución dentro de los dos grandes sistemas jurídicos, entendidos como el sistema *escrito* y el *consuetudinario*; aquél donde prevalece la norma general creada por un órgano específico, y éste, donde es determinante la costumbre normativa. En tal entendido, señalaremos las principales características de ambos sistemas y, específicamente los que ofrecen sus Constituciones.

En el sistema consuetudinario

Desde su origen y hasta el nacimiento del Estado contemporáneo en el siglo XVIII, los órdenes normativos se integraron con mandatos formados, principalmente, a través de la costumbre. Así, existieron actas, leyes, estatutos, cartas y sentencias que no disponían de un principio que definiera su dinámica y sus rangos. Sin embargo, con el paso del tiempo, dichas normas fueron tomando su nivel, ello, tomando en consideración que la norma más importante debía prevalecer sobre la de menor nivel.

⁵ Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder*. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1995. pp. 42-60.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De estos mandatos integradores del orden jurídico consuetudinario, resaltan los del tipo fundamental; es decir, aquellas normas determinantes de la vida política; cuya trascendencia deriva que por una parte constituyeron o iniciaron el orden normativo determinando su validez, y por la otra, sentaron las bases reguladoras de la organización del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.

Dentro de este sistema, la función de las costumbres constitucionales predominó sobre las normas legisladas, pero este hecho en nada altera la existencia de las normas que definen las funciones de los órganos del Estado y las atribuciones de cada uno. Así, es frecuente localizar dentro de estos sistemas, normas constitucionales que no fueron producto del legislador, sino de los hábitos políticos que adquirieron validez normativa al ser reiteradamente aceptados por la sociedad. Un ejemplo de lo anterior, se desprende del sistema británico, donde se desarrollaron consuetudinariamente dentro de la dinámica existente entre el Rey, el gobierno y el parlamento, diversas figuras, tales como: la convocatoria a sesiones parlamentarias por lo menos una vez al año; los votos parlamentarios de confianza, de censura y de desconfianza; la renuncia del Primer Ministro y su gabinete o la disolución del Parlamento, definida por el monarca ante el voto de desconfianza; el nombramiento del líder del partido político que disponga de la mayoría parlamentaria como Primer Ministro; la renuncia del miembro del gabinete cuando el sentido de sus decisiones difiera de las de los otros ministros y, a pesar de ello, mantenga su posición; y la aceptación del Rey y de la Cámara de los Lóres, de los proyectos de leyes y decretos aprobados por la Cámara de los comunes.

Asimismo, dentro de los sistemas de derecho consuetudinario las transformaciones normativas disponen de las siguientes vías: *la derogatoria legislada*; que opera cuando un estatuto o acta que expide el parlamento deja sin efectos a un ordenamiento anterior, y *la consuetudinaria*, que se presenta cuando paulatinamente se transforman las costumbres normativas.

Sin embargo, la vía que llama más la atención es el *desuetudo*, al que se encuentra sometida ambas formas normativas (las legisladas y las costumbres). En tal sentido, el *desuetudo* es la costumbre derogatoria por virtud de la cual se declara la invalidez de aquéllas costumbres y normas escritas que han sido abandonadas, que no se individualizan, es decir, que son ineficaces.

En el sistema escrito

Con el nacimiento del Estado contemporáneo se presentó la tendencia de consagrar (en un documento solemne y formal, expedido por una asamblea extraordinaria en momentos de especial relevancia histórica), las reglas jurídicas que establecen el orden normativo, que le dan validez, definiendo la organización del Estado y que rigen los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad. En estos casos, dichas normas son modificadas a través de un procedimiento formal que lleva a cabo un órgano revestido de cierta solemnidad derivada de la representación política que se le asigna y de la naturaleza de sus atribuciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Semejanzas y diferencias entre ambos sistemas

En ambos sistemas la norma constituyente es la misma y produce efectos parecidos: constituir el orden normativo, sustentar su validez, determinar las bases organizativas del Estado y regular los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad. A su vez las variantes son puntualizadas, desde los siguientes criterios:

En su génesis.- Vemos que por una parte dentro del sistema consuetudinario, la norma constituyente surge paulatinamente y a través de prolongados períodos de tiempo; en tanto que en el sistema escrito, nace en una fecha determinada y específica.

En su forma.- Dentro de los sistemas de derecho consuetudinario las normas fundamentales se encuentran documentadas, incluso algunas con solemnidad, como las cartas inglesas protectoras de los gobernados, a pesar que dichos documentos se encuentran de manera dispersa, ya que como costumbre, se entienden que fueron escritos "poco a poco", y en donde sólo un número reducido de normas tienen esa característica.

Por su parte, en los sistemas de derecho escrito, la norma constituyente se contiene, predominantemente, en un sólo documento solemne y formal, donde tampoco todas las normas son fundamentales y otras que sí lo son suelen localizarse en diferentes instrumentos normativos como el caso de las interpretaciones jurisprudenciales de la Constitución y el de algunas leyes (la reglamentación que en México hace el artículo 3° del Código Civil aplicable en Materia Federal, sobre la publicación de las leyes y decretos congresionales). Sin embargo, también existen actos políticos de esencia solemnes, producto de la costumbre, por ejemplo, la ceremonia de "el grito" a la que está impuesto el Presidente de la República cada noche del 15 de septiembre, que no se encuentran reguladas dentro del derecho escrito.

Dentro del *sistema consuetudinario*, el órgano constituyente es indefinido porque las normas fundamentales son creadas por el rey, el parlamento y los jueces; mientras que dentro del *sistema escrito* corresponde al Congreso o Asamblea Constituyente (cuyos miembros son electos por los ciudadanos), elaborar el documento solemne y formal donde se contiene la Constitución.

En lo que se refiere a modificaciones de tipo constitucional, las transformaciones de la norma constituyente se producen poco a poco y generalmente, sin solemnidad. Es el caso del *desuetudo*, donde como se ha dicho líneas arriba, consiste en la declaración de ineficacia de una norma derivada de la costumbre o legislada, que fue desbordada por la realidad. En menor grado, los cambios constitucionales suceden a través de actos solemnes aislados como el caso, en Inglaterra, con el Acta de Representación del Pueblo de 1918, que si bien reiteró costumbres parlamentarias tradicionales, también descalificó otras. En cambio, en el sistema de derecho escrito la revisión constitucional se realiza a través de un procedimiento específico especialmente formal y riguroso pero, también en menor grado, hay mutaciones constitucionales paulatinas y cotidianas como las que suceden con las jurisprudencias que determinan la interpretación y los alcances de los ordenamientos constitucionales.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1.3. IDEAS DOCTRINALES SOBRE LA CONSTITUCIÓN

Una vez expuesta brevemente la evolución semántica, etimológica e histórica de la Constitución, así como su interacción dentro de los dos grandes sistemas jurídicos, no resulta difícil coincidir, que a través del tiempo no ha existido una idea o un concepto ampliamente reconocido para definir el contenido y alcances jurídicos de la Constitución; siendo esto, un constante tema de discusión entre destacados juristas, quienes se han pronunciado desde las más diversas posturas.

Dicho lo anterior, a continuación trataremos la idea de Constitución desde la arista de tres ilustres juristas alemanes, considerando la aportación de *Carl Schmitt* y *Fernando Lassalle*, en relación a la explicación que le dan a la Constitución como un fenómeno de la realidad social expresado en la idea del poder, y una segunda tendencia encabezada por *Hans Kelsen*, quien desde un punto de vista formalista se basa en la depuración del objeto de estudio del derecho.

1.3.1. SCHMITT

Este autor nació en Westfalia e impartió clases en las Universidades de Bonn y Berlín; vivió el nacimiento y la destrucción de la República de Weimar, desempeñándose académicamente durante el régimen de *Hitler*, mientras padecía los efectos de la derrota alemana durante la Segunda Guerra Mundial.

Para entender el significado de la Constitución del Estado, *Schmitt* aplicó un método comparativo en el análisis de los diferentes sentidos con que jurídicamente se usa la locución y, de esta manera, determinó cuatro conceptos: *el absoluto, el relativo, el positivo y el ideal*.

Sobre algunas de estas posibilidades, el autor afirma lo siguiente: *"...si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra Constitución a Constitución del Estado, es decir de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la situación total de la unidad y ordenación política. Pero Constitución puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal. En ambos casos el concepto de Constitución es absoluto, porque ofrece un todo (verdadero o pensado). Junto a esto, domina hoy una fórmula según la cual se entiende por Constitución una serie de leyes de cierto tipo. Constitución y Ley Constitucional recibirán, según estc, el mismo trato. Así, cada Ley Constitucional puede aparecer como Constitución. A consecuencia de ello, el concepto se hace relativo; ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad, sino a algunas, varias, o muchas prescripciones legales de cierto tipo..."*⁶

⁶ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Nacional. México, 1970. p.3.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La Constitución en sentido absoluto

Se usa este sentido (afirma *Schmitt*), queriendo significar que la Constitución es "un todo unitario", una totalidad que puede percibirse de dos maneras: como *ser del Estado* y como *sistema de normas supremas y últimas*.

La Constitución como ser del Estado. Desde este criterio la locución sustenta tres posibilidades: como la concreta situación del Estado, como forma de gobierno y como dinámica real.

Como la concreta situación del Estado. Es la concreta existencia política de México, Alemania o Inglaterra. En esta acepción el Estado no tiene una Constitución, el Estado es la Constitución; es la idea de la unidad política y la ordenación social concebidas de manera estática. La aplicación de este sentido al caso de México, permitiría entender al Estado no en cuanto a un determinado momento con un gobierno y unos gobernados específicos; sería México como el ser concreto de potestad pública con su sociedad organizada desde su origen hasta el presente.

Como forma de gobierno. Se refiere, a una totalidad que se integra con cada una de las formas en que se lleva a cabo el ejercicio del poder. El concepto atiende a la síntesis de las relaciones que se producen cotidianamente en una sociedad determinada, entre gobernantes y gobernados; esto es, la Constitución entendida como forma de formas. Si la manera como se relacionan gobernantes y gobernados se caracteriza porque el Jefe de Estado accede al poder por la vía hereditaria, y existe una nobleza reconocida jurídicamente con derechos específicos y diferentes a los del resto de la población, la forma del ejercicio del poder resulta ser una monarquía. Por el contrario, si las reglas que rigen la estructura ordenan la elección ciudadana como vía para acceder a la jefatura del Estado; si disponen la igualdad de las personas ante la ley; si prohíben la perpetuidad en los cargos públicos; y se establecen los procedimientos electorales como medio para ocupar los cargos de representación política, la forma como se lleva a cabo el ejercicio del poder es republicana.

Un ejemplo de este uso de Constitución; lo aporta *Carl Marx*, al expresar: "...En la Monarquía, el todo, el pueblo, se halla subsumido bajo una de las formas en que existe: En la democracia la Constitución misma se presenta solamente como una determinación y, más precisamente, la autodeterminación del pueblo. En la monarquía tenemos al pueblo de la Constitución; en la democracia a la Constitución del pueblo..."⁷

En México, la Constitución se determina como forma de formas, expresando en su artículo 40 lo siguiente: "...Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo que concierne a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental..."

Como dinámica real. Continuando con la percepción de unidad política y la ordenación social como totalidad, a diferencia de la primera acepción, ahora

⁷ Marx, Karl. *Manuscritos de París. Anuarios franco-alemanes (1844)*. Editorial Grijalbo, Barcelona. 1978. p.36.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

se identifica con la dinámica real de la estructura del Estado. Ya no es la idea de nación o el concepto estático del Estado; ahora nos referimos a los gobernantes y a los gobernados en su realidad social. Gobernantes que ejercen el poder, población concreta, sociedad con grupos de presión y de interés, esto es: la realidad de un Estado. En México se utiliza esta versión al afirmar que la Constitución es la realidad en su totalidad; por una parte, un determinado grupo de personas ejerciendo el poder; y por otra, los individuos y las organizaciones que componen la sociedad, como sindicatos de trabajadores, organizaciones campesinas, empresarios organizados, asociaciones de industriales y de comerciantes, banqueros, partidos políticos, asociaciones religiosas, etcétera.

Como sistema de normas. Es el sistema cerrado de normas, denominado así por el Profesor de la Universidad de Bonn. También es una totalidad pero en este caso implica una idealización; se idealiza el concepto de Constitución, entendiéndola como sinónimo de todo el sistema normativo, como el mundo del deber ser. En esta posición, nuestra Constitución es el sistema normativo mexicano: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Leyes Federales, los Tratados Internacionales, los Reglamentos Federales y las Constituciones, Leyes, Convenios y Reglamentos Estatales.

La Constitución en sentido relativo

*Schmitt considera: "...el concepto de Constitución es susceptible de relativizarse, o sea, a partir de una totalidad puede ser restringido a una pluralidad de leyes particulares..."*⁹

Este sentido cobra importancia con el nacimiento del Estado contemporáneo, es decir, cuando se expidieron las primeras constituciones codificadas. Sin embargo encontramos antecedentes desde la alta edad media: en Inglaterra, la Carta Magna del 15 de junio de 1215, y en Castilla y Aragón, desde el siglo IX, los fueros que protegían a los hombres libres del poder del Rey. Constitución en sentido relativo significa un documento *formal* y *solemne*. En sentido formal, porque los principios y normas que rigen la organización del Estado se consagran por escrito y de manera integral; y en sentido solemne, porque el documento no es confeccionado en cualquier momento ni por cualquier persona; aparece en una etapa histórica coyuntural y es producto de una Asamblea (Parlamento o Congreso), Constituyente integrada por personas que fueron electas para hacer el documento.

En este sentido, las Constituciones que las antiguas Colonias Inglesas en América expidieron cuando lograron su independencia, en especial, las de Massachusetts y Virginia; también la Constitución francesa de 1791. En México, los documentos formales y solemnes más importantes, son: la Constitución Federal del 4 de octubre de 1824, como consecuencia de la consumación de la Independencia y del fracaso del Imperio de Iturbide; la Constitución de 1857, que surgió después de la Revolución de Ayutla y del fin de la última dictadura de Santa Ana; y la vigente, de 1917, que es producto de la Revolución de 1910. Estos modelos históricos disponen de las dos condiciones que requiere el sentido relativo de Constitución: derivaron de factores

⁹ Ob. Cit. Schmitt, Carl, p. 13.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

históricos especiales y fueron creadas por Asambleas, Parlamentos o Congresos Constituyentes.

La Constitución en sentido positivo

Este es el sentido auténtico que propone *Schmitt*, entendiendo a la Constitución, como los principios que trascienden a las normas jurídicas; Constitución como conjunto de decisiones políticas fundamentales que se da un pueblo en su organización estatal. La Constitución no es el conjunto de normas jurídicas de un Estado —dice *Schmitt*—, sino los principios políticos fundamentales que determinan su organización.

Para comprender este sentido y como simple preámbulo a uno de los puntos torales del tema a estudio, se torna necesario diferenciar —desde esta etapa como un mero esbozo—, los conceptos de *Poder Constituyente, titularidad del Poder Constituyente, decisiones políticas fundamentales y disposiciones legales-Constitucionales.*

El Poder Constituyente. Es la voluntad política que tiene la suficiente fuerza o autoridad para adoptar las decisiones políticas fundamentales que conforman el ser del Estado, su identidad, su organización y su dinámica. Esa voluntad política no es la de una persona determinada; el Poder Constituyente surge como una fuerza social que determina la organización del Estado.

Titularidad del Poder Constituyente. La voluntad política (Poder Constituyente) posee un núcleo ideológico consistente en la titularidad que la misma fuerza social le asigna. Durante la alta edad media, la titularidad se atribuyó a Dios o al Papa, lo que dio lugar a estructuras teocráticas claramente definidas; en la baja edad media se desplazó a los Reyes con lo cual la organización política se manifestó monárquica y aristocratizante. Después, con la revolución francesa, la titularidad se atribuyó al pueblo o a la nación, conceptos que significaban la burguesía que accedía al poder.

El primer Estado de ideología marxista, la Unión Soviética, definió la titularidad en favor del pueblo trabajador, entendido como el conglomerado de trabajadores que componían su sociedad. Los valores políticos del Estado contemporáneo definen, ahora, la titularidad a favor de la población política integrada por ciudadanos de todas las clases y estratos sociales. *Schmitt* explica en este fenómeno la titularidad del Poder Constituyente; su trascendencia es clara: a partir de una determinada orientación ideológica se definen y condicionan las relaciones políticas, económicas y sociales que se producen en el Estado.

Las decisiones políticas fundamentales. Precisada la naturaleza del Poder Constituyente y su titularidad, se arriba al punto medular de la teoría de *Schmitt*, o sea, la determinación de la Constitución como conjunto de decisiones políticas fundamentales.

⁹ *Ibidem.* p. 23.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El Poder Constituyente produce las decisiones políticas fundamentales o principios que determinan el ser y la manera de ser del Estado; son creadoras de los Poderes Constituidos (órganos del Estado); son los principios que no pueden ser tocados por los poderes constituidos porque su transformación corresponde exclusivamente al Poder Constituyente. Aplicando lo anterior al Estado Mexicano, resulta válido afirmar que del texto promulgado en Querétaro, en 1917, sólo es Constitución en sentido Positivo (decisiones políticas fundamentales), la unidad de los siguientes principios: el pueblo como titular de la soberanía (artículo 39); la forma federal del Estado (artículo, 40); la forma republicana del gobierno (artículo 40); el principio de la separación de poderes (artículos, 49 y 116), la rectoría económica del Estado (artículos, 25, 26, 27 y 28); el principio de no reelección (artículo 83), el municipio libre (artículo 115); la supremacía del Estado sobre las asociaciones religiosas denominadas Iglesias (artículo, 130); los derechos del gobernado (artículos 1º. Al 28); la justicia social (artículos, 3, 4, 6, 27 y 123); y el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad o Juicio de Amparo (artículo, 103 y 107). De esta manera, el Poder Constituyente Mexicano (voluntad política de la sociedad), fue el autor de estas decisiones; su reglamentación normativa fue la actividad realizada por el Congreso Constituyente de Querétaro; las modificaciones normativas puede hacerlas el Órgano Revisor de la Constitución (Congreso de la Unión y Legislaturas de los Estados); pero la sustitución de las decisiones existentes o la creación de otras, según *Schmitt*, sólo corresponde al Constituyente.

Las decisiones legales constitucionales. Bajo el nombre de las decisiones políticas fundamentales, el Órgano Constituyente da vida jurídica a los Órganos Constituidos a través de uno o varios documentos solemnes y formales que *Schmitt* denomina disposiciones legales constitucionales. Es el documento formal o las costumbres constitucionales que expresan las decisiones políticas fundamentales a través de normas jurídicas.

La Constitución en sentido ideal

Se menciona este sentido considerando el carácter distintivo y el específico contenido de una ideología constitucional. El factor determinante es la ideología de un grupo, asociación o partido político como ideal de organización del Estado de manera exclusiva y excluyente. El sentido se utiliza así cuando vemos los grupos o partidos políticos que solamente aceptan como Constitución la que contiene los principios ideológicos que ellos mismos sustentan y defienden; por ejemplo: los autores de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, consideraron que toda Constitución debía consagrar, por lo menos, el principio de la división de poderes y un capítulo de derechos humanos. También muestran el sentido ideal de Constitución aquellos partidos políticos que sólo la reconocen cuando prohíbe la apropiación privada de los medios de producción.

1.3.2. LASALLE

Completamente preparado en filología, derecho y filosofía, y sin ocultar su inclinación Hegeliana, *Lasalle* sobresalió como político, ideólogo y luchador

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

social. Durante una etapa de su vida mantuvo relaciones amistosas con *Marx y Engels*; fue importante su participación en la fundación de la social democracia y en el mantenimiento de la lucha del movimiento obrero alemán después del fracaso de la revolución de 1848. Acuñó un concepto de Constitución (probablemente el más conocido), definiéndola como la suma de los factores reales de poder.

En las ideas sobre el problema constitucional, *Lasalle* distinguió la *Constitución social* (relación de las fuerzas reales de poder), de la *jurídica* (la hoja de papel); ello, al impartir la célebre conferencia denominada *¿Qué es una constitución?*, intervención en la cual acreditó sociológicamente la prevalencia del poder sobre el derecho, hasta que éste consigue acumular a su servicio la cantidad suficiente de poder para aplastar el poder del desafiado y de la arbitrariedad.

La Constitución en sentido social

Ferdinand Lasalle inicia su exposición preguntándose: ¿qué es la Constitución? y ¿dónde localizamos su esencia?. Crítica las definiciones que la reducen a los principios fundamentales de la legislación, del gobierno de un país o de la organización del derecho público de una nación. Señalando lo siguiente: "...todas estas respuestas (refiriéndose a las definiciones formales), sólo tienen una descripción externa de la forma como se crea una Constitución, de lo que es el papel de la constitución, pero no la indicación de lo que es una Constitución..."¹⁰

Asimismo refiere *Lasalle*, que la necesidad de descubrir la esencia constitucional impone la obligación de precisar su fundamentalidad; con ese fin desarrolló un método comparativo afirmando: "...una Constitución debe tener fuerza de ley; por lo tanto debe ser también una ley; pero no una simple ley; debe ser algo más que una ley. La Constitución es fundamental porque se ubica en un nivel más profundo que cualquier ley; porque actúa y se prolonga en las leyes ordinarias, de las que es fundamento; y por ello, es lo que es y no puede aparecer de manera diferente a lo que es...". Por otra parte, este autor refiere que en los factores reales de poder, la pieza que reúne los atributos de la fundamentalidad porque son la fuerza efectiva y activa que condiciona a todas las leyes y disposiciones jurídicas de la sociedad. Corroboró su afirmación ilustrándola con el siguiente ejemplo: "...si un incendio destruyera todos los ejemplares de la constitución no significa que el estado se hubiese quedado sin Constitución porque se destruyó lo que parece ser la constitución, pero los factores reales de poder (la verdadera constitución) subsisten en los grupos sociales (banqueros, empresarios, comerciantes, profesionistas, obreros, campesinos, asociaciones religiosas, fuerzas armadas y gobernantes...) que no renunciarían a sus prerrogativas ni a la posición que guardan en la sociedad..."¹¹

La Constitución en sentido jurídico

Por otra parte, *Lasalle* considera que las relaciones reales de la fuerza social (factores de poder) se inscriben en una hoja de papel, se les da una expresión escrita y al hacerse esto, ya no son los factores reales de poder; son disposiciones jurídicas, son el derecho. En consecuencia, "la hoja de papel", es buena y duradera cuando corresponda a la constitución efectiva (los factores reales de poder), y

¹⁰ *Lasalle*, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*. Editorial Hispánica. México, 1989. p.30.

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuando no corresponda se producirá un conflicto inevitable en que la constitución formal, la expresión normativa, será vencida por la realidad.

Concluye *Lassalle*, estableciendo que los asuntos constitucionales no son cuestiones de derecho, sino de fuerza, señalando lo siguiente: "...la Constitución efectiva de un país sólo existe en las relaciones de fuerza de un país; las constituciones escritas sólo tienen valor y duración si son la expresión exacta de las relaciones efectivas de fuerza, como se presenta en la sociedad...".¹²

1.3.3. Kelsen

Este ilustre jurista fundó la escuela de Viena, y representa el mayor esfuerzo y el más favorable resultado en la delimitación de la ciencia jurídica. En sus análisis y consideraciones percibió que la doctrina tradicional desvió su objeto de estudio y, por ello, contaminó al derecho. Pugna por una teoría pura donde el objeto de estudio sólo contemple "lo jurídico", el mundo normativo o del *deber ser*. De ninguna manera descalifica la posibilidad que la sociología, la historia o la política sean actividades científicas.

Kelsen, afirma que al hacer ciencia jurídica no debemos incluir elementos ajenos al objeto de estudio del derecho porque no es lógico explicar jurídicamente un fenómeno recurriendo a factores sociológicos o políticos; por ejemplo: el Estado puede ser estudiado científicamente a través de la sociología y de la ciencia política; lo que no es posible, si pretendemos mantener una actitud científica dentro del derecho, es presentar una explicación jurídica del Estado basada en elementos sociológicos, históricos o políticos, tal y como aconteció con *Schmitt* y *Lassalle*.

Kelsen es un autor especialmente polémico; siendo conocida la crítica que *Herman Häfner* formula cuando expresa lapidariamente que *Kelsen* hizo una Teoría del Derecho sin derecho y una Teoría del Estado sin Estado. Algunos autores de tendencias fascistas, le atribuyen justificar al comunismo, y otros, sostenedores de esta ideología, lo acusan de fascista.¹³

Resulta obligatorio en la explicación científica del derecho considerar el pensamiento de *Kelsen*, donde el fundador de la Escuela de Viena, en dos de sus obras fundamentales: (Teoría Pura del Derecho y Teoría General del Derecho y del Estado), aborda y desarrolla, entre otros, los temas siguientes: derecho y naturaleza; derecho y moral; derecho y ciencia; estática jurídica; dinámica jurídica; derecho y estado; estado y derecho internacional; la sanción; el acto antijurídico; el deber jurídico; la responsabilidad jurídica; el derecho subjetivo; la competencia; la persona jurídica; el orden jurídico; la jerarquía de las normas; la jurisprudencia, los elementos del estado; formas de gobierno; formas de organización; y derecho nacional e internacional. De su obra destaca la diferenciación que realiza entre las ciencias causales y las sociales, y dentro de éstas, la definición de la ciencia normativa.

¹² *Ibidem*, p. 78.

¹³ *Cerrón* Humberto y otros, *Marx, El Derecho y el Estado*. Editorial Okus-Tau, Barcelona, 1969. p.32.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Asimismo, es importante la determinación del objeto de estudio del derecho, de la norma, de la validez y la eficacia normativa; planteando interesantes conceptos sobre la naturaleza jurídica de la Constitución.

Naturaleza de las ciencias

Kelsen, diferencia las ciencias atendiendo a sus distintos objetos de estudio, distinguiendo dos ámbitos del conocimiento: *la ciencia causal del ser*, de lo que es, de lo que sucede en la realidad; y *la ciencia normativa*, de lo que debe suceder pero que no necesariamente siempre sucede.¹⁴

La ciencia causal. Es la actividad científica que tiende a conocer y explicar los fenómenos que existen en la realidad física. Disciplinas como las matemáticas, la astronomía, la física, la química y la biología, se desarrollan en ese espacio al tratar de conocer la verdad de los fenómenos que componen sus objetos de estudio. Esas actividades (que sin poca exageración han sido denominadas ciencias exactas), han permitido descubrir principios universales que permiten la comprensión de ciertos fenómenos del mundo del ser: *el principio de causalidad (causa-efecto)* rige el conocimiento científico en el mundo del ser. Por tal virtud, ese principio toda causa produce un efecto y todo efecto tiene una causa; así tenemos que si dejamos sin soporte un objeto fatalmente cae al suelo, ello, en virtud del principio de la gravitación universal descubierto por *Newton*. Si este ensayo lo realizamos en América, en Europa o en los polos terráqueos, la misma causa, producirá el mismo efecto. Lo que no sucede en la ciencia normativa (el Derecho), donde prevalecen otros principios y son diferentes los objetos de estudio.

La ciencia social. En este espacio del conocimiento, a diferencia del mundo del ser, el objeto de estudio no consiste en el entorno fáctico del hombre; no se estudia el mundo físico, sino la conducta humana. Son las disciplinas como la ética y el derecho las que desenvuelven sus actividades cognoscitivas explicando el *deber ser*.

La ciencia jurídica. Es esta actividad el núcleo del objeto de estudio es la norma, entendida como una hipótesis de conducta humana: una acción o una omisión; esa hipótesis se traduce en un *deber ser* que puede implicar una consecuencia, nunca un efecto. En el ámbito de las ciencias del ser, opera el principio de causalidad; en contraste, la *ciencia del deber ser*, que se rige por el de la imputación.

Conforme lo anterior, observemos la manera en que opera el principio de imputación normativa:

El artículo 299 del Código Penal del Estado de Morelos, prescribe la siguiente conducta: "...El homicidio consiste en privar de la vida a otro, por cualquier medio...".

¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México, 1979, p. 89.



El mismo Código, en su artículo 303 determina la consecuencia jurídica, al disponer: "*...Al responsable de cualquier homicidio intencional y que no tenga señalada sanción especial en este código, se le impondrá de 8 a 15 años de prisión...*".

Relacionando ambos ordenamientos tenemos que quien comete el delito de homicidio debe ser sancionado en los términos de los ordenamientos transcritos porque la norma imputa a quienes realicen esa conducta de una consecuencia jurídica: la pena. Sin embargo, que una persona incurra en tal ilícito no da lugar a que necesariamente sea sancionada. Es fácil suponer que existen personas que han cometido esos ilícitos y, sin embargo, no han sido privadas de su libertad en los términos dispuestos por el Código.

Objeto de estudio. Las normas jurídicas son el único contenido posible del objeto de estudio del derecho. Para *Kelsen*, el Estado la soberanía, la democracia y la separación de poderes, por enunciar algunos conceptos, no son en la ciencia del derecho lo que la doctrina tradicional ha explicado. En términos generales, afirma que el Estado es una corporación territorial dotada de un poder de mando originario, que la soberanía es el poder inalienable, imprescriptible e indivisible del Estado; que la democracia es el sistema por el cual el pueblo se gobierna a sí mismo a través de sus representantes; y que la separación de poderes es el dispositivo para preservar las libertades con base en la distribución equilibrada de las facultades entre los órganos del Estado. *Kelsen* afirma que esas definiciones, y otras semejantes, responden a conceptos sociológicos o ideológicos pero no jurídicos. De ahí que conciba al Estado como una persona jurídica; como el máximo centro de imputación normativa; como sinónimo de sistema jurídico. Por lo mismo, la soberanía no es otra cosa que la fuerza coercitiva del derecho; la democracia se explica en el grado de participación que la población del Estado tiene en la producción normativa; y la separación de poderes es la distribución de competencia entre los órganos del Estado para lograr una eficaz producción normativa. *Kelsen* afirma que en nuestra disciplina sólo es posible estudiar al Estado como un sistema jurídico y que éste tiene dos atributos: *la validez y la eficacia.*

Validez normativa. Una norma es válida jurídicamente en la medida en que deriva puntualmente de una norma superior. Así, la sentencia dictada en un proceso penal es una norma jurídica individualizada cuya validez depende de que se haya apegado a su norma superior conforme el Código Penal y el Código de Procedimientos correspondiente; y a su vez dichos Códigos tienen validez jurídica si derivan puntualmente de su norma superior que es la Constitución. Cuando una norma presenta algún vicio en relación con su norma superior, en cuanto al órgano que la produce, al procedimiento de producción o a los principios de su contenido, carece de validez. En nuestro sistema jurídico éste fenómeno se comprueba cotidianamente a través del Juicio de Amparo por virtud del cual el juzgador examina la validez de los actos (normas) de las autoridades y, cuando es pertinente, los invalida por contrariar la Constitución.

Eficacia normativa. Al respecto, el autor en cita señala que una norma y un sistema jurídico son eficaces en proporción al grado de positivización que tengan. Las normas jurídicas deben ser aplicadas, deben positivizarse o individualizarse y si éste objetivo no se logra, entonces, la norma o el sistema jurídico carecen de eficacia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ejemplo de lo anterior, tenemos que la figura de expropiación se reglamenta en el artículo 27 Constitucional, que literalmente expresa: "...Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización...".

La Fracción VI del mismo precepto, dispone: "...Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dicha leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente...".

Las anteriores disposiciones se positivizan al momento que el Congreso de la Unión expide la Ley de Expropiación en Materia Federal, y cuando los Congresos de los Estados reglamentan en sus Constituciones el mismo fenómeno y expiden sus respectivas Leyes Expropiatorias. Las Constituciones Estatales y las Leyes Expropiatorias se positivizan cuando el Presidente de la República y los Gobernadores de los Estados, en ejercicio de sus facultades y de acuerdo con sus competencias, expiden los Reglamentos correspondientes, los cuales se positivizan en cada ocasión en que el Presidente de la República y los Gobernadores Estatales expiden los Decretos Expropiatorios que al afectar la propiedad específica de determinados gobernados, logran la individualización de los preceptos Constitucionales, de las Leyes y de los Reglamentos. En esta dinámica, el fundador de la escuela de Viena enmarca la explicación de la Constitución.

La Constitución en sentido lógico-jurídico

La validez jurídica de una norma depende de su derivación puntual de la norma superior no presenta mayor dificultad, siempre que se examine una norma que disponga de otra de mayor grado. Así, el planteamiento es más complejo cuando analizamos la primera norma jurídica, denominada por *Kelsen* *norma-norma*, aquella que no deriva de otra norma y, sin embargo, de ella se desprende el resto de las normas que integran el sistema jurídico. De esta manera (afirma *Kelsen*) la validez jurídica de la primera norma debemos suponerla y no tratar de explicarla, porque de hacerlo estaríamos apartándonos de nuestro objeto de estudio. Efectivamente, la validez de la primera norma por no depender de una norma superior, sólo podría explicarse metajurídicamente a través de la historia, de la sociología o de la ciencia política, pero no del derecho ya que esa explicación corresponde al mundo fáctico, al *del ser* y no al *del deber ser*. Por ejemplo, si preguntamos sobre la validez jurídica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no podemos responder que se explica en una norma superior porque tal no existe.

Podríamos entender la legitimidad social o política de la Constitución considerando que fue producto de una guerra civil y de la lucha de las fuerzas revolucionarias; posiblemente la reafirmaríamos diciendo que *Verusssano Carranza* convocó al Congreso Constituyente de 1916-1917, interpretando las voluntades individuales de la mayoría de los mexicanos de esos tiempos. Esa sería una respuesta basada en hechos históricos; sería una explicación sociológica o política, pero nunca jurídica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Kelsen parte de estas consideraciones para suponer la validez jurídica de la primera norma con lo cual es posible suponer también la existencia de una norma fundamental hipotética; de una hipótesis o supuesto de investigación. Afirmando que esa norma no es positiva porque es una hipótesis, pero es fundamental porque a partir de ella se inicia la producción normativa del sistema. La norma fundamental hipotética es denominada por *Kelsen*, Constitución en sentido lógico-jurídico y la hace consistir en un fenómeno del mundo del ser: el establecimiento del primer órgano de producción normativa que crea la primera norma con la que se inicia un determinado sistema jurídico. Por lo que el principal atributo de la Constitución en sentido lógico-jurídico, consiste en ser el punto de unión de todo el sistema normativo.

La Constitución en sentido jurídico-positivo

Es la primera norma susceptible de sustentar la validez jurídica de todo el sistema y de positivizarse a través de códigos, leyes, reglamentos, decretos, laudos y sentencias. Ahora bien, dar respuesta al porqué esas reglas rigen la producción normativa, implica reconocer en ellas dos atributos fundamentales: en primer término, esas reglas crean órganos como la Federación, los Estados, el Poder Legislativo Federal, el Poder Ejecutivo Federal, el Poder Judicial Federal y en los Estados los órganos correspondientes; y en segundo lugar, delimitan la competencia de cada órgano, asignándole atribuciones, esto es, deberes jurídicos (facultades y obligaciones), que posibilitan el desarrollo de la producción normativa. Este sentido de Constitución permite establecer otros dos tipos: *la Constitución formal y la Constitución material*.¹⁵

La Constitución formal. Es un documento solemne que presenta las características siguientes: a) únicamente se produce en los sistemas jurídicos de derecho escrito o legislado, b) se integra con normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante un procedimiento especial destinado a dificultar esas modificaciones, aunque a menudo contienen otra clase de normas que no son propiamente Constitución.

La Constitución material. Este tipo de Constitución, presenta dos atributos, que a saber son: a) se produce en sistema de derecho escrito o legislado y en los de derecho consuetudinario, b) representa el nivel más alto dentro del derecho nacional, c) se integra con los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.

En la teoría constitucional se ha distinguido tradicionalmente entre *Constitución material y Constitución formal*. *Kelsen* distingue entre *Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal*, ya que según este autor, la Constitución, materialmente hablando, sólo se refiere a las normas que regulan el proceso de creación de las normas legislativas o, en todo caso, a aquellos aspectos que organizan al gobierno y atribuyen facultades a los órganos del mismo, y considera que existen otras normas en los textos constitucionales relativas a diferentes materias, que por determinada razón, el Constituyente consideró necesario incluir dentro del código supremo, pero esas normas referidas a materias distintas a la regulación del proceso

¹⁵ Ob. cit. *Kelsen*, pp. 147 a 148.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legislativo y a la atribución de facultades a los órganos estatales no tienen un carácter materialmente constitucional, sino sólo formalmente constitucional.

Esta concepción, en la cual el sentido material de la Constitución es más reducido que el texto formal, parte de una preconcepción sobre las que se consideran materias constitucionales propiamente dichas, sin hacer explícito el razonamiento teórico que sustente tal posición.

Conforme lo anterior, en las líneas subsiguientes nos propondremos demostrar que en el presente, la vieja concepción kelseniana ha perdido vigencia, fundamentalmente por lo siguiente:

a).- Lo materialmente constitucional puede ser más amplio que lo formalmente constitucional;

b).- Lo materialmente constitucional debe estar definido en función de un concepto teórico identificable al que denominaremos "asunto formal del estado".

c).- Las antiguas clasificaciones de las normas constitucionales resultan actualmente insuficientes o imprecisas y

d).- Los contenidos materiales de las Constituciones contemporáneas son muy extensos y requieren formas de clasificación más incluyentes y comprensivas.

a).- *Constitución Material y Constitución Formal.* En la actualidad el concepto de Constitución material resulta más amplio que el de Constitución formal. Aquél comprende un conjunto de normas de distinta naturaleza que, como el caso inglés, pueden ser consuetudinarias, tener un rango legal común y corriente o no requerir de determinadas formalidades para expedirse o modificarse. En cambio la Constitución Formal, se identifica con el conjunto de normas codificadas a las que se atribuye el rango de supremas y se las rodea para su creación y modificación, de un marco de formalidades especiales.

Notemos que en consecuencia, la Gran Bretaña tiene una Constitución material, pero no tiene una Constitución formal. Por otro lado, los países que tienen una Constitución material que va más allá del texto plasmado en un código, y comprende normas legales que se refieren a la organización del gobierno y a otras materias propiamente constitucionales, como después veremos, e inclusive normas consuetudinarias que también son esencialmente constitucionales aunque no se encuentren escritas en un texto.

El momento vigente del constitucionalismo contemporáneo es evidente que las normas de rango supremo incluida en el código constitucional, ya no solamente tienen por objeto la organización gubernamental, sino la regulación de una serie de tareas que corresponden al Estado o la normación de realidades sociales consideradas de tan elevado nivel que es preciso darles un tratamiento constitucional y son materias que corresponden a la Constitución en su sentido actual. Quizá para Kelsen, influido por los contenidos de las primeras Constituciones, era válida la división que establecía entre Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pero en la actualidad la realidad nos muestra que las materias propiamente constitucionales se han ampliado en forma considerable.

b).- Los "asuntos fundamentales del Estado". El constitucionalismo ha tenido un desarrollo más allá del desenvolvimiento de la ideología liberal, y la elaboración de Constituciones escritas ha servido como justificación para todo régimen contemporáneo. Estos documentos han venido ampliando su función y su contenido y abarcando cada vez más un mayor número de materias en razón de la necesidad que cada Estado ha tenido de elevar ciertos asuntos al rango normativo supremo.

Así, la idea de derecho constitucional primigenio del Siglo XVIII podía describirse en forma relativamente sencilla diciendo que tan derecho es el conjunto de normas que establecen los derechos inalienables del individuo y regulan la formación de los órganos del gobierno, así como el ejercicio de las atribuciones que se le confieren. En este punto hay que aclarar que la expresión derecho constitucional tiene dos acepciones: una, como conjunto de normas, a la cual acabamos de aludir, otra, como disciplina jurídica, es decir, la rama del derecho que tiene como objeto el estudio de dicho conjunto de normas.

El derecho Constitucional como conjunto normativo no es sólo el texto de la Constitución, sino todas las normas que refieren a los asuntos fundamentales del Estado, estén o no codificadas en un solo texto, sean escritas o consuetudinarias y tengan o no el rango formal de normas supremas. Con esto último, queremos decir que el derecho constitucional abarca reglas que están establecidas a nivel de ley ordinaria o de costumbre, pero que se refieren a dichos asuntos fundamentales del Estado.

Así, hemos arribado a la noción de *asuntos fundamentales del Estado*, como una clave para definir al derecho constitucional. Si bien es una expresión con un alto grado de abstracción, incluye, en términos generales, todo tema que pueda ser materia de regulación constitucional; desde los primeros y originales relativos a la organización del gobierno y a la preservación de las libertades individuales, hasta los de reciente adopción en las normas supremas. En este último caso encontramos garantías establecidas a favor de grupos de personas; principios reguladores de la actividad económica; principios en que se fundan las relaciones con los demás Estados; ampliación de derechos humanos, hasta incluir los que derivan de la sola pertenencia a la sociedad, como el derecho a la educación, a la salud o al medio ambiente sano y, en fin, todos los temas que actualmente forman parte de los textos constitucionales.

c) y d).- El razonamiento que nos ha traído hasta este punto, se sustenta en la siguiente consideración: si un asunto ha sido considerado por una comunidad estatal como digno de ser regulado al más alto nivel, es porque el Estado, entendido en su dimensión que incluye a la comunidad humana y a quienes gobierna, ha estimado que tal asunto es fundamental para dicho Estado. Por eso conceptualizaremos, que: el Derecho constitucional es el conjunto de normas que regulan los asuntos fundamentales de un Estado.

Asimismo, y bajo el entendido que posteriormente retomaremos el tema, al momento de abordar las diversas clasificaciones de la Constitución, hemos de dejar establecido desde este momento, lo impreciso que resulta la consideración tradicional en el sentido de clasificar la Constitución en una parte dogmática y otra

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

orgánica, entendiendo a la primera como de las normas relativas a los derechos individuales y la orgánica como aquella compuesta por las normas que aluden a la organización del Estado.

1.3.4. JORGE CARPIZO

Este connotado constitucionalista, menciona: "...la palabra Constitución es multívoca. Cualquier objeto tiene constitución. Por tanto, desde el punto de vista físico, cualquier Estado tiene una Constitución, que es el conjunto de relaciones que se verifican en esa comunidad, los actos que se realizan entre gobierno y gobernados y el logro de cierto orden que permite que se efectúen una serie de hechos que se reiteran. Se puede contemplar desde diversos ángulos: el económico, el político, el sociológico, el jurídico, el histórico, etc; sin embargo, desde la perspectiva jurídica nos muestra la vida normativa de un país: enseñando la realización de una serie de actos propios de derecho...".¹⁰

Sintéticamente, Carpizo sostiene que un país puede tener una Constitución escrita o una consuetudinaria; así, los países con Constitución escrita tratan de que todo el mecanismo constitucional se encuentre en un folleto, lo cual no siempre se logra. A su vez, -señala Carpizo-, existen otros documentos aparte del folleto que son también la Constitución, por ejemplo, a partir de 1859, la Legislación de Reforma fue parte del Código Supremo de 1857; y la Ley del 6 de enero de 1915 de la Constitución de 1917; y al contrario encontramos en el folleto una serie de preceptos que no se cumplen, pero que jamás se han cumplido; éstos son ideales dentro de la Carta Magna, pero que poco a poco se van realizando en un afán de adecuar la realidad a la norma; así en México la repartición de utilidades a obreros se logró 45 años después del establecimiento normativo del precepto.

Dentro de esta óptica, podemos decir que la Constitución real de un País de Derecho escrito, no es ni la realidad ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica ponderada y el folleto se identifican, la realidad, entendida como el ser determina la norma en relación a lo que realmente acontece, algo que puede estar o no de acuerdo con la norma, pero ésta a su vez influye y determina la realidad respecto a varios preceptos suyos, se van imponiendo sobre ese ser y van alcanzando vigencias conceptos que sólo eran ideales.

La norma puede ir más allá de lo real, forzar a ésta para alcanzar una adecuación a ella pero con un límite: que no intente violentar esa realidad en nada que menoscabe la dignidad, la libertad y la igualdad humana. En un País de constitución consuetudinaria, la real lógicamente no es posible que sea interferencia de la realidad y del folleto, sino de la costumbre; es decir, la realidad jurídica que interfiere en la realidad comprendida en sentido amplio y viceversa. Así pues la constitución de un país, es una eterna pugna entre el ser y el deber ser, entre lo real y la norma. La constitución de un país es una perpetua adecuación entre el folleto y la vida, es de esta forma que podemos explicarnos que un precepto constitucional gramaticalmente invariable modifique su sentido y alcance a través de la jurisprudencia, de la doctrina jurídica o de algún otro

¹⁰ Carpizo Mc. Gregor, Jorge. *Constitución y Revolución en Estudios Constitucionales*. UNAM. México, 1980. pp. 52 y 53.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

medio, una interpretación diferente a la que se le solía atribuir, por tanto, la Constitución de un país, no es ni *ser*, ni *deber ser*, únicamente *ser deber ser*.

Bajo la concepción de este autor, podemos decir, que la Constitución se puede analizar desde dos perspectivas, en primer lugar la constitución material que contiene una serie de prerrogativas oponibles al estado por parte del particular y la organización, atribuciones y competencias del Estado, y en segundo lugar, la constitución formal que implica que las normas de la constitución, las normas contenidas en el folleto solo se modifican, o crean a través de un procedimiento y un órgano especial. Este procedimiento generalmente es más complicado que el que se utiliza para reformar la legislación ordinaria.

Al tenor de lo arriba expuesto, podemos decir que el Doctor *Carpizo*, señala que la Constitución real en un país de Constitución escrita, no es ni la realidad ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren, es decir, el aspecto normativo.

1.3.5. OTROS AUTORES

Por su parte, *Karl Loewenstein*, refiriéndose a su definición de la norma fundamental, prescribe: "...la totalidad de los principios y normas fundamentales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa - Constitución en sentido espiritual, material - o bien podrá estar contenida en un documento escrito, Constitución en sentido formal..."¹⁷

En tanto, *George Jellinek*, fundador de la Teoría General del Estado, estima: "...la Constitución comprende los principios jurídicos que crean a los órganos supremos del Estado, las formas de esa creación, sus relaciones recíprocas, su ámbito de competencia, y la situación que cada uno de ellos guarda respecto del poder del Estado..."¹⁸

Herman Heller,¹⁹ estructura su explicación a partir de dos conceptos y la dinámica que los caracteriza: normatividad y normalidad (*debe ser* y *ser*); considerando a su vez, que existen tres diferentes expresiones de Constitución:

a) *La Constitución como conocimiento de una realidad social*, esto es, la comunidad humana percibida en su específica existencia; b) *La Constitución como expresión jurídica*, entendida como el deber ser que realma y objetiva los valores de la comunidad, y; c) *La Constitución escrita*, entendida como el documento solemne y formal, identificado por *Schmitt* como Constitución en sentido relativo.

¹⁷ Loewenstein Karl, *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1965. pp. 150 y 151.

¹⁸ Jellinek, Jorge. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943. p. 413.

¹⁹ Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1963. p.267.

Continuando con la doctrina nacional, se observan tres claras tendencias: la primera de ellas, comprende a los constitucionalistas inclinados en concebir la *Constitución* dentro del ámbito del fenómeno social; corriente que se encuentra encabezada por el célebre jurista *Mario de la Cueva*.

La segunda, cife su criterio hacia la diferenciación *Kelseniana* planteada entre *Constitución en sentido formal* y *Constitución en sentido material*; tomando como puntal a *Felipe Tena Ramírez*.

En tanto que la tercer tendencia, pretende conciliar la concepción de *Constitución* como fenómeno social con la idea de norma positiva, delimitando dos tipos genéricos de *Constitución*; destacando en esta posición *Ignacio Burgos Orihueta* y *Jorge Carpizo*.

Planteado lo anterior, entraremos aunque de manera breve, a sus respectivos postulados.

Así tenemos que partiendo de la concepción social y política, *Mario de la Cueva*, define el término de la siguiente manera: "...La *Constitución* y el *derecho* son la expresión normativa de aquella parte de la vida humana que se dirige a la consumación de una convivencia social armónica y justa, o expresada con otras palabras: la *Constitución* y el *Derecho* norman la conducta del hombre para la vigencia de justicia en la vida social..."²⁰

Por su parte, el tratadista *Felipe Tena Ramírez*, ante la dificultad que significa definir una *Constitución*, prefiere describirla partiendo de la distinción planteada por *Kelsen* entre la *Constitución en sentido material* -preceptos que regulan la creación normativa- y la *Constitución en sentido formal* -documento solemne que contiene ciertas normas jurídicas de difícil modificación que no siempre forman parte de la *Constitución en sentido material*.

Con base en esta diferenciación, y siguiendo a su vez el concepto de *Jellinek*, este destacado jurista, expresa: "...crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia, es, por tanto, el contenido mínimo y esencial de toda *Constitución*... Desde este punto de vista material, las *Constituciones* del mundo occidentales, inspiradas en la norteamericana y en las francesas, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder..."²¹

Continuando en su argumentación, dicho autor refiere que la estructura de nuestra *Constitución*, como todas las de su tipo, toman sustento en dos principios capitales, que a saber son: a) La libertad del individuo es limitada por regla general, en tanto que la libertad del Estado para restringirla es limitada en principio, y b) Complementando el principio anterior: que el poder del Estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencias.

²⁰ De la Cueva, Mario. *Teoría de la Constitución*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1962, p.246.

²¹ Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa S.A. México, 1966, pp. 20 y 21.

Por su parte, el célebre Constitucionalista, **Ignacio Burgos Orihuela**, afirma la existencia de dos tipos de Constitución: la real o teleológica y la jurídico-positiva; explicando lo siguiente: "...nos atrevemos a sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre dicho concepto (Constitución), pueden subsumirse en dos tipos genéricos que son: la Constitución real, ontológica, social y deontológica, por una parte y por la otra, la jurídico-positiva. El primer tipo se aplica en el ser y modo de ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico, presentando a su vez, diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (elemento ontológico); así como en el desideratum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico, o querer ser). Este tipo de Constitución se da en la vida misma de un pueblo como conditio sine qua non de su identidad (constitución real), así como en su propia finalidad (constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica...". Continuando con su argumentación, el jurista mexicano señala: "...por lo que concierne a lo que hemos llamado "Constitución teleológica", ésta no tiene una dimensión ontológica como ser y modo de ser de un pueblo, sino que denota el conjunto de aspiraciones o fines que a éste se adscriben en sus diferentes aspectos vitales, implicando su querer ser... Desde este punto de vista, la Constitución teleológica responde a lo que el pueblo "quiere" y "debe" ser o a lo que se "quiere que el pueblo sea" o "deba ser". Este "quiere" y "deber" ser, no entrañan meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan los factores reales de poder...".²²

Así, la Constitución jurídico-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básica y suprema, cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real o la teleológica.

Continuando con el tema, **Jorge Xifra Mera** describe que la mayoría de los tratadistas en Derecho Constitucional, en lugar de ofrecer un concepto único de Constitución, suelen adjetivarla para referirse a una pluralidad de acepciones. Así, **Blacasentí** distingue los siguientes tipos de Constitución: *institucional, substancial, formal, instrumental, histórica y material*; en tanto que **Palmerín** adiciona un elemento dinámico. Igualmente la distinción realizada por **Mauricio** entre *Constitución Social* y *Constitución Política*, resulta clásica. Por su parte, **Sáez** distingue cinco conceptos de Constitución, dos sociológicos, dos jurídicos y uno formal. En tanto que **Friedrich** enumera, como más importantes, seis conceptos de Constitución: *filosófico o totalitario* (todo el estado de cosas de una ciudad), *estructural* (organización real de gobierno), *jurídico* (normas jurídicas generales que reflejan una concepción general de la vida), *documental* (constitución escrita), *de procedimiento* (que supone un procedimiento democrático de reforma) y *funcional* (proceso mediante el cual se limita efectivamente la acción gubernamental).²³

Referido todo lo anterior, tal y como se ha señalado, vemos que no existe una uniformidad conceptual por parte de los principales tratadistas en la materia, sin embargo a idea de recoger una definición, entendemos a la Constitución como aquel documento que contiene un conjunto de valores, de situaciones, de realidades, de carácter político, social, educativo, cultural, económico, así como los sentimientos de un

²² Burgos Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1973. p.24.

²³ Citados por Burgos Orihuela, Ignacio, ob. cit. p.365.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pueblo; el conjunto de normas supremas que van a regir los destinos de una nación, y desde luego, que va a contener principios que rigen la estructura del Estado, su organización su competencia, sus atribuciones, los derechos humanos, las garantías económicas y sociales del ser humano y el procedimiento y el órgano que modificará, reformará o adicionará a la ley suprema.

Por lo anterior, hemos de coincidir en conceptualizar a la Constitución, como la Ley Fundamental en la organización de un Estado, misma donde se encuentran plasmados sus principios superiores y las normas soberanas que determinan su orientación política, económica y social, normas que tienen la características de ser superiores en su jerarquía, permanentes, escritas, generales y reformables.

1.4. CLASIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo a la doctrina, se explican diversas clasificaciones basadas en distintos criterios, tales como las formas en que se contiene las normas, los mecanismos y ámbitos de modificación, las formas y sistemas de gobierno, la organización de los poderes públicos, el origen de su creación, la regulación de la actividad política, la naturaleza de su ideología, las características de los procedimientos del control de la validez, la novedad o falta de originalidad de sus principios, entre otros.

Así tenemos las siguientes clasificaciones: A partir de la diferenciación que se hizo de la Constitución que rige el orden normativo de un sistema de derecho escrito y de la que lo hace en uno consuetudinario, surgieron las tradicionales clasificaciones que las califican como escritas y consuetudinarias, y rígidas y flexibles. Ambas deben su celebridad a *James Bryce*; la primera, por las críticas que le dirigió, y la segunda, por haber sido su autor.

Escritas y consuetudinarias. Esta clasificación deriva de la manera en que se manifiestan los principios fundamentales de un Estado. Son escritas las contenidas en un documento formal y solemne que se reconoce como Ley Suprema, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917. En tanto que son consuetudinarias aquellas que se contienen en diversos documentos, costumbres y precedentes jurisdiccionales que determinan la base de la producción normativa del sistema jurídico y contienen expresiones ideológicas definitorias de la organización del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.

Por otra parte, como también observamos en los sistemas consuetudinarios, no todas las normas son costumbres, encontrándose algunos documentos, por lo que existen leyes, actas, cartas, estatutos e instrumentos fundamentales que se contienen en diversos documentos de naturaleza forma y solemne. Basta recordar el significado que tienen en Inglaterra los siguientes documentos: la Carta Magna de 1215; la Gran Carta de Enrique III; el Agreement of the People, de 1647; el Instrument of Government de Cromwell, de 1654; el Bill of Rights, de 1688; el Habeas Habeas Act, de 1679; el Act of Settlement, de 1700, el Acta de Reforma de 1832; y el Acta de Representación del Pueblo, de 1928.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Rígidas y flexibles. Esta clasificación parte de los criterios que operan en la reforma, enmiendas y adiciones de la Constitución. Se entiende que una Constitución es rígida cuando para ser modificada, enmendada o adicionada, se desarrolla un procedimiento que contiene un mayor grado de dificultad que el procedimiento legislativo ordinario; y se considera flexible cuando el procedimiento para su modificación representa el mismo grado de dificultad que la de aquella. Así, si el procedimiento legislativo ordinario establece que un código penal podrá ser aprobado por el sistema de mayoría simple, esto es, con más del 50% de los votos de los legisladores, y la Constitución señala como requisito para ser reformada que la aprobación sea por las dos terceras partes de los votos de los legisladores.

Por lo anterior, la Constitución es rígida; en tanto que, si para esa reforma se establece el mismo requisito que para la aprobación de una ley ordinaria (más del 50% de los votos) estaremos frente a una Constitución flexible.

Lo que no resuelve esta clasificación, es el problema que representa una Constitución consuetudinaria en donde las modificaciones son paulatinas y sin procedimiento específico alguno, lo que las haría las más rígidas por el primer atributo, pero al propio tiempo, las más flexibles si atendemos al segundo. Tampoco explica la calificación que amerita una Constitución escrita que no contenga un procedimiento para su reforma, enmienda o adición. En este caso podría concluirse que es la más rígida por estimarse inmodificable, pero, también sería válido afirmar que es la más flexible porque al no existir un procedimiento de revisión constitucional cualquier órgano del Estado podría enmendarla o modificarla.

Concluyendo, resulta que ésta clasificación resulta más teórica que práctica, considerando que no es suficiente para determinar la rigidez de una Constitución, el hecho que en su modificación tenga que recurrirse a un Órgano Legislativo reforzado o diferente.

Así, el criterio para esta calificación puede encontrarse en la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta.

A su vez, otros tratadistas han realizado diversas clasificaciones:

Así, tenemos a **Germán Bidadart Campos**, quien concibe los siguientes tipos de Constitución: a) *Escrita o codificada*; b) *No escrita o dispersa*; c) *Según la forma de codificación*; d) *Material o real*; e) *Rígida*; f) *Flexible*; g) *Pétreo o irreformable*; h) *Otorgada*, cuando es establecida por los gobernantes; i) *Pactada*, cuando es producto de la concertación entre gobernantes y gobernados; j) *Impuesta*, cuando la crea el poder constituyente.²⁴

Reiterando con este autor, tenemos que **Karl Loewenstein**, distingue los siguientes tipos: a) *Normativas, nominales y semánticas*, según sea observada, poco observada o inobservada. b) *Derivadas y originales*, si consagran principios de otras constituciones o no lo hacen. c) *Ideológico-programáticas y utilitarias*, con lo que se

²⁴ Bidadart Campos, Germán. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Argentina. Buenos Aires, 1975. p.31.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

quiere diferenciar aquellos contenidos constitucionales acentuadamente ideológicos, de otros de naturaleza técnica que diseñan programas gubernamentales a desarrollar.²⁵

En tanto *Wheare*, percibe las siguientes variedades: a) *Equivalentes o superiores al órgano legislativo*, según que puedan o no ser modificadas por ese órgano. b) *Federales o unitarias*, refiriéndose a la forma de estado. c) *Parlamentarias o presidenciales*, según se consagre el sistema de gobierno. d) *Republicanas o monárquicas*, en función de la forma.²⁶

Por su parte *Pablo Lucas Verdú*, explica los siguientes tipos de Constitución: a) *Consuetudinaria y escrita*; b) *Breves y extensas*; c) *Otorgadas, pactadas e impuestas*; y d) *Flexibles y rígidas*.²⁷

Asimismo *Segundo Linares Quintana*, determina la siguiente clasificación: a) *Codificadas y dispersas*. b) *Rígidas, flexibles o con cláusulas pétreas*. c) *Constitución, carta y pacto*.²⁸

Por último, dentro de los tratadistas nacionales, y reiterando los trabajos de *Carpiño Mc. Gregor*, tenemos que el connotado tratadista, hace la siguiente clasificación: a) *Democráticas*; b) *Cuasi-democráticas*. c) *Democráticas populares* y d) *No democráticas*.²⁹

Referido lo anterior, hemos de decir que en sus propios intentos por definir a la Constitución, muchos autores vienen sus características más notables; resumiendo que las anteriores clasificaciones, en parte políticas y en parte legales, y aún cuando se intenta determinar la clase a la que pertenece la Constitución de un Estado determinado, los criterios legales generales que deben aplicarse de pronto no parecen claros ni definidos.

1.5. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Una vez referida su evolución histórica, su idea jurídica, sus conceptos y clasificación; a continuación citaremos las características que la mayoría de los estudiosos han coincidido en citar, refiriéndose a nuestra Constitución Mexicana:

a) *Suprema*. Toda Constitución por el hecho de serlo, gozan del atributo de ser supremas, lo que significa que esta por encima de toda norma jurídica, esto es, que cualquier otra le resulta inferior.

Dicho principio se establece de manera expresa en el artículo 133 que en lo conducente establece: "...esta Constitución... será la Ley Suprema de toda la Unión..."; lo cual queda reiterado en el artículo 40: "...pero unidos en una Federación

²⁵ Ob. Cit. *Lewenstein Karl*, p. 206.

²⁶ Citado por *Carpiño Mc. Gregor*, Jorge, en *Modern Constitutions*, Londres, 1906, pp. 16 y 22.

²⁷ *Lucas Verdú*, Pablo. *Curso de Derecho Político*, Madrid, 1974. V. II, p. 431.

²⁸ *Linares Quintana*, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, 1958. T. II, p. 94.

²⁹ Ob. Cit. *Burgos Oribe*, p. 417.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

establecida según los principios de esa ley fundamental..."; así como del artículo 41: "...en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal...".

En vía de impugnación, existen diversas figuras, tales como el Amparo, que se limita principalmente a garantías individuales y sociales; la Controversia Constitucional, y la Acción de Inconstitucionalidad. El atributo de ser superior, se impone tanto a particulares como a los órganos de autoridad.

b) General. Significa que la Constitución rige para todos y en todo el territorio nacional, y que nada queda fuera de su función normativa. Algo distinto ocurre si hablamos de las Constituciones particulares de los Estados; ya que estas solo rigen dentro de la entidad que las ha emitido. A su vez, dicha generalidad no implica que pueda tener alcances extraterritoriales. Dada su naturaleza general, cualquier naturaleza que se le introduzca obliga a los Estados a adecuar sus Constituciones a ésta en forma perentoria.

c) Escrita. Al hablar de Constitución, hemos de aludir a un conjunto de normas contenidas en un texto escrito en español, elaborado y promulgado en 1917 con el título de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Mucho se discute que en forma paralela al texto escrito, existen diversos usos y a costumbres; sin embargo éstos, en ningún caso podrán contradecir al texto constitucional, es decir el texto de 1917, y todas sus reformas.

El texto de la Constitución y sus reformas, mientras no sean cambiados por la vía del artículo 135 son intangibles, no pueden ser alterados por las autoridades ni por los particulares. Ciertamente no existe el delito de alteración del texto constitucional. Por otro lado, si bien pudiera estarse frente a un texto preciso, exacto y fiel, no implica tener que llegar al extremo de considerarlo intangible y púnico. No se trata de un libro sagrado de alguna religión, donde cualquier modificación implica una pena terrenal o ultraterrenal.

Lejos de eso, en el siglo pasado nadie se llevó las manos a la cabeza por el hecho que en ediciones tanto oficiales como privadas se hayan sustituido los términos *existente* y *extranjero*, que aparecían en el texto original de 1857; y si bien se sabe que el texto aprobado por una Asamblea Constituyente pasa por una Comisión Revisora de redacción y estilo, en estricto, dicha Comisión no deberá alterar el principio discutido y aprobado. Así, es común que en diversas ediciones de la Constitución se consigne únicamente el texto aprobado por el Constituyente, eliminando el proemio del Primer Jefe y los nombres de los Constituyentes, lo cual es válido; pero formalmente resultan incompletas, sin embargo dicha omisión tampoco implica su nulidad o que sea apócrifa.

d) Reformable. Todas las Constituciones que han regido al Estado mexicano, han previsto la posibilidad de ser reformadas, sin que haya existido alguna con características de irreformabilidad; sin embargo tenemos la Constitución de 1824 que prohibió durante seis años, cualquier tipo de reforma (artículo 166); en igual sentido la de 1836. A su vez, tenemos casos donde la Constitución ha prohibido reformar ciertas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

partes de su contenido; así por ejemplo, la de 1824 que en su artículo 171 preceptuaba: "...jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y del Acta Constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los supremos poderes de la Federación y de los Estados...". Así hemos de señalar, que dentro de nuestra actual Constitución tenemos casos de flexibilidad, y otros de máxima rigidez.

e) Rígida. La actividad reformadora es una, y puede referirse tanto a la Constitución como a las Leyes ordinarias. Dicha actividad se ha depositado al Órgano Legislativo. El hecho que se exija una mayoría especial en cada Cámara, haciendo partícipes a las Legislaturas de los Estados, son dos precauciones adicionales que han llevado a considerar que nuestra actual Constitución es rígida. Pese a lo anterior, el propio *James Bryce* (autor de la clasificación de la Constitución en rígida y flexible), manifiesta que por el hecho que una Constitución prevea para su modificación un Órgano Legislativo o diferente, no significa necesariamente que sea rígida, sino algo más, como puede ser su relación con las leyes ordinarias y la autoridad que las dicta.³⁰

f) Permanente. La Constitución tiene entre sus principales características la permanencia, esto es, para la eternidad, rige al Estado mexicano sin límite de tiempo. Existen dentro de su contenido, sin embargo, diversas disposiciones que parecieran no contar con esta característica, tales como el paquete hacendario, y algunas disposiciones del Ejecutivo en materia de Salubridad, etc. Pese a lo anterior, hemos de decir, que nuestra Constitución no requiere de ningún documento para su vigencia y no resulta factible alegar su desuso parcial o total.

Importante resulta referir, que al margen de una estricta técnica jurídica, en México reiteradamente se dice que a lo largo de la historia hemos tenido diversas Constituciones; sin embargo, es de afirmarse que solamente hemos tenido una Constitución, esto es, la de 1824, con la que se inició la vida independiente del País, mas allá de lo discutible que pudieran ser sus reformas, de 1836, 1857 y 1917.

Lo anterior, toma asidero jurídico, ponderando que solo ha existido una sola voluntad Constituyente, en la que "el Pueblo" ha actuado a través de sus representantes; aconteciendo que nunca las Constituciones han sustituido a sus predecesoras en términos de una abrogación; ya que únicamente se han derogado las disposiciones que se opongan al nuevo orden normativo. Así tenemos que la Constitución de 1917 deja establecido: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la Constitución del 5 de Febrero de 1857".

Conforme lo arriba expuesto, hemos de concluir señalando, que si bien la Constitución prevé su suspensión temporal, ello no implica que pierda su permanencia como máximo ordenamiento jurídico.

g) Positiva. De los diferentes conceptos de Constitución, en este apartado sólo se considera uno, es decir, el de concepto positivo de Constitución, como obra de una Asamblea. Asamblea que fue convocada *ex profeso* con el carácter de Constituyente; no obstante que se llamara así a una fracción revolucionaria triunfante y

³⁰ Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952. pp. 22 y 25.

prevaliente, impuesta por conducto del Primer Jefe **Venustiano Carranza**, y cuyo documento sigue en vigor hasta nuestros días.

h) Íntegra. En virtud que regula la existencia de todos los órganos de autoridad, tanto federales como locales, estableciendo su funcionamiento y consignando sus facultades y limitaciones. Hablando de una Constitución, no resultaría factible hablar de lagunas, presuponiéndola como un documento total y exento de lagunas o vacíos. Sin embargo, la realidad puede distar un poco de la teoría. Ejemplo de lo anterior, tenemos que nuestra Carta no contempla quien tiene la facultad para calificar una elección extraordinaria de diputado federal. No obstante, debemos entender nuestra Constitución como un todo, esto es desde el proemio y los nombres de los Constituyentes, hasta el último artículo transitorio.

i) Congruente. En teoría el texto constitucional es un todo armónico y congruente; al menos en teoría, todas sus partes están conformadas de manera que nada sobre ni falte, que no se contradigan o neutralicen, sino se complementen adecuadamente. Sin embargo de igual modo tenemos en la práctica, por descuido y falta de técnica legal, se ha atentado contra este principio.

j) Unidad e Identidad. Intimamente relacionada con el punto de permanencia, hemos de decir que la Constitución es única, y esta es la que se formuló desde el tiempo independiente, sin llegar al extremo de considerar la de Cádiz de 1812. Por lo anterior, aunque nuestra Constitución haya sufrido más de 600 reformas fundamentales, trascendentes, superficiales, necesarias e innecesarias, sigue siendo formalmente la misma que elaboró la Asamblea Constituyente de 1917; reformas que al menos en teoría, no debían haber variado la identidad de su objeto, ni su unidad.

En otros sistemas, la Constitución se ha dado en forma paulatina, sucesiva y no siempre en actos deliberados de sus autores, ya que su texto obraba en diversos documentos y precedentes, siendo calificadas de espontáneas.³¹

k) Denominación. Al conjunto de normas fundamentales que regulan la estructura del Estado Mexicano, se le ha designado como Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no obstante a lo largo de su texto se le dan diversas acepciones, tales como Constitución, Ley Fundamental, Constitución Federal; los estudiosos vierten aún más denominaciones, tales como Carta Magna, Carta Fundamental, Ley de leyes, etc.

l) Soberanía. Este término aparece reiteradamente en el texto Constitucional, así por ejemplo el artículo 39, alude a su sentido propio, pero en la actualidad inexistente, referido a alguien inexistente, en el caso el pueblo, que es supremo en lo interior e independiente en lo exterior. Asimismo en los artículos 40 y 103 fracción II, el vocablo toma una connotación impropia, como sinónimo de autonomía, refiriéndose a la competencia o ámbito de acción de los Estados.

Hemos de señalar, que la doctrina al referirse al término soberanía, le ha atribuido una significación no siempre coincidente, cuyo concepto se ha prestado más a la confusión que a la comprensión de las Instituciones Públicas. En igual sentido se

³¹ Ob. Ck. Bryce, James. p. 25.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

discute su contenido pragmático, refiriéndonos a los compromisos internacionales contraídos por el Estado Mexicano, donde no se explica su existencia, al menos en cuanto a su acepción como independencia de lo exterior. Dicho así, podemos señalar que el concepto pareciera seguir siendo válido refiriéndonos a justificar la existencia de una relación sometimiento-obediencia, situación que de igual modo en la práctica no tiene verificativo, tomando en consideración por ejemplo, que el actual gobierno ha reconocido la beligerancia de un grupo rebelde, armado, y entablado negociaciones con él, situación que por mas justificada que lo fuera, no resulta propio de un Estado soberano. No obstante lo anterior, hemos de señalar como al término Soberanía a aquello que es supremo en lo interior e independiente en lo exterior.

En igual sentido, referiremos, que el término Soberanía sin duda se encuentra estrechamente vinculado con el Poder Político, ya que en efecto la Soberanía pretende ser una racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la fuerza en poder legítimo el poder de hecho, en poder de derecho.

Suponer que existe algo que se denomina Soberanía, equivaldría a suponer también que existe un titular de la misma, quien la posee, la ejerce y eventualmente la transmite y puede ser privado de ella. Así —y a reserva de discutir posteriormente esta postura—, por el momento dejaremos asentado, que dentro del sistema mexicano, el titular de la Soberanía, es el Pueblo, quien hizo uso de tal poder al momento que se constituyó en un Estado jurídicamente organizado, expidiendo su Ley Fundamental denominada Constitución, consignando en ella su forma de gobierno, sus poderes públicos, y reservando a los individuos una zona inmune contra la invasión de las autoridades, denominadas garantías individuales.

Así tenemos, que la situación de emitir una Constitución significa para el pueblo que la emite, un acto de autodeterminación. Sin embargo en regímenes como el nuestro, donde no se contempla la apelación directa del pueblo, dicho acto de autodeterminación constituye la única oportunidad en que el titular de la Soberanía la ejerce en toda su pureza e integridad.

Mucho se habla del caso mexicano, donde al menos desde el punto de vista histórico, no se ha dado el presupuesto estadounidense en relación con el titular temporal de la Soberanía, ya que si bien nosotros tomamos como patrón el modelo norteamericano, los hechos en nuestro País se dieron de otra manera, ya que en nuestro sistema la soberanía formal y material lejos de ser ejercida directamente por el Pueblo, ha sido asumida, usurpada y ejercida de manera ordinaria por una fracción armada triunfante, la que impuso a un Constituyente, mismo que actuaría dentro de un criterio de organización previamente fijado, por las cúpulas de las fracciones vencedoras, siendo estas en sí, las que determinarían las formas del estado y gobierno que debían instrumentar las Asambleas Constituyentes, consideradas eufemísticamente soberanas.

Por tanto, sostener que en el caso mexicano el Pueblo ha depositado en forma transitoria su soberanía en una Asamblea Constituyente, es pasar por alto la realidad, ya que ello equivaldría a tomar a los revolucionarios o facciones triunfantes como intérpretes o colectores del auténtico sentir popular, o como representantes de un Pueblo, al que dominaron por medio de las armas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ejemplo de lo anterior, tenemos el caso del Constituyente de 1824, que a pesar de los esfuerzos de *Fray Servando Teresa de Mier*, solo planteó la posibilidad de establecer un gobierno federal; circunstancia similar que ocurrió al Constituyente de 1857. De igual modo, en lo que respecta a la Constitución de 1917, tenemos que la Asamblea Constituyente, únicamente fue convocada para reformar la carta de 1857.

Por tanto, hemos de decir que a criterio del que escribe, el contexto histórico en que han actuado los Constituyentes pone en tela de duda el llamarles Asambleas Soberanas; lo que de manera similar acontece, cuando hablamos de la supremacía de la Constitución, establecida en el artículo 133, de la que al menos en forma teórica nada le es superior. Así tenemos que el Pueblo es el titular de la Soberanía, aunque no la ejerza directamente, al menos de manera formal; aunque la historia niegue ese supuesto.

Obligado resulta referir uno de los yerros mas comentados dentro de nuestra Constitución, que al referirse a los Estados que conforman la Unión Federal, los llama erróneamente soberanos; fórmula que tal y como sabemos resulta inapropiada, siendo mas apropiado el llamarlos Estados autónomos.

Dicho todo lo anterior, diremos sin duda, que el tema de Soberanía es y pudiera seguir siendo un concepto teórico difícil de ubicar y asir, y que lo real y tangible resulta ser el poder.

1.6. DIVISIONES TEMÁTICAS DE LA CONSTITUCIÓN

Así mismo, las divisiones temáticas de la Constitución en cuanto a su contenido, han sido múltiples, sin embargo, entre las más comunes tenemos:

Primera.- La de *derechos humanos*; misma que algunos autores utilizando la teoría teológica, han tenido a bien denominarle *dogmática*. (artículos 1° al 29°). No omitiendo indicar que a lo largo de la Constitución aparecen otros derechos en favor de los individuos. (artículos 129 y 130).

Segunda.- *Parte orgánica*; relativa a la estructura, el funcionamiento y las facultades de los Poderes Centrales y Locales. (artículos 49 a 122).

Tercera.- Es la *Programática*; misma que define la naturaleza y las características del Estado Mexicano. (artículos 39 a 41).

Cuarta.- Denominada la de *Derechos Sociales*. (artículos 27 y 123).

Quinta.- A falta de un título mas apropiado, se ha llamado de *Prevenciones Generales*; comprendiendo un cúmulo extenso de materias de diferente índole, tales como ciudadanía, extranjería, supremacía, reformas y permanencia constitucional.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sexta.- Aunque casi olvidada para muchos, la *normatividad de naturaleza transitoria* -que hizo operante la entrada en vigor de la Constitución de 1917, dispuso la derogación de las normas de 1857 que se le opusieran, y reguló la transición entre una y otra-. En esta sección deben ubicarse los artículos transitorios que acompañan a las reformas que se hacen a la Carta Magna. Es de hacerse notar, que de un tiempo a la fecha esa clase de normas ha adquirido una particular importancia, ya que por medio de estas se inhibe y se excluye.

Expuesto lo anterior, hemos llegado al punto de este trabajo, donde hemos de señalar -aún como una crítica ligera-, que la teoría constitucional continúe clasificando tradicionalmente el contenido de las Constituciones en dos partes; una *dogmática* y otra *orgánica*. La parte dogmática de las normas relativas a los derechos individuales y la orgánica está compuesta por las normas que aluden a la organización del Estado.

Esta distinción se justificaba plenamente en el caso de las primeras Constituciones escritas, que efectivamente presentaban en su composición estos dos tipos de normas de diferente naturaleza. No obstante, el desarrollo del constitucionalismo moderno ha introducido una gran cantidad de temas que se consideran asuntos fundamentales del Estado y por ello tiene un rango normativo constitucional.

En el campo de los derechos de las personas se aprecia un movimiento progresivo, iniciado en torno a los derechos esenciales del individuo, que deben ser respetados por el Estado -los cuales aparecen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en las primeras diez enmiendas de la Constitución norteamericana- para avanzar después hacia la protección de derechos que se adquirieron por pertenecer a grupos específicos, como los derechos del trabajador, los derechos de los campesinos, los de miembros pertenecientes a minorías étnicas. El siguiente paso ha sido la protección de los derechos como la salud, la educación, la vivienda digna o el medio ambiente sano.

Como vemos, el contenido de la parte dogmática, que en un principio pretendía frenar al Estado, a fin de que no incurriera en abusos en contra del individuo, se planteó después formas de protección en las que el Estado debía intervenir para regular las condiciones desiguales en las relaciones entre diversos grupos de la sociedad e incluso, con posterioridad, le asignó al poder público acciones positivas que hicieran posible la protección de derechos sociales, como los referentes a la educación o a la salud, para lo cual en lugar de abstenerse, el Estado está obligado a actuar.

Así, consideramos que es evidente que la distinción entre parte orgánica y parte dogmática no puede partir de un criterio formalista, según el cual deba uno atenerse al lugar del texto en que el Constituyente incluyó determinada norma. Por ejemplo, con una visión equivocada el constitucionalismo mexicano ha considerado sólo como parte dogmática el contenido de los primeros 29 artículos que constituyen el capítulo de las garantías individuales, y a todo el resto le ha atribuido el carácter de parte orgánica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si algún sentido ha de tener esta clasificación, debe ser el de orientarse por una concepción de fondo. Así, las normas dogmáticas se identifican por referirse a principios fundamentales o a la declaración de derechos concretos referidos a personas o grupos, ya que ése es el sentido de la palabra dogmática: conjunto de normas o principios de una doctrina. En cambio, la parte orgánica se refiere a la organización y, por extensión, al funcionamiento de los órganos del Estado.

Desde este punto de vista, el artículo 123 de la Constitución mexicana debe considerarse como integrante de la parte dogmática, aunque no esté en el capítulo de las garantías individuales, e igualmente dogmáticos serán los preceptos en los que se declara la soberanía popular, la división de poderes o el carácter democrático, representativo y federal del Estado mexicano, así como los principios que orientan a éste en materia económica incluidos en los artículos 25 a 28, que sí están formalmente dentro de la parte dogmática.

Por otro lado, es claro que la llamada formalmente parte dogmática restringida a los primeros 29 artículos no incluye solamente garantías individuales, sino también principios básicos en materia educativa o económica, es decir, dogmas entendidos como "fundamentos o puntos capitales de todo sistema".

Dos cosas quedan evidenciadas después de lo ahora expuesto:

El concepto de parte dogmática no es equivalente a capítulo de garantías individuales, ni la parte orgánica es todo lo que no está en los primeros 29 artículos, ya que existen disposiciones dogmáticas dispersas por todo el articulado. Además hay algunos preceptos orgánicos en el capítulo denominado "De las garantías individuales"; por ejemplo, la fracción VIII del artículo 3°. Que se refiere a la facultad del Congreso de la Unión para dictar leyes en materia educativa. 2°. La separación conceptual entre parte orgánica y parte dogmática es ya insuficiente, poco clara y casi inútil para explicar el contenido de las Constituciones contemporáneas.

Así lo ha entendido el constitucionalismo alemán que optó por ampliar la clasificación de las normas constitucionales según su contenido material. Siguiendo esa tendencia el español *Rubio Llárens* distingue los siguientes tipos de normas: a).- derechos fundamentales; b).- garantías institucionales; c).- mandatos al legislador, y d).- principios fundamentales y fines del Estado. A esta tipología *Fernández Segado* añade: e).- normas orgánicas y f).- normas atributivas de competencia.

Los derechos fundamentales se identifican con los tradicionales derechos individuales. Las garantías institucionales salvaguardan la esencia de una determinada institución. En México, por ejemplo, el municipio libre, los mandatos al legislador son órdenes para el Poder Constituyente impone al Poder Legislativo ordinario para que legisle en determinadas materias. Los principios fundamentales del orden jurídico político son, por ejemplo, los que describen las características del Estado como democrático, representativo, etcétera, si bien son declaraciones generales, tiene un valor interpretativo, lo mismo que los preceptos que señalan fines del Estado también llamados normas programáticas. En la Constitución española, por ejemplo, hay un capítulo referido a los principios rectores de la política social y económica; aunque en la Constitución mexicana no están sistematizados, también encontramos estos principios en artículos como el 3°, 4°, 25, 26, 27 y 28. Las normas orgánicas describen la integración

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de los órganos del Estado y las interrelaciones que existen entre ellos, y las normas atributivas de competencia señalan las facultades que existen entre ellos, y las normas atributivas de competencia señalan las facultades que se asignan a dichos órganos.

1.7. TIPOLOGÍAS DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Los tipos de normas a los que aluden los autores españoles citados en el apartado anterior, constituyen un avance teórico que nos permite distinguir entre diversas clases de preceptos constitucionales, a fin de entender de mejor manera el contenido de las Constituciones actuales.

Aplicando una metodología similar podemos realizar un análisis del texto constitucional mexicano y elaborar una tipología aún más amplia que nos permitiría efectuar una clasificación que abarca los siguientes tipos de normas constitucionales:

1.- Normas esenciales: regulan la forma de Estado y la forma de gobierno. En ellas el Constituyente declara cuál es la esencial del Estado en sus aspectos económico, social, político e ideológico.

2.- Normas orgánicas: Fijan la estructura de los órganos de gobierno. Aquí consideramos las normas relativas a la configuración de los órganos establecidos en la Constitución. Por ejemplo, la existencia de un Poder Legislativo unicameral o bicameral, la forma como se compone el Poder Judicial, el reconocimiento o no de un Poder electoral, etcétera. También no incluyen las normas que regulan los procedimientos en el interior de los órganos, las relaciones entre éstos y los requisitos para su integración.

3.- Normas electorales: Son las reglas básicas para la formación de los órganos de gobierno y para la transmisión del poder. Quedan aquí inmersas las disposiciones en materia electoral, muchas de ellas incluso de rango legal ordinario. Veamos un ejemplo: el texto constitucional señala que la elección del presidente de la República será directa y en los términos que disponga la ley electoral. El único requisito constitucional para esta elección es que sea directa, lo cual quiere decir que el presidente surgirá de la votación emitida por el pueblo en las urnas directamente y sin ningún intermediario. Esto implica la no participación de electores intermedios, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, no expresa si se requerirá un tipo específico de mayoría para declarar electo al presidente, como ocurre en algunas otras Constituciones —el caso de Francia— donde para elegir al presidente se requiere de una mayoría absoluta y si hay varios candidatos y en una primera vuelta ninguno logra dicha mayoría, se tiene que recurrir a una segunda vuelta en la que sólo participan los dos que hubiesen obtenido la mayor votación. Salta a la vista el hecho de que la decisión sobre si la mayoría que debe apoyar la gestión presidencial es meramente mayoría relativa

4.- Normas competenciales: Son las que atribuyen facultades a los órganos de gobierno. Caben aquí todas las disposiciones en las que se fijan las atribuciones que corresponden a los diferentes órganos establecidos en la Constitución: éstos están limitados al ejercicio estricto de dichas facultades, y no pueden hacer nada

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que no les esté expresamente conferido. Aunque este principio no esté contenido de manera formal en el texto constitucional, sabemos que es un presupuesto básico del constitucionalismo moderno; podríamos decir que es una norma constitucional consuetudinaria.

Por otro lado, la limitación estricta de facultades a los órganos de gobierno no debe llevarse a extremos que dificulten o incluso paralicen su acción. Es evidente que hay un margen razonable de lo que se denominan facultades implícitas, que son aquellas indispensables para hacer posible el ejercicio de las explícitas y que, en algunos casos, es necesario extender una facultad para cumplir con el principio constitucional que le dio origen.

Una interpretación demasiado restrictiva de la limitación de facultades, puede llevar a soluciones absurdas. Por ejemplo, la oposición que se dio en ciertos círculos jurídicos de nuestro país a la posibilidad de facultar al Ministerio Público para que concediera libertades bajo caución en determinados casos. Dicha facultad se manifestaban en la ley correspondiente sin que existiese una atribución específica en el texto constitucional. El razonamiento constitucionalista correcto partía del supuesto de que la obtención de la libertad bajo caución es una garantía individual que la ley no puede limitar más allá de los requisitos que la Constitución señale, pero si puede ampliarla, y si la autoridad ante quien se encuentra detenida la persona era el Ministerio Público y no el juez, resultaba congruente con el espíritu constitucional y con un principio de economía procesal a favor de la libertad individual, el facultar por ley al Ministerio Público para otorgar dicha libertad sin necesidad de una reforma constitucional. Finalmente se aceptó este criterio, pero la resistencia surgida de un formalismo intransigente muestra las dificultades a las que se ha enfrentado la evolución constitucional por vías distintas a la reforma legislativa formal.

5.- Normas controladoras de la función pública: Regulan las responsabilidades de los servidores públicos. Este es un grupo de normas de naturaleza especial que constituyen el correlato de la limitación de atribuciones a las autoridades constituidas, dado que tienden a garantizar que se exija una responsabilidad al funcionario que transgrede dichas limitaciones. En nuestra Constitución se establecen en el título cuarto, artículo 108 y siguientes, pero otras pueden ser encontradas en distintos lugares, por ejemplo, el artículo 62; el 63, párrafo cuarto; el 64 y el 93, párrafos segundo y tercero, contienen este tipo de normas.

6.- Garantías individuales: Son las normas que establecen límites a la acción del gobierno frente a los gobernados, también llamadas derechos públicos subjetivos o derechos fundamentales. Se caracterizan por obligar a los órganos constitucionales a no interferir ciertas acciones derivadas de la libertad humana más que en los casos expresamente permitidos y con las condiciones y requisitos fijados al respecto.

7.- Garantías grupales: Son normas que regulan derechos de los miembros de determinados grupos sociales. Ya indicamos que la evolución constitucional llevó a fijar normas del más alto rango para proteger los derechos de personas que quedaban en condiciones desiguales frente a otros grupos sociales; por ejemplo, los trabajadores frente a los patronos o los campesinos frente a los hacendados, y en nuestro país más recientemente, los indígenas frente a mestizos y criollos que pretenden

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

imponerles usos y costumbres. En los dos primeros casos fue México un importante precursor en la consagración de tales derechos al incluirlos por primera vez en su texto constitucional de 1917. La naturaleza de estas normas consisten en limitar el libre juego de factores económicos o compensar las desigualdades sociales existentes, fijando condiciones a las que no puedan renunciar los miembros de esos grupos y que deben cumplirse por mandato legal.

8.- Garantías sociales: Estas normas establecen los derechos de las personas por el solo hecho de ser miembros de la sociedad. Aunque algunos autores se han referido a las garantías clasistas o grupales reseñadas en el punto anterior, como derechos sociales, es más propio reservar esta denominación para las normas a las que ahora nos referimos, ya que son derechos que el Estado debe garantizar a todos los miembros de la sociedad por el solo hecho de pertenecer a ésta, independientemente del grupo o clase social en la que se encuentre. Entre estos derechos aparece el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda digna, al medio ambiente sano o al trabajo socialmente útil. Es evidente que estos derechos se encuentran en una dimensión de carácter declarativo a modo de fines programáticos a los que el Estado desea llegar, pero en la práctica no son exigibles jurídicamente. No obstante, deben servir como guías interpretativas para calificar la acción del gobierno y, en su caso, tomar las medidas legales o jurisdiccionales que tiendan a la consecución efectiva de dichas finalidades.

9.- Normas territoriales: Regulan la extensión física del poder del Estado. En ellas se fijan la extensión y límites del territorio nacional y la manera como éste se divide. Dentro de este grupo de normas encontramos también preceptos constitucionales que pueden quedar fuera del texto expreso de la Constitución, principalmente los tratados de límites y aguas, que son normas territoriales fundamentales, y por lo tanto derecho constitucional derivado de pactos con otros Estados soberanos.

10.- Normas poblacionales: Rigen los vínculos entre el Estado y los seres humanos que se encuentran en su territorio. Aquí tenemos otro caso de normas que muy difícilmente encuadrarían en la clásica distinción dual entre parte dogmática y parte orgánica. Empero, estas normas definen cuestiones tan importantes, como quién es nacional y quién es extranjero; quien tiene derechos políticos con carácter de ciudadano y quien es extranjero, quien tiene derechos políticos con carácter de ciudadano y quién no los tiene y cuáles son los derechos y obligaciones de los nacionales y de los ciudadanos en relación con la comunidad política a la que pertenecen.

11.- Normas económicas: Fijan las bases de la actividad económica. Éstas constituyen lo que se ha dado en llamar el capítulo económico de las Constituciones contemporáneas, el cual hubiera parecido una aberración a los constitucionalistas del siglo XVIII. Estos preceptos definen los fundamentos de la organización económica del Estado, como los relativos al régimen legal de la propiedad, a las actividades económicas reservadas a la organización estatal, funciones como la emisión de billetes, los monopolios permitidos, condiciones para la inversión extranjera y otros asuntos similares.

12.- Normas funcionales: Señalan las bases de las funciones encargadas al Estado. De las normas que fijan derechos sociales surge un conjunto de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

actividades que el Estado debe efectuar, y en las Constituciones se fijan los puntos básicos para el desarrollo de las mismas. Entre este tipo de normas tenemos el artículo 3º. Relativo a la educación; el artículo 4º. En su referencia a la salud, el relación con el artículo 73º, fracción XVI; el artículo 27, en sus alusiones al desarrollo urbano y a la ecología, por citar algunos.

13.- Normas internacionales: Determinan los principios que rigen las relaciones con otros estados. Estas normas podrían considerarse genéricamente como dogmáticas, y fijan los principios fundamentales de la política exterior; por ejemplo, la fracción X del artículo 89, pero también el artículo 15, que contiene una garantía individual y da una norma básica para los tratados internacionales en materia de extradición.

14.- Normas procesales: Establecen métodos para la solución de conflictos entre órganos del Estado. Podría hablarse aquí de derecho procesal constitucional, que comprende los métodos para resolver diferencias entre órganos constitucionales; por ejemplo, el artículo 105, el Artículo 103 y el 73, fracción IV.

15.- Garantías institucionales: Es el derecho constitucional español se consideran estas normas las relativas a las autonomías locales. En México podemos sostener que la preservación del municipio libre, de la autonomía universitaria y de la familia, entran dentro de este tipo de normas.

16.- Disposiciones gubernativas regionales: Son las normas que rigen la distribución territorial del poder. Se consideran aquí las relativas a las diversas formas en que se ejerce el poder en las distintas unidades territoriales del Estado, sea éste central o federal. En nuestro caso, dado nuestro régimen federal, podríamos denominarlas normas federativas.

17.- Normas autoprotectoras: Garantizan la preservación y supremacía de la Constitución. Éstas tienden a garantizar al respecto al código constitucional como norma suprema. Se incluye aquí lo relativo al juicio de amparo, los medios de impugnación de reglas generales, por considerarse inconstitucionales (artículo 105) e inclusive las disposiciones relativas a aspectos de excepción, cuya finalidad última es mantener el sistema constitucional. En nuestro país es el caso del artículo 29. Una norma de este tipo es el artículo 136.

18.- Normas modificatorias: Son las reglas para modificar la Constitución. Las Constituciones escritas suelen contener un método para su modificación más difícil que el que se aplica para expedir la legislación ordinaria. Las normas que a ello se refieren tienden a conciliar la necesidad de adaptación constante de los textos constitucionales a la realidad, sin necesidad de que se rompa el orden jurídico; de ahí que se establezca un procedimiento con la intervención de diversos órganos y el cumplimiento de ciertas formalidades para cambiar los preceptos constitucionales. En ciertos casos se considera que algunas normas, aun dentro de la propia Constitución, tienen un carácter fundamentalismo, y su procedimiento de reforma se hace aún más complicado o se exige la participación de la voluntad popular mediante un referéndum. En algunos otros sistemas cualquier cambio constitucional por vía legislativa tiene que ser

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ratificado mediante referéndum para entrar en vigor. En nuestro país no contamos con esta institución democrática.

1.8. LA CONSTITUCIÓN EN SUS DIVERSOS SENTIDOS.

A continuación expondremos, que la Constitución puede ser analizada desde diversas ópticas, como pueden ser la jurídica, entendiéndola como norma jurídica, norma constituyente o constituida, y como norma organizadora del Estado.

Como norma jurídica. Entendiendo a la norma jurídica como la hipótesis de conducta humana y todo hecho o circunstancias relacionado con aquella; podemos señalar que esta hipótesis es un mandato, esto es: la expresión jurídica del poder político que siempre restringe las posibilidades de la conducta del hombre al establecer prescripciones, declaraciones o manifestaciones relativas a su comportamiento. En tal sentido, la norma jurídica tiene entre sus características fundamentales la de coercitividad; lo que significa que si la voluntad dominada por la norma (a la que se refiere la hipótesis de conducta) no se comporta en los términos del mandato, dicha conducta es sancionada.

Traspolando lo anterior, al ámbito Constitucional, tenemos la expresión contenida en el artículo 40 Constitucional que a la letra dice: "*Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República democrática, representativa y federal*". Así, vemos que como norma jurídica, el anterior precepto constitucional contempla diversas hipótesis relacionadas con las conductas humanas: la que se refiere a la voluntad del pueblo, al deseo de organizarse jurídica y políticamente como una República; la que atiende al mismo deseo del pueblo de que esa República sea Federal y no Centralista; y aquella que implica la democracia representativa como forma de gobierno.

Sin embargo, no sólo son las hipótesis de conducta las que caracterizan a la norma jurídica, sino también su naturaleza de mandato. Esto es, el mecanismo de una voluntad que obliga a todas las demás voluntades a respetar la forma de gobierno; de ahí el carácter imperativo de la disposición; por lo que si alguien atentara contra esa norma, se le implicarían las sanciones preestablecidas para su cumplimiento y observancia.

Por otro lado, vemos que en la dinámica normativa, los sistemas jurídicos se integran con normas de diferentes rangos y distintos contenidos. Sin embargo, por la finalidad y existencia de cada una, es viable distinguir dos categorías: la norma constituyente y las normas constituidas.

Como norma constituyente. Amén que este tema será ampliamente abordado dentro del capítulo subsiguiente, someramente podemos decir, que la norma constituyente es la que inicia el "*deber ser*", entendiéndola como la primera norma y, por lo mismo, no es precedida por otra. En este atributo reside su cualidad constituyente porque una vez establecida inicia y desarrolla el orden normativo, al momento que crea los órganos de producción normativa delimitando sus competencias.

Así, la finalidad de la norma constituyente es su aplicación porque no existe para aplicar a ninguna otra.

Conforme lo anterior, la norma constituyente tiene validez jurídica sólo en la medida en que alcanza positividad en las normas inferiores; por lo que su validez depende de las circunstancias de su aplicación. La consecuencia de este principio es obvia: en el instante en que se expide una norma constituyente no tiene validez jurídica porque carece de aplicación, ya cuando se establecen y funcionan los órganos que crea y se producen las leyes, los reglamentos, los decretos, las sentencias y los laudos, es cuando la Constitución adquiere validez jurídica, por lo que será "más válida" en la medida en que se aplique con mayor intensidad.

Como norma constituida. No obstante que este tema también será abordado más adelante, a manera de panorama, podemos ir diciendo, que la norma constituida se integra con el resto de los mandatos que forman el sistema jurídico; por lo cual, es norma constituida toda la que no sea constituyente: las leyes, los decretos, los reglamentos, las sentencias y los laudos.

Se llaman constituidas porque su creación se debe a la norma constituyente. Su finalidad no es positivizarse en las normas inferiores como sucede con la primera norma; existen para aplicar ésta, o sea, la constituyente.

Validez de la norma constituyente y de la norma constituida. La validez de una norma constituida depende de la aplicación de la norma superior. Así, la validez de todas las normas constituidas se logra si se positiviza la norma constituyente, con lo cual ésta alcanza su propia validez jurídica. En el anterior entendido, una Constitución carece de validez cuando esta no es aplicada por las normas constituidas. Un ejemplo muy cercano de Constitución sin validez jurídica, puede ser el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, comúnmente conocido como Constitución de Apatzingán, de 1814, el cual fue expedido por un grupo de mexicanos, pero nunca se aplicó en virtud que sus contenidos normativos nunca fueron desarrollados por normas constituidas; esto es, existió la Constitución, pero al no desarrollarse en el orden normativo, jamás adquirió validez jurídica.

Como norma organizadora del Estado. En cada sociedad, el contenido normativo es determinado por los valores sociales y políticos predominantes que son síntesis de la dinámica donde los grupos más vigorosos hacen prevalecer sus intereses e ideologías. A este fenómeno se debe que una sociedad donde resaltan los valores religiosos impulsados por los grupos sociales más vigorosos, políticamente se represente esto en una organización teocrática, donde el sistema jurídico, necesariamente, estará orientado hacia esta ideología. De igual modo, si los grupos más vigorosos pugnan por una ideología liberal-individualista, entonces, la estructura política y jurídica responderá a esas características; en tanto que si se opta por un sistema donde no se permita la propiedad privada de los medios de producción, la respuesta de la política y del derecho será en la conformación de un Estado y un sistema jurídico de corte Marxista. Así, el examen de los órdenes normativos permite observar que es variable el contenido ideológico de las normas que integran cada uno.

En el caso de la norma constituyente, resulta aún más acentuado su contenido ideológico, dado que una de sus principales características, es la de establecer

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los principios políticos de la sociedad en que se produce; en tanto que las normas constituidas, al cumplir su función de positivizar a la norma constituyente, participan en menor medida del contenido político de aquellas.

Dicho lo anterior, vemos que la relación entre la normatividad y la realidad permite explicar las causas de eficacia o ineficacia de un sistema jurídico; siendo éste más eficaz, en tanto la norma constituyente se positiviza; lo cual se explica de manera simple en el campo jurídico, sin embargo, siempre será necesario tomar en cuenta los factores culturales de la población, sobre todo los valores sociales predominantes, así como los nexos que guardan con el contenido normativo del sistema. Así, vemos que en los Estados donde los valores sociales y políticos predominantes responden a lo que "quiere" el mayor número de individuos y de grupos, el orden normativo dispondrá de mayor eficacia; en tanto que cuando esos valores son producto del "querer" de un reducido número de personas o de grupos, no habrá eficacia o existirá en menor grado, en virtud que la población no tendrá interés en que se aplique un contenido ideológico con el que no se identifica.

No obstante lo arriba señalado, resulta importante no perder de vista que, a fin de cuentas, quien produce la norma constituyente y las constituidas, así como quien logra su validez y quien participa en el proceso de positivización, es la población; seres humanos concretos que formulan juicios de valor sobre las ideas políticas y sobre el contenido de sus normas jurídicas; empero, este tema será abordado más ampliamente en el siguiente capítulo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 2

**EL PODER CONSTITUYENTE
Y LOS PODERES CONSTITUIDOS**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO 2.

EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL PODER

La mayoría de los tratadistas consideran al Poder, como el objeto y el fin de una Constitución; considerándole como un todo, como una universalidad que comprende todos los vínculos de denominación. Así, tenemos que en términos generales, la Constitución legaliza, sanciona, regula o prevé toda clase de dominación trascendente o importante, de manera preferente, norma el poder político; determina quien manda y quien obedece, establece los términos, condiciones, límites personales, territoriales y temporales de su ejercicio y de la obediencia de los particulares.

La Constitución desarrolla y regula preferentemente el Poder Político, pero no deja de hacerlo respecto a las otras formas en que se manifiesta, tales como el económico, social y religioso, tendiendo a neutralizarlos y a determinar su sometimiento al político. En igual sentido, las leyes que derivan de la Constitución, están encaminadas preferentemente a permitir el ejercicio del poder político y a sancionar a quienes cuestionen su titularidad, la forma y los términos en que se ejerce.

Dentro de este apartado, nos referiremos al poder en su doble acepción, la real, que tiene que ver con el dominio en sí, como se ha manifestado; y en su aspecto teórico, que es al que se alude, regula y desarrolla la Constitución; pasando por alto el mundo del *deber ser* y de la moral.

En este sentido, *Maquiavelo* escribía: *"...mas por ser mi intención escribir cosas utiles para quien las entiende, me ha parecido más conveniente ir directamente a la verdad efectiva de las cosas que a la representación imaginaria de ellas. Y muchos han imaginado repúblicas y principados que jamás se han visto y conocido en la realidad, porque es tanta la distancia de cómo se vive, a cómo se debería vivir, que aquel que deja lo que hace por lo que debería hacer, conoce más pronto su ruina que su preservación..."*¹

Así las cosas, resulta que la realidad es la que determina la estructura del poder y no los buenos pensamientos; apuntando que en el caso mexicano, su naturaleza, forma, ejercicio, transmisión y pérdida, ha rayado casi en el absurdo.

Definición

Conviene decir que el término Poder, es equívoco: abarca dos acepciones radicalmente distintas: el control de la naturaleza y el control del hombre. Aquél, es un mero control intelectual.² Sin embargo, de las diversas significaciones, se

¹ Machiaveli, Nicolás, *De Principibus*. Editorial Trilce, México, cap. XV, pp. 3 y 5.

² Neumann, Franz. *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1966. p. 87.

le tiene como la existencia de una fuerza para dominar. Así vemos, que el sentido que considera la Constitución Mexicana, resulta un sinónimo de autoridad, que actúa manda, ordena y sanciona el ejercicio de facultades o atribuciones, teóricamente limitadas, redundando a fin de cuentas en una forma de dominación política.

A continuación, referiremos cómo diversos teóricos, esgrimen diversos conceptos respecto al Poder:

Para Max Weber, significa "...la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad...".³

Para Mario Stoppino, "...el Poder se precisa y se convierte, de genérica capacidad de obrar, en capacidad del hombre para determinar la conducta del hombre: poder del hombre, sobre el hombre. El hombre no es sólo el sujeto, sino también el objeto del Poder Social...".⁴

Para Franz Neumann: "...el Poder Político es Poder Social concentrado en el Estado. Implica el control de otros hombres, a fin de ejercer influencia sobre la conducta del Estado y sus actividades legislativas, administrativas y judiciales...".⁵

Herman Heller, distingue entre Autoridad, Poder Social y Poder Político: "...tener autoridad quiere decir encontrar obediencia sin tener en cuenta la protección de los intereses en que piensan los que obedecen. Todo Poder Político, es Poder jurídicamente organizado...".⁶

Lowenstein sostiene: "...en la sociedad estatal, el Poder Político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del Poder sobre los destinatarios del Poder. El Control Social, debe entenderse la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del Poder de obligar a los destinatarios del Poder a obedecer dicha decisión...".⁷

Conforme lo anterior, vemos que el Poder supone la existencia de vínculos, que van de quien manda a quien obedece. En México poder se traduce en mandar, imponer una conducta, conforme o al margen del derecho y, sobre todo, reprimir, legal o ilegalmente y hacerlo de manera impune. A ese respecto, cabe citar a Aristófanes, quien aludiendo ese contraste apuntaba: "...en el ejercicio del poder se puede llegar a absurdos en la medida que una sociedad es absurda, nada es absurdo si el pueblo no lo piensa así...".⁸

³ Weber, Max., *Economía y Sociedad*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1964. T I, p.43.

⁴ Stoppino, Mario, "voz poder", en *Diccionario de Política*, obra coordinada por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. Editorial Siglo XXI. México, 1982 T. II, p. 1217.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁶ Heller, Herman, *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1968. p.209.

⁷ Lowenstein, Carl, *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona, 1979, p.27.

⁸ Aristófanes. *Las once comedias*. Editorial Porrúa. México, 1986. p. 290.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Formas de Poder

El Poder se manifiesta de diferentes formas, y las clasificaciones resultan casi infinitas, ya sea en base a su titular, la duración en su ejercicio, la concentración que de él se haga, etc. Así tenemos que nuestra Constitución regula básicamente el *Poder Político*, así como otros campos, ya sea económico y el social, que al incorporarse a aquél, dejan su naturaleza para ser político; incluso podemos decir -sin el menor ánimo de trastocar susceptibilidades-, que dentro de este apartado podría ubicarse el poder o la autoridad que se les reconoce a los Ministros de culto, sin importar la religión, donde su poder ha variado de acuerdo a la época, sociedad, etc.

Titular del Poder

Sobre la titularidad del Poder Político, es preciso distinguir lo siguiente: cuando se trata de relaciones que se dan al interior de un Estado, opera el binomio autoridad-súbdito; y cuando las relaciones se dan entre potencias, se manifiesta el binomio Estado-Estado, independientemente de quienes dentro de dichos Estados, sean lo que ejerzan de manera real o legal el Poder.

Desde la antigüedad, se ha sostenido que unos cuantos, los superiores son los que gobiernan. Citaba Homero: "...aquí no todos los aqueos podemos ser reyes, no es un bien la soberanía de muchos; uno solo sea el príncipe, uno solo rey..."⁹

Por su parte, y haciendo nueva cita, Maquiavelo decía: "...un corto número de ciudadanos quieren la libertad para mandar y todos los demás, que son infinitos, para vivir seguros. En todas las Repúblicas hay, en efecto, cualquiera que sea su organización, 40 o 50 ciudadanos que aspiran a mandar..."¹⁰

De manera contemporánea, vemos que las leyes, reglamentos, estatutos, tradición, costumbre y los convencionalismos sociales, determinan expresa o tácitamente en cada caso, quienes son los titulares del Poder; así como su clase, los términos, la forma, los tiempos y sus grados de ejercicio; resultando oportuno recordar, que la Constitución regula, eminentemente el Poder Político y que en toda sociedad el grueso del Poder Político se deposita y es ejercido formalmente por el gobierno, entendiéndose a éste, como el conjunto de personas que ejerce el poder político y que determina la orientación política de una cierta sociedad.¹¹

Una vez referido este esbozo teórico, respecto a la definición, el titular y las formas que el Poder se ejerce, hemos de concluir señalando, que independientemente de lo que han sostenido y sostengan las llamadas teorías elitistas, lo cierto es que en el caso de México, respecto al poder político, acontece como una realidad, donde las clases gobernantes solo han sido desplazadas del Poder por la

⁹ Homero. *La Ilíada*, Editorial Espasa Calpe. México 1966. p.22.

¹⁰ Maquiavelo, Nicolás. *Discursos sobre la primera década del Tito Livio, El Atenes*. Buenos Aires, 1965. p.108

¹¹ Lucio, Levi. "voz gobierno"; ob. cit. dirigida por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. *Diccionario de Política*. Siglo XXI, México, 1984. p. 143.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fuerza. Así, vemos que desde 1821 hasta nuestra última administración, las elecciones jamás han sido la vía para alcanzar cambios; ya que si bien el Poder Político se encuentra normado dentro de la Constitución, igualmente cierto es que al margen de dicha norma y aún en su contra, existe un número extenso de formas en virtud de las cuales los titulares del poder, que no son siempre los que señalan aquéllas, se imponen y se hacen obedecer.

Un ejemplo histórico de lo anterior, resulta cuando los gobiernos de **Obregón y Calles**, en el intento de imponer un modelo social adverso al sostenido en sus tiempos por el año cero católico, sólo alcanzaron este objetivo en forma parcial y temporal; en igual sentido **Pascual Ortiz Rubio**, a pesar de ser el formal titular del Poder Ejecutivo, fue incapaz de sobreponerse a la autoridad del máximo Jefe de la Revolución. Otra vertiente, establece que por el contrario, el Poder Político está cediendo paso a otro tipo de poderes, como el poder económico, cuya preponderancia en muchas ocasiones ha marcado las directrices de aquí.

En tales circunstancias, tenemos que el Poder Político, atiende a dos servidores, uno el tiránico, donde los titulares regulan y controlan un mayor número de vínculos de dominación en detrimento de los particulares, y el democrático, donde sus titulares están acotados y el grueso de la población se siente autor, directa o indirectamente del sistema normativo prevaleciente, y a los detentadores del poder que con su voto han elegido. Sin embargo, cabe decir que en ocasiones el Poder puede darse en toda clase de combinaciones y variantes.

El Poder en la Constitución

Tal y como hemos venido enfatizando, la Constitución regula preferentemente el Poder Político, fraccionándolo y determinando quienes son sus titulares, sus límites y su transmisión, aunque esto sea sólo de manera general. No obstante lo anterior, la Constitución no deja de normar otras manifestaciones, como son los poderes religiosos, económicos, etc. Dicho lo anterior, arribaremos a uno de los puntos medulares de este trabajo.

Históricamente debemos señalar, que sin duda fue Montesquieu, quien revivió el principio de división de poder, modelo que se incorporó en algunas Constituciones, como la de Cádiz, de 1824, y no obstante a partir de 1836, se incorporó un Cuarto Poder, el Conservador, al que se le confió en términos generales la función de ser el controlador de la constitucionalidad. Siendo hasta el año de 1857, cuando se estableció la forma de división de poderes que existe en la actualidad, con sus respectivas variantes.

Como nota al margen podemos decir, que en algunas Constituciones de los Estados, se han hecho diversos experimentos, como lo es agregar un Poder Electoral, sin embargo, en la mayoría de estos intentos, sólo han pasado a formar un recuerdo. A su vez diversos juristas comentan, que el hecho que el Estado fraccione la cuota de Poder en mas partes de las que establecen los artículos 41 y 116, no es contrario a la Constitución, y sí representa un beneficio para los gobernantes de dichas entidades, en razón que las parcelas de Poder se fragmentan y disminuyen. En tal óptica, el Principio de División de Poderes, se justifica debido a que evita o disminuye la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concentración del Poder; sin embargo, lo que no está permitido es, establecer menos de tres Poderes, ni prescindir de los Municipios como forma de gobierno, y de división del territorio de los Estados.

En tal entendido, tenemos que la Constitución reiteradamente refiere el término Poder, aludiendo principalmente a dos instituciones; la primera, refiere una universalidad de facultades, obligaciones, prohibiciones atribuidas o impuestas a dos entes generales, la Federación y los Estados, comprendidas en las fórmulas de los Estados del artículo 49, que establece: "...El Supremo Poder de la Federación...", en tanto que el artículo 116, prescribe: "...El Poder Público de los Estados se dividirá para su ejercicio...".

La segunda institución más específica y delimitada, es la que corresponde a cada una de las partes que la propia Constitución ha dividido el Poder para permitir su efectivo y adecuado ejercicio, siendo esta la que hacen referencia los artículos 50, 80 y 94 donde se hace alusión a los Poderes Constituidos, esto es el Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación y el 116, donde se establecen los Poderes de los Estados.

Ambas instituciones, con toda propiedad, pueden considerarse o llamarse Poderes; lo son, porque dentro de la órbita de su competencia, en ejercicio de facultades y atribuciones, y aún fuera de éstas, están en posibilidad de imponer a los particulares una manera de actuar e impedir que realicen determinada conducta; en ambos supuestos, han sido dotados legal y realmente de los medios de coacción para imponerse, ya para actuar en el sentido que desea o para castigar su desacato.

Así, podemos decir que cuando en la Constitución se habla de Poderes, se alude a directamente a ese fenómeno complejo de especialización de funciones, parcelación del mando, colaboración ínter orgánica y neutralización recíproca.

Sin embargo, vemos que nuevamente la teoría no ha terminado de convertirse en realidad; tomando como ejemplo de esto el Poder Legislativo, que si bien en su acepción jurídica representa un Poder; dado que constitucionalmente esta facultad para *querer* y *hacer*; este deja de serlo desde el momento en que realmente quien *quiere* y *hace* lo sea cualquier otro factor, como a través del tiempo ha sido la figura presidencial, quien a través de mecanismos meta constitucionales, muchas veces ha vulnerado la voluntad legislativa, por interés presidencialistas. En tanto que la Rama Judicial, con base en la controversia constitucional como se consignó en el texto original de 1917, con las reservas del caso, dado que carece de iniciativa y esta imposibilitada para *hacer*, formalmente podría calificarse como Poder. Sin embargo a raíz de las Reformas de 1994, mucho se ha discutido sobre si ha quedado desvirtuado el alcance de sus determinaciones, máxime cuando se muestran obsequiosos de los agentes dependientes del Ejecutivo para actuar en determinados sentidos, en relación con los juicios en los que está interesado algún grupo gobernante.

Así, en México, el Ejecutivo es Poder, por que lo dispone la Constitución, misma que le da el calificativo de Poder Supremo, y también lo es porque *quiere* y *hace* por sí y por el Congreso de la Unión y la Rama Judicial; a pesar del sistema

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

federal, también *quiere y hace* en muchas materias confiadas a los Poderes de los Estados.

Dicho todo lo anterior, podemos concluir señalando que la Constitución solo hace alusión a tres Poderes, que a saber resultan el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, institutos jurídicos que estudiaremos en apartados posteriores.

Empero, y como otro punto medular de este trabajo, hemos de referir, que nuestra Constitución no hace referencia explícita a la forma de Poder Primaria, que es la función Constituyente; su existencia lleva a suponer que ésta existe y que, aunque claro con algunas limitaciones, es superior a todo el derecho ordinario. Sin embargo, vemos que esta función tampoco es calificada por la Carta Magna como Poder, a pesar que cierta parte de la doctrina se pronuncia por otorgarle ese carácter, incluso no solo refiriéndonos al Constituyente Originario, sino incluso al llamado "Constituyente Permanente" (combinación del Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, al momento en que se coordinan para reformar la Carta Magna). Conforme lo anterior, y en el entendido que retomaremos el tema líneas mas adelante con un estudio más pormenorizado, cuando sí corresponde darle esta connotación, a continuación pasaremos a abordar un breve estudio respecto al *Poder Constituyente*; comprendiendo a éste en sus dos aspectos, el *Originario* y el mal llamado *Permanente*, que nosotros creemos más propiamente referirle, como Instancia Revisora.

2.2. EL PODER CONSTITUYENTE

Una vez expuestas las generalidades del Poder en su acepción *ista*, y con la única idea de tomar una base teórica que nos permita abordar con mayor soltura el estudio de los Poderes Constituidos; a continuación esgrimiremos diversas referencias conceptuales relativas al Poder Constituyente, tocando nuevamente la arista de *Schmitt*, así como de otros connotados doctrinarios como *Burgos* y *Tena Ramírez*, pasando nuevamente por *Carplaz Mc Gregor*; dejando subrayado que el tema relativo al Poder Constituyente y su interrelación con los Poderes Constituidos, será retomado con mayor amplitud, dentro de apartados posteriores, constituido éste, como piedra angular del trabajo que ahora nos ocupa.

Schmitt

Dicho autor sostiene sintéticamente, que el Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la existencia política de un estado. Ahondando sobre el particular, este autor, refiere: "...el Poder Constituyente es unitario e indivisible, ya que no se traduce en un Poder más coordinado con otros distintos Poderes, como son el Legislativo, Ejecutivo y Judicial; es la base que abarca a los otros "poderes" y "divisiones" de poderes...".¹²

Asimismo, *Schmitt* sostiene, que el Poder Constituyente permanece después de la emisión de la Constitución porque la decisión política implicada en ella, no

¹² *Schmitt*, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Nacional. Barcelona, 1970. p.86.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

puede reobrar contra el sujeto titular del poder constituyente, ni destruir su existencia política, por ello, al lado y por encima de la Constitución sigue subsistiendo esa voluntad.

Por otra parte, este autor sostiene que todo Poder Constituyente tiene un titular. Así, según la concepción medieval sólo Dios tiene una *potestas constituens*; en la Revolución Francesa, *Sieyès* desarrolló la teoría de la nación como sujeto del poder constituyente, para que en la restauración monárquica (1815-1843), el rey recobrarla la titularidad del poder constituyente.

No obstante, *Schmitt* no descalifica la posibilidad que una "minoría" pueda ser su titular y, en este caso, reconoce que el Estado aparecerá como una forma aristocrática u oligárquica.

En el mismo orden, este autor sostiene, que la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto de poder constituyente que no contiene cualquier tipo de normación, por un único momento de decisión se refiere a la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia, o sea, la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Quiere decir que esa Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí y para sí misma. Por ese motivo, refiere *Schmitt*: "...la Constitución vale en la medida en que sea expresión de la voluntad política de aquél que la da; el pueblo en la democracia y el rey en la monarquía auténtica...".¹³

La actividad del Poder Constituyente, en consecuencia, no se encuentra vinculada a un procedimiento; y en el caso del pueblo, explica *Schmitt*, el poder constituyente se manifiesta mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto a través de los hechos, o sea, de aquellas evidencias sociales que impliquen un sí o no fundamental como manifestación del pueblo.

Por último, apuntaremos que dicho autor reconoce que en la democracia moderna existen instrumentos susceptibles de expresar esa voluntad, tal como una asamblea que acuerda y despacha normaciones legales-constitucionales; una asamblea que proyecta esas mismas normas, pero que requieren la aprobación de los ciudadanos a través del referéndum o de otra forma de confirmación; la participación de los estados en la aprobación de la Constitución Federal; y en algunos casos, el plebiscito general sobre una propuesta.¹⁴

Ignacio Burgos

Para este emérito Maestro, primeramente se debe de marcar el concepto de Poder Constituyente, siendo necesario conocer primeramente los vocablos: *poder y constituyente*.

¹³ *Ibid.* pp. 22 y 24.

¹⁴ *Ibid.* p.66.

El poder, señala *Burgos*,¹⁵ entraña: actividad, fuerza, energía o dinámica. Ahora bien, el adjetivo de "constituyente"; indica la finalidad de esa actividad, fuerza, energía o dinámica; manifestándose en la creación de una constitución, que como ordenamiento fundamental y supremo, estructura normativamente a un pueblo bajo la tónica de diferentes variables ideológicas de carácter político, económico o social.

Así, el Poder Constituyente, representa una potencia encaminada a establecer un orden constitucional. Poder Constituyente aplicado al campo del derecho constitucional, implica la fuerza creadora de la norma suprema de un país. Por tal, el Poder Constituyente es una potencia (*puissance*, como dicen los franceses), encaminada a establecer un orden constitucional, o sea, una estructura jurídica fundamental de contenido diverso y mutable dentro de la que se organice un pueblo o nación, se encauce su vida misma y se normen las múltiples y diferentes relaciones colectivas e individuales que surgen de su propio desarrollo.

Por tal, el Poder Constituyente es el Pueblo, porque Poder Constituyente es sinónimo, de la idea de soberanía, que es la determinación de la estructura de un Estado. El pueblo es quien crea su Constitución. Así, el Poder Constituyente es voluntad que dice cómo y en qué forma se va a estructurar al Estado: siendo su titular el Pueblo. El poder constituyente como función implica darse una Norma Constitucional, darse una Constitución, crearse una Constitución crear una Norma Suprema, crearse una ley fundamental. Como Órgano, implica quien crea, hace o establece una Constitución: el Poder Constituyente, el Congreso Constituyente, la Asamblea Proyectista. En tal sentido, el Poder Constituyente es el Pueblo, equivalente a soberanía.

En tanto, el Congreso Constituyente son aquéllas personas que han sido electas por el Pueblo, para que elaboren una Constitución, ya que el pueblo se los ordena y la Asamblea Proyectista, es la que va a redactar un proyecto de Constitución, mismo que será sometido a la consideración del mismo Pueblo; luego entonces: Poder Constituyente, es creador y su titular es el Pueblo.

Felipe Tena Ramírez

Retomando las ideas de *Schwitt*, y refiriéndose al Poder Constituyente, *Tena Ramírez*¹⁶ afirma: "...es el pueblo y es quien crea la Constitución, es distinto, de los Poderes Constituidos que son creados por el pueblo en su Constitución y se encuentran dentro de ella y son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Así, el Pueblo es el Poder Constituyente, quién a través de un Congreso tiene la única y exclusiva función de crear una Constitución acorde con la realidad que vive..."

Resumiendo su idea, este autor señala que los órganos de poder reciben su investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la constitución, eso quiere decir, que el autor de la constitución debe ser distinto y estar por

¹⁵ *Burgos Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1973. p.236.*

¹⁶ *Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México, 1988. p. 10.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

encima de la voluntad política de los órganos. La doctrina designa al primero con el nombre de "poder constituyente" y a los segundos los llama "poderes constituidos".

Esta distinción entre las dos clases de poderes se originó en la organización constitucional norteamericana, la cual lleva a la práctica, la teoría de la separación de los tres poderes de *Montesquieu*.

Así, el Poder Constituyente es previo a los Poderes Constituidos, cuando aquél elabora su obra, formulando y emitiendo la Constitución, es sustituido por los órganos creados y desaparece del escenario jurídico del Estado.

Jorge Carpizo Mc. Gregor

En una línea parecida a la de *Schmitt*, este célebre jurista refiriéndose al Poder Constituyente, expresa: "...en la democracia el poder constituyente es y sólo puede ser el pueblo; que el congreso constituyente es una asamblea electa por el pueblo para que redacte y promulgue la constitución, en tanto que la asamblea proyectista redacta un proyecto de constitución para que el pueblo lo apruebe o lo descalifique; además, atribuye al poder constituyente las siguientes características: es originario; es creador de todo el orden jurídico; en principio es ilimitado; su función es expedir la constitución, y no gobernar..."¹⁷

Perspectiva sociológica del Poder Constituyente

Hemos estudiado que la norma constituyente y la norma constituida, resultan ordenamientos que regulan la conducta de los hombres en sociedad; así, las constituidas tienen la característica de ser creadas por los órganos y de acuerdo con los procedimientos estipulados en la norma constituyente, en tanto que la de ésta, la de ser creada por un hombre o una asamblea de hombres, con el pueblo participante, al margen de éste e inclusive sobre él.

Por lo cual, si entendemos que el poder constituyente es el creador de la Constitución, que siempre es un hombre, una asamblea o la asamblea con la participación ciudadana, debemos contemplar que la primera norma es establecida por los grupos sociales más poderosos; fuerzas quizá no responden a los intereses de la mayor población, controlando y señalando cuales son los contenidos ideológicos y políticos de la Constitución, del derecho y del Estado.

Dentro de esta tesitura tenemos, que desde la perspectiva sociológica se estipula que el Poder Constituyente y su legitimidad, dependerá de que esa fuerza social responda a los valores e intereses de los grupos más poderosos que evolucionan en la estructura social; en tanto que desde la perspectiva jurídica, la validez de la Constitución depende del grado que alcance, desde la perspectiva sociológica y política, por lo que la legitimidad de la norma suprema dependerá de que la persona o asamblea que le da vida sea reconocida por la mayoría social, como el organismo propio y facultado

¹⁷ Carpizo Mc. Gregor, Jorge. *Constitución y Revolución en Estudios Constitucionales*. UNAM. México, 1980. pp. 290 y 291.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para hacerlo; y lo más importante que el contenido de la Constitución sea a fin con la ideología y los valores predominantes en la sociedad.

Límites del Poder Constituyente

Ante las características especiales del Poder Constituyente, todo parece como si el autor de la Constitución, no tuviera limitación alguna en la realización de su tarea. Lo dicho debe precisarse agregando que, si bien jurídicamente es cierto que el creador de la Máxima de las Leyes, por definición es ilimitado, pues es una manifestación de soberanía; también debe considerarse que, por la tarea misma que tiene encomendada, encuentra ciertas limitaciones lógicas, por significar los elementos inherentes a lo que debe fundar o promover: un orden jurídico, al tenor de lo siguiente:

a) *Establecer un orden jurídico.* Resulta obvio, que si la misión del Constituyente es crear la Ley Fundamental, pues entonces no podrá establecer, por medio de aquélla, nada distinto a un orden jurídico. En breve, la tarea del constituyente será fundar o promover el Estado de Derecho y no el absolutismo o la anarquía.

b) *El reconocimiento de los Derechos Fundamentales de los Gobernados.* También es esencial a un Estado de Derecho, como el que debe procurar el constituyente, el reconocimiento de ciertos espacios mínimos de libertad, para los gobernados, frente a la actividad autoritaria; pues de lo contrario, no se estaría constituyendo un orden jurídico, sino un sistema totalitario o absolutista.

c) *La separación de funciones.* Para no caer en el absolutismo, es además necesario dividir las funciones esenciales del gobierno estatal, pues de otra manera, el ejercicio desorganizado o monopolizado del poder público, seguramente conllevaría al abuso del mismo.

d) *Las Instituciones Procesales que garanticen los tres factores anteriores.* Es importante destacar que si bien con los tres elementos anteriores pudiera fundarse un orden jurídico ideal, ante la posibilidad de que se trastruquen cualquiera de los elementos enunciados, deben crearse vías para salvaguardar el orden jurídico constitucional. De esta manera, si la autoridad traspasara los límites de sus atribuciones vulnerando el principio de legalidad, existirán medios asequibles a los gobernados o a otras autoridades, cuyos derechos o esfera de competencia se vea invadida, en uno u otro caso, para rechazar la injusticia, anular las actuaciones ilegales y restaurar el Estado de Derecho. En síntesis, deben existir instituciones procesales que garanticen el equilibrio entre el ejercicio del poder y el de la libertad.

Grasso modo, concluiremos que el Poder Constituyente, tiene como finalidad la creación de una Constitución, ordenamiento fundamental y supremo estructura normativamente a un Pueblo bajo la tónica de diferentes variables ideológicas de carácter político, económico y social; por lo tanto se le tendrá como la fuerza creadora de la norma suprema de un País.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así, vemos que el Poder Constituyente, -refiriéndonos al originario-, no gobierna, solo expide la ley fundamental de la cual gobiernan los Poderes Constituidos; entendiendo a estos como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, mismos que gobiernan en los términos y límites señalados en la ley creada por el Constituyente; tal y como en el siguiente apartado ahondaremos.

2.3. LOS PODERES CONSTITUIDOS

Retomando las ideas anteriores, donde al menos teóricamente dejamos asentado, la existencia de un Poder Constituyente, -que integra, prescribe y ordena-, a continuación veremos que derivado de éste, existen otros Organos de Poder integrados, -que son los que acatan y ejecutan-, los cuales reciben su investidura y facultades precisamente de esa fuente superior, como lo es la voluntad del Constituyente, plasmada en la Constitución, órganos a los que la doctrina ha tenido a bien llamar Poderes Constituidos; que no vienen a ser otra cosa que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; y que a su vez interactúan en los tres niveles de gobierno, esto es Federal, Estatal y Municipal, abordando este trabajo, solo al primero de ellas, es decir, la esfera federal.

A manera de ilustrar de mejor modo lo anterior, referiremos a continuación, las diferencias más esenciales respecto al Poder Constituyente, y los Poderes Constituidos.

PODER CONSTITUYENTE	PODERES CONSTITUIDOS
1.-Es el poder originario: nadie lo creó	1.- Derivan de la Constitución.
2.-Es un poder creador de todo el orden jurídico	2.- Son creados por el orden jurídico
3.- Puede elaborar la Constitución como le parezca	3.- Están completamente limitados y no pueden actuar mas allá de su competencia
4.- Tienen una sola función, elaborar la Constitución.	5.- Tienen múltiples funciones que la Constitución les atribuye.
5.- No gobierna.	5.- Fueron creados para gobernar.

Considerando que entrar a un análisis profundo respecto de las funciones, composición y competencia de cada uno de los Organos Constituidos, escaparía un tanto del marco de estudio del presente trabajo, de manera por demás somera, referiremos en breve cita la composición, atributos y facultades principales de los tres grandes ejes del Estado Mexicano; tomando como base, la obra del connotado constitucionalista, *Ensur Arteaga Nava*,¹⁰ debiendo señalar que dicho estudio, solo abarca el plano federal.

¹⁰ Arteaga Nava, Ensur. Denrocho Constitucional. Editorial Oxford University Press. México, 1986, pp. 116, 271 y 336.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3.1. EL PODER EJECUTIVO

Concretamente de los artículos 49 y 80, se desprende su existencia, denominándosele *Poder Ejecutivo* o *Facultad Ejecutiva Genérica*, que comprende todo acto de autoridad en virtud del cual se complementan, realicen o apliquen leyes, decretos, acuerdos de cuerpos colegiados, etc.

Ese Poder ejecutivo Genérico se manifiesta por medio de dos órdenes generales, el federal y el local. Siendo oportuno referir, que no existe un poder ejecutivo constituyente; ya que va contra la naturaleza de los negocios políticos el depositar en un mismo órgano la función de hacer y ejecutar la carta magna. Para evitar concentraciones de autoridad, como hemos dicho, se hace la distinción entre el poder que constituye y los poderes que acatan y ejecutan. Esta regla es válida, incluso en el caso del Constituyente de 1857, al que le fueron confiados diversos cometidos como el de constituir a la nación mexicana y revisar los actos de las administraciones de *Antonio López de Santa Anna*, *Juan Álvarez* o *Ignacio Comonfort*; ya que cuando los revisó, actuó como un legislador ordinario.

La facultad ejecutiva

El orden federal engloba varias especies; su ejercicio está asignado a diversos titulares; entre ellos, al que la Constitución da el calificativo de suprema, se confía al Presidente de la República, así el artículo 80, consigna: "...Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo...".

Como nota marginal, diremos que coincidiendo con diversos autores, consideramos que el calificativo no va con la naturaleza del Presidente de la República, porque está constreñido a lo que dispone la Constitución, y porque cuando otros titulares de la función ejecutiva actúan en órbita de sus atribuciones, también debe reconocérseles el atributo de ser supremos.

Explica el calificativo la circunstancia de que se usa sólo para distinguirlo de otros, aunque el término no corresponda a la función.

Asimismo hemos de señalar, que a cada uno de los Órganos Federales previstos en la Constitución les ha sido atribuida en menor o mayor medida, la posibilidad de ejecutar, no obstante que por su organización, naturaleza o facultades, estén estructurados para realizar preferentemente otras funciones; esto es así, por un imperativo elemental: cada cuerpo debe contener en sí, los elementos para hacerse obedecer, subsistir y defenderse de la acción, voluntaria o involuntaria de los otros órganos o poderes que tiendan a perjudicarlo.

Otra especie inominada, pero también ejecutiva, es la que le ha sido confiada al Congreso de la Unión, a las Cámaras que la integran y a la Comisión Permanente; estos, por mandato constitucional ejercen su presupuesto, contratan personal, hacen nombramientos, promueven y destituyen, vigilan y convocan a elecciones (artículos 63, 74, 77 y 79).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La función de ejecutar de la que se hace responsable el Presidente de la República, por otra parte, tiene que ver con la complementación de la Constitución en las materias que expresamente le encomienda (artículo 27, fracción I), las que le confía en forma tácita (artículo 18), y las que en coparticipación con los gobernadores ejerce; amén de la obligación expresa de hacer cumplir las leyes que expida el Congreso de la Unión. (artículo 89, fracción I).

El presidencialismo y sus fuentes

Resulta importante señalar, que el sistema constitucional mexicano a partir de la Carta de 1824, adoptó los elementos fundamentales del sistema presidencialista estadounidense: titular único, autoridad ejecutiva, duración de cuatro años, elección indirecta, protesta, vicepresidente, facultades, requisitos para serlo, edad y nacimiento en el territorio nacional, informe anual, veto suspensivo, etc.

De los sistemas parlamentario europeos, también tomó elementos, a pesar que son menos: consejo de ministros o gobierno, relativa responsabilidad del Presidente y refrendo ministerial. Algunas de estas figuras, ya han desaparecido, y otras han evolucionado.

Denominación

Otro punto importante, resulta su denominación, observando que de la Carta Magna, se desprenden algo así como ocho denominaciones distintas para referirse a esta investidura: presidente, ejecutivo, ejecutivo de la unión, ejecutivo federal, ejecutivo de la federación; a lo que debemos adicionar las denominaciones del lenguaje coloquial, entre las que destacan presidente constitucional, primer magistrado, primer mandatario, etc.

Lo anterior, no hace mas que evidenciar la ausencia de técnica legislativa, derivada esencialmente de las múltiples reformas de que ha sido objeto y del desconocimiento de los legisladores; y si bien se alude a la misma institución, esta circunstancia en la mayoría de veces, crea confusión.

Función unipersonal

Por mandamiento constitucional la función ejecutiva se ha depositado en una persona, por lo que a este sistema se le denomina presidencialista, no obstante que en la Constitución de 1824, se estableciera dentro de su artículo 15, lo siguiente: "*El Supremo Poder Ejecutivo se deposita por la Constitución en el individuo o individuos que la ley señale*"; aunque dicha circunstancia haya atendido mas bien intereses políticos de ese entonces. Dicho lo anterior, reiteraremos que la función ejecutiva es unipersonal, no obstante que disponga de un número amplio de colaboradores, como secretarios de estado y de despacho, encargados de los negocios administrativo-políticos en que se divide la administración pública centralizada, sin embargo, todos actúan en acato de órdenes o bien en su nombre, mimos que pueden ser removidos a voluntad de éste.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Duración y elección

Tal y como dispone el artículo 83, la duración del periodo presidencial es de seis años, aunque por diversas cuestiones como muerte o renuncia es que no se cumplimiento dicho periodo. Sin embargo tenemos que la duración de este periodo no siempre ha sido la misma, tal y como disponía la Constitución de 1824, que señalaba un periodo de cuatro años; o como la de 1836, que señalaba un periodo de ocho años; a su vez el texto original de 1857 señalaba cuatro años, mismo que aumentó a seis en 1904; en tanto que en 1917 se dispuso que fuera de cuatro años, para después cambiar a seis años en 1928, permitiendo así que *Alvaro Obregón* ejerciera un periodo más prolongado. En cuanto a su elección, esta se deriva del voto ciudadano determinado por la ley o por los órganos competentes, siendo el mecanismo de elección popular, por el que el pueblo elige quienes han de gobernar.

2.3.2. EL PODER LEGISLATIVO.

Nuestro sistema constitucional, prescribe la existencia de un Poder Legislativo genérico y abstracto, que no ha sido atribuido en su totalidad a un solo Poder ni podría serlo; ese poder en general comprende todas las manifestaciones de autoridad que tengan la característica de ser de observancia obligatoria, como las leyes, decretos, acuerdos, bandos, reglamentos, ordenanzas de carácter general, que se emiten en relación con las materias susceptibles de ser reguladas por mandamiento constitucional.

Dentro de esta tesitura, el Poder Legislativo genérico, tiene diversas manifestaciones: reformas constitucionales, leyes y decretos ordinarios, reglamentos, etc. Para evitar una excesiva concentración de poder, y alcanzar un efectivo y adecuado ejercicio de la función, ese poder ha sido fraccionado y confiado a diferentes titulares; sin embargo, no todos son órganos colegiados.

Por lo anterior, la función de reformar la Constitución ha sido confiada a una combinación de órganos, (artículo 135); la de hacer leyes se ha dividido en tres: una la asignada a los poderes centrales; otra, la encomendada a las legislaturas de los Estados; y una más, confiada al Presidente de la República en materias específicas. En tanto la función legislativa en su tercer nivel ha sido atribuido a diferentes entes: Presidente de la República, gobernadores de los estados, asambleas legislativa del Distrito Federal, ayuntamientos, etc.; al ejercicio pueden emitir reglamentos, acuerdos, bandos y órdenes de observancia general.

En ese tenor, cuando el artículo 50 dispone que el poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, alude a una de las tantas manifestaciones que tiene lo que aquí se ha denominado *Poder Legislativo Genérico*. En las Entidades Federativas, por su parte, se alude igualmente a dicho Poder Legislativo, pero en el caso, por disposición constitucional, se trata del que ha sido reservado a aquéllas (artículo 23 de la Constitución de Morelos y artículo 28 de la Constitución de Guerrero).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En tanto del contenido del artículo 49, se desprende cierta imprecisión, que pudiera dar pie en la práctica a actuaciones indebidas. Al Poder Legislativo, en la acepción amplia y genérica en que es usado el término en el artículo 50, se le confieren un cúmulo vasto de facultades de diversa índole; pudieran clasificarse tres grandes categorías: legislativas, cuando da leyes y decretos; ejecutivas, cuando ejerce su presupuesto, hace nombramientos e investiga, etc.; y jurisdiccionales cuando, en los términos del artículo 110, juzga a un servidor público.

Por otra parte, cabe decir, que si bien resulta dable al Congreso, en los términos del artículo 29, delegar en el Ejecutivo parte de su función legislativa, no le es dable transmitirle sus funciones ejecutivas y jurisdiccionales: son indelegables; la parte final del artículo 49 se encarga de precisar que se trata solo de facultades legislativas. " *No podrán reunirse, ni depositarse dos o mas de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo.* ". Con lo que se alude a todo el Poder, no solo a la función legislativa.

Naturaleza

Nuestra Constitución considera que las funciones asignadas al Poder Legislativo deben desempeñarse en forma colegiada; cada una de las cámaras que componen el Congreso de la Unión tiene un gran número de integrantes; quedando expresamente prohibido que el Poder Legislativo se deposite en un individuo, principio que se contempla tanto a nivel central como estatal, ello independientemente de su imposibilidad material, por lo que la función legislativa queda encomendada a entes colegiados, cuya complejidad enriquece y perfecciona su quehacer legislativo, por lo que de igual modo la ley para su funcionalidad, deja claramente precisada su integración, composición y funcionamiento.

Denominación

En cuanto a su denominación la Constitución distingue la función y su titular; a la primera se le denomina *Poder Legislativo*, para distinguirlo de los que existen en los Estados, el artículo 50 agrega que se trata del Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos.

Al responsable de la función se le dan diferentes nombres: Congreso General, Congreso de la Unión, Congreso. En tanto que coloquialmente se le denomina Representación Nacional, Titular de la Soberanía Nacional, Órgano Legislativo, Congreso General, etc.

Enumeración de Poderes

Como una tendencia generalizada, desde la Constitución de 1812 se consignó al Legislativo como el primero de los Poderes, tal y como se tomara de base de la Constitución Norteamericana de 1787, misma en la que se antepone a los restantes,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estructurando su funcionamiento y facultades antes que cualquier otro. Hay quienes mencionan cierta incongruencia sobre esa primicia del Poder Legislativo; argumentando que si bien el artículo 49 alude en primer término al Órgano Legislativo, los artículos 71 y 127 mencionan en primer lugar al Ejecutivo, en tanto que el artículo 116 regula primero la función ejecutiva local y enseguida la función legislativa; siendo igualmente cierto que si bien la enumeración que hacen los artículos 110 y 111 alude en primer lugar a la responsabilidad de los integrantes del Poder Legislativo, sin embargo previamente en el artículo 108 se ha declarado casi total irresponsabilidad del Ejecutivo.

En el fondo, quizá resulta ser un tema más orientado hacia lo semántico, el cual no ha tenido mayor significado dentro de la realidad; ya que esa preeminencia enumerativa no busca desvirtuar el principio de equilibrio de poderes que se entiende que la constitución consigna, sino simplemente se trató de respetar una tradición, y a fin de cuentas por alguno se tenía que comenzar, y se optó por el Legislativo.

Independencia

Con el propósito que el Congreso de la Unión esté en posibilidad de desempeñar sus funciones en forma cabal y sin obstáculos, la constitución le ha reconocido cierto campo de acción. A esto se le ha denominado independencia y en algunas materias se llega a la misma autonomía, como la prescrita en el artículo 70, en donde se imponen ciertas precisiones.¹⁹

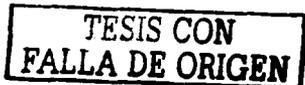
Cuando citamos el término independencia, nos referimos al concepto que atañe tanto a la integración y funcionamiento interno del Congreso como de cada una de las Cámaras que lo conforman. Esto tiene que ver con lo relativo a la duración, suplencia, exclusión, cese, ejercicio de presupuesto, etc; por lo que resulta importante subrayar, que el término independencia no se aplica en términos generales al proceso legislativo, pues no depende exclusivamente de los integrantes del Congreso, ya que la Constitución les ha dado injerencia a diversos poderes en lo relativo a la iniciativa, informes, veto y promulgación, donde prevalece la interrelación de poderes.

Bicameralismo

Refiriendo un tanto de historia, debemos enunciar que las cortes previstas en la Constitución de Cádiz se componían de una asamblea, cuyos integrantes se les denominaba simplemente *diputados* o *diputados a cortes*. En 1824 se abandonó el modelo español y se optó por la solución estadounidense, haciendo integrar el Órgano Legislativo por dos cámaras: una de diputados y otra de senadores. Los diputados eran electos por la ciudadanía y los senadores por las legislaturas de los Estados.

Considerando al bicameralismo una constante en la historia constitucional mexicana, dicha estructura ha buscado en el fondo la ponderación, equilibrio e incluso el debate, ello a pesar que durante algún tiempo fue abandonado, desde 1874 se cuenta con un Congreso bicameral. Igualmente otros aspectos como la

¹⁹ Biscaretti Paolo. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos, Madrid, 1985. p. 381.



elección de diputados y senadores, el *quorum*, se ha visto reformada a través del paso del tiempo.

El Senado surgió por primera vez en México, concretamente en la Constitución de 1824, a idéntica copia del modelo estadounidense; como un elemento de equilibrio en la actividad legislativa y resguardando al sistema federal respecto al punto de vista de los Estados. Mas adelante al cambiar la forma de gobierno en 1836 (al centralista), necesariamente cambió su estructura, componiéndose actualmente el Congreso de la Unión, por dos Cámaras o secciones, que a saber resultan la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

2.3.3. EL PODER JUDICIAL

Implícita e indirectamente, nuestra Constitución prevé la existencia de una función judicial genérica y amplia que tiene dos grandes manifestaciones: la federal, confiada a diversos tribunales, unos con jurisdicción amplia y otros restringida; la otra, la local, depositada en diversos tribunales, cuya existencia en algunos casos, está prevista en la constitución, y otros que son de particular creación en cada entidad.

En el ámbito federal, la constitución ha depositado en principio, el ejercicio de la función judicial en un conjunto de tribunales a los que ha denominado *Poder Judicial de la Federación*. Debido a la existencia de otro Tribunales, no deja de haber cierta imprecisión en la fórmula utilizada en el artículo 94; donde su redacción resulta explicable en el texto de 1857, donde únicamente existían en forma paralela al judicial federal el jurado de sentencia y los tribunales militares; mas no en la actualidad, pues en virtud de lo dispuesto por el Constituyente de 1917 y de diversas reformas, se ha previsto la existencia de un considerable número de autoridades a las que ha sido atribuido el ejercicio de juzgar, como lo son el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, Tribunal Fiscal de la Federación, Tribunales Militares, Tribunales Agrarios y el Jurado de Sentencia. Todos estos tribunales de una u otra forma, gozan de imperio, pueden hacerse obedecer y emiten sentencias, laudos, resoluciones y acuerdos obligatorios.

Así tenemos que la Rama Judicial Federal se compone de diversos tribunales: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral, Colegiados y Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito y Jurado Federal de Ciudadanos, que aunque con función distinta, su naturaleza es complementaria. Como parte de esa rama, pero sin funciones propiamente jurisdiccionales, se ubica al Consejo de la Judicatura Federal.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Como una imitación del sistema estadounidense, en el sistema jurídico mexicano representa nuestro máximo tribunal en todos sus aspectos, ya que si bien su denominación resulta reciente, es decir, a partir del año de 1917, no existen dudas para calificarlo también de supremo, dado que de una y otra forma, es técnicamente la última instancia de toda controversia jurídica, entre poderes, entre particulares y autoridades o solo entre particulares y respecto toda clase de tribunales. En materia judicial nada hay sobre de ella.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto a su integración, por mandato constitucional la Suprema Corte de Justicia, se compone de 11 ministros, divididos en dos salas, cada una con cinco ministros, aunque basta la presencia de cuatro para su funcionamiento. El Presidente de la Suprema Corte, que también es del Pleno, no integra sala. Los Ministros duran en su encargo quince años y los delitos que cometan, son exclusiva competencia del Jurado de Sentencia, ya que para ser enjuiciados por delitos del orden común, federales y locales, se requiere que previamente la Cámara de Diputados emita una declaración de procedencia.

En lo que respecta a sus facultades y atribuciones, refiere las siguientes:

Materialmente legislativas. Cuando mediante acuerdos generales determina los días y horas en que debe sesionar de manera ordinaria la competencia por materia de cada sala, cuando remite para su resolución a las salas y a los tribunales los asuntos que sean de su competencia, cuando aprueba su proyecto de presupuesto anual de egresos y cuando dicta los reglamentos y acuerdo generales en las materias de su competencia. Así, la Jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, resulta obligatoria para las salas, los Tribunales de Circuito, Jueces de Distrito, los Tribunales Militares, Tribunales y jueces del orden común de los estados y del Distrito Federal, tribunales contenciosos administrativos, juntas de conciliación federales y locales

Materialmente Ejecutivas. Atribuidas al Pleno, en este rubro, se encuentran circunscritas a la organización y funcionamiento de ella misma, así como el Tribunal Electoral. Entre lo mas destacado, figura ejercer su presupuesto, elegir a su Presidente, determinar adscripciones, así como la designación de Magistrados de Circuito, de Distrito o comisionados especiales

Materialmente Jurisdiccionales. Estas son de diversa naturaleza y materia, resultando en los siguientes apartados:

a) **Controversia entre poderes.** Derivada de las controversias que se susciten entre la Federación, un estado o el Distrito Federal, la Federación y un Municipio, entre el Presidente de la República y el Congreso de la Unión o cualquiera de las cámaras o la comisión permanente; entre un estado y otro o el Distrito Federal; entre el Distrito Federal y un Municipio, entre los Poderes de un Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, un estado y sus Municipios sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; un estado y un Municipio de otro aspecto de las mismas materias; dos órganos del gobierno del Distrito Federal,

b) **Acción de Inconstitucionalidad.** Correspondiendo conocer al Pleno, conoce de las acciones que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la constitución, quedando comprendidas, todo tipo de materias. La acción de inconstitucionalidad deberá intentarse en los 30 días naturales que sigan a la publicación de la ley, correspondiendo su promoción, a los diputados federales, senadores, diputados de las legislaturas locales, diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Procurador General de la República y cualquiera de los Partidos Políticos registrados, así cuando el pleno declara procedentes

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la solicitud y su resolución la aprueban cuando menos ocho ministros, la norma cuestionada queda invalidada totalmente.

c) *Recursos de Apelación.* Podrá conocer de oficio o a petición de los recursos de apelación que se interpongan en contra de las sentencias de los Jueces de Distrito en los procesos en que la Federación forme parte, o que por su interés o trascendencia así lo ameriten. La petición para que intervenga el pleno solo puede provenir del Tribunal Unitario de Circuito que debe conocer de él, o del Procurador General de la República.

d) *Revisiones en materia de amparo.* También es competente el pleno para conocer de recursos de revisión contra las sentencias que pronuncien los Jueces de Distrito, cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales, si en la demanda se impugna una ley o un tratado por estimarlos violatorios a la constitución cuando exista invasión de competencias entre la federación y los estados o viceversa, de los recursos de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley o un tratado o cuando en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la constitución, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias.

e) *Conocimiento de diversos recursos y asuntos procesales.* En este sentido, conoce de los recursos de queja, incidentes de excusas e impedimentos, de controversias entre las salas de la Suprema Corte, recursos de reclamación, denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por dos o más salas de la Corte y de los juicios de anulación en relación con los convenios de coordinación fiscal. Son facultades jurisdiccionales las que ejerce el pleno cuando resuelve los conflictos que se presentan entre el Poder Judicial de la Federación y sus empleados.

f) *Facultad de atracción.* La Suprema Corte en pleno o en salas, por sí o a petición fundada de un tribunal colegiado de circuito o del Procurador General de la República, puede conocer de amparos directos que por sus características especiales así lo amerite, a lo que se le ha denominado facultad de atracción.

Facultades y competencia de las Salas de la Suprema Corte. Como se ha venido señalando, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también funciona en salas, las que son dos, la primera que se encarga de resolver asuntos penales y civiles y la segunda que resuelve controversias administrativas y laborales.

Así las Salas conocen de recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias que los Jueces de Distrito dicten las controversias ordinarias, en que la federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo amerite; asimismo de recursos de revisión que se interpongan contra las sentencias que dicten los Jueces de Distrito o Tribunales Unitarios de Circuito, cuando subsista el problema de constitucionalidad si se hubiere impugnado un reglamento expedido por el Presidente de la República, por gobernadores de los Estados o por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal; cuando ejercite su facultad de atracción respecto de revisiones hechas valer en amparos de interés y trascendencia; de los recursos de revisión interpuestos contra sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito cuando subsista o esté de por medio el problema de constitucionalidad de un reglamento expedido por el Presidente de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

República, el Gobernador de un estado o el Jefe de Gobierno del Distrito Federal; conoce de quejas, reclamaciones, controversias por razón de competencia, denuncias de contradicción de tesis y del reconocimiento de inocencia, así como su facultad de conocer de su funcionamiento y el personal que tiene a su servicio.

Tribunal Federal Electoral

Es una autoridad jurisdiccional, que representa un órgano especializado que simboliza la máxima instancia en su materia, con las características de ser unitario y que sus resoluciones son definitivas e inatacables. Su competencia es especializada, limitada solo a la materia que le da su nombre, siendo encargado de conocer de impugnaciones relacionadas con actos que se realicen en las elecciones ordinarias y extraordinarias de diputados y senadores, de las elecciones presidenciales, etc. mismas que son definitivas e inatacables, salvo de algunas figuras en las que se pueda aludir, la acción de inconstitucionalidad.

Tribunales Colegiados de Circuito

Tomando su nombre en identidad a los modelos constitucionales de Cádiz y estadounidense, históricamente se prescindió de denominarles *cortes* como en el texto original. Tomando su nombre de Colegiados al estar compuestos de varios miembros y para distinguirlos de los unitarios. El hecho que tanto en Estados Unidos, como en México se haya previsto la existencia de varios circuitos, para su identificación se agrega un número ordinal, primero, segundo, etc. fórmula que sirve para identificarlos. Dichos Tribunales se integran por tres magistrados, un secretario de acuerdos, y los secretarios, actuarios y demás personal que determine su estructura; a los Magistrados los nombra el Consejo de la Judicatura Federal y su nombramiento dura seis años, pudiendo ser ratificados. En cuanto a su competencia, de manera somera podemos señalar que les corresponde conocer de amparos directos promovidos contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin a un juicio, por violaciones procedimentales; recursos de revisión y queja, contra las resoluciones de los Jueces de Distrito, contra las Sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los Jueces de Distrito, Tribunales Unitarios de Circuito o por las Salas del Tribunal Superior, cuando se reclame un acuerdo de extradición y contra las resoluciones que dictan los Jueces de Distrito o las Salas del Tribunal Superior, resolución de competencias, impedimentos y excusas. Sus resoluciones son definitivas, salvo que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezca la interpretación directa de un precepto de la constitución, en este caso son recurribles ante la Suprema Corte de Justicia. Del artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se desprende que su jurisdicción es general, solo será especializada cuando así se disponga expresamente.

Independientemente de la competencia antes aludida, mediante sus ejecutorias y cuando reúnen los requisitos de ley, forman jurisprudencia, por lo que sus criterios tienen el carácter de obligatorios para los tribunales unitarios, jueces de distrito, tribunales militares, judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, administrativos y Juntas Federales y Locales de Conciliación y Arbitraje, lo que autoriza a calificar dichos actos como facultades materialmente legislativas.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Tribunales Unitarios de Circuito

Analizada que ha sido la denominación *tribunal* y de *circuito*, solo cabe hacer referencia a la denominación *unitario*, cuya explicación es obvia dada su integración de un solo magistrado. Dicha magistratura es nombrada por el Consejo de la Judicatura Federal y tiene una permanencia de seis años. En cuanto a su conocimiento, señalaremos que de la doble competencia que se asigna a los jueces de distrito: una en amparo, y otra respecto del conocimiento de controversias que se susciten por la aplicación de leyes federales y tratados, los tribunales unitarios, tiene injerencia predominantemente en esta materia. Asimismo conocen de las apelaciones que se interpongan contra las resoluciones de los Jueces de Distrito en materia de aplicación ordinaria de leyes federales y tratados, de denegada apelación (cuando se niega admitir un recurso ante los jueces de distrito), de impedimentos, excusas y recusaciones de los jueces de distrito sujetos a su jurisdicción, (excepto en juicios de amparo); de los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios, que no constituyan sentencias definitivas, respecto de los juicios de amparo promovidos ante un Juez de Distrito; y contra sus resoluciones cabe el recurso de revisión, del que deben conocer los Tribunales Colegiados de Circuito. También conocen de controversias suscitadas entre los Jueces de Distrito sujetos a su jurisdicción.

Juzgados de Distrito

Se encuentran integrados por un Juez y un número variable de secretarios, aunque normalmente hay uno para la sección de amparos y otro para la sección ordinaria. Dichos jueces, son nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal, permaneciendo en el cargo seis años y si son ratificados o promovidos, se convierten en inamovibles. En cuanto a su competencia, hemos de decir que tratándose de dos procedimientos diferentes, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, tiene la precaución de distinguir entre las dos especies en que se manifiesta la jurisdicción de un Juez de Distrito, una en materia ordinaria y la otra en materia de amparo. A su vez los hay con jurisdicción general (mixtos) y también con jurisdicción especializada (penal, administrativa, laboral, civil).

Las resoluciones emitidas por estos juzgados en su actuación ordinaria son susceptibles de impugnarse mediante el recurso de apelación, mismo que se tramita y resuelve ante el tribunal unitario de circuito y en cuanto a sus resoluciones definitivas en amparo, tanto en el principal como en el incidente de suspensión, son recurribles por regla general, en revisión y queja ante el tribunal colegiado correspondiente.

Jurado Federal de Ciudadanos

Representan la reunión o junta de cierto número de ciudadanos que sin tener carácter público de magistrado, son elegidos y llamados ante el tribunal o juez de derecho para declarar según su conciencia si un hecho está o no justificado. Conocido como jurado popular, este instituto se tomó como modelo del jurado estadounidense por el Constituyente de 1857; cuyo contexto en síntesis señalaba:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Artículo 14.- " *Es inviolable la libertad de escribir y publicar en cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho y aplique la ley, designando la pena, bajo la dirección del tribunal de justicia de la jurisdicción respectiva* "

Artículo 24.- *En todo procedimiento criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías: (...) 4a., que se le juzgue breve y públicamente por un jurado imparcial, compuesto de vecinos honrados del estado y distrito en donde el crimen ha sido cometido. Este Distrito deberá estar previamente determinado por la ley.*

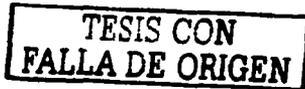
Con el paso del tiempo se intentó extender el sistema de jurados a otras materias, rechazando el Constituyente su conocimiento en el ámbito penal en su sesión del 20 de Noviembre de 1856, conservando la figura en lo que se refería a materia de imprenta, sin embargo posteriormente el artículo 7° que consignaba dicha garantía, fue reformado en 1883, prescribiendo en su parte relativa: " *Los delitos que se cometan por medio de la imprenta, serán juzgados por los tribunales competentes de la Federación o por los Estados, del distrito Federal o Territorio de Baja California, conforme a su legislación penal*"²⁰

Posteriormente en el anteproyecto de 1916 se reiteró parcialmente la anterior fórmula, para quedar su artículo 20 como sigue: "...VI.- *Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que este pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación...*"

En el texto original de 1917 había una referencia adicional a dicho figura, como tenemos en su artículo 130, donde se prohibía que las infracciones a su texto fueran conocidas por los jurados. La fórmula del 130 desapareció por reforma de Enero de 1992. La fracción VI del artículo 20, aún conserva su redacción original.

Sintéticamente podemos concluir, diciendo que al menos teóricamente deben existir leyes federales y locales que regulen la organización y funcionamiento de estos jurados, mismas que le reconozcan su competencia, cuando menos de conocer sobre los delitos de imprenta; no obstante que actualmente los diversos numerales 58, 67, 59, 62, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal dicta algunos parámetros respecto a su integración, insistencia, etc.

²⁰ Zerec, Francisco. *Historia del Congreso Constituyente (1856-1857)*. El Colegio de México, 1966. pp. 316 y 317.



El Consejo de la Judicatura Federal

Esencialmente podemos referir, que todas las facultades de que fue desprovista la Suprema Corte de Justicia a partir de la reforma de 1994, pasaron casi en su integridad a este Órgano, bajo el argumento que si bien la Corte contemplaba - igualmente imitando el modelo estadounidense- dentro de su competencia diversas funciones relacionadas con los tribunales restantes de la rama Judicial Federal, dicha función administrativa distraía su principal función, que es la de juzgar, como última instancia en la defensa de la Constitución. De ahí que en la reforma de 1994 se tomara como iniciativa adicionar a la rama Judicial Federal, la figura de un Consejo, asimilando así los que existen en diversos países europeos y de América.

De conformidad con el artículo 100 constitucional, se integra por siete miembros, uno de ellos es el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, otro es un magistrado de los tribunales colegiados, otro de los unitarios, y un juez de distrito; a dos consejeros los nombra el senado y uno mas lo designa el Presidente de la República, aunque puede sesionar con la presencia de cinco de ellos. Dichos Consejeros permanecen en el cargo por cinco años, salvo el Presidente que su ejercicio dura cuatro años. En cuanto a su funcionamiento puede sesionar en pleno o en comisiones, con dos periodos de sesiones al año, mismas sesiones que pueden ser permanentes o transitorias.

Entre sus facultades y atribuciones, cuenta con un gran número, entre las que tenemos las siguientes:

Legislativas. Dada la facultad conferida por la Constitución que le atribuye el emitir acuerdos generales para el ejercicio adecuado de sus funciones, reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario.

Ejecutivas. Cuando establece comisiones y designa Consejeros, al establecer límites territoriales de circuitos, establecer el número y especialización de los tribunales colegiados, unitarios y de distrito, nombrar, ratificar, adscribir, remover, suspender, etc. a los magistrados de circuito, y de distrito, nombrar personal, aprobar su presupuesto, apercibir, amonestar e imponer multas, fijar los periodos de vacaciones y administrar y vigilar la disciplina del llamado Poder Judicial de la Federación, a excepción de la Suprema Corte de Justicia.

Jurisdiccionales. Cuando resuelve los conflictos de trabajo suscitados entre la rama judicial federal y sus servidores públicos, en los términos de la fracción XII del apartado B del artículo 123 constitucional, solucionar las quejas administrativas y sobre la responsabilidad de los miembros de la Rama Judicial Federal, mismas resoluciones que revisa la Suprema Corte según quedó definido a partir de 1998.

Por último, hemos de señalar que el Consejo de la Judicatura Federal cuenta con órganos auxiliares para su funcionamiento adecuado, como son una unidad defensoría del fuero federal, un Instituto de la Judicatura, una Visitaduría Judicial, y una Contraloría.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esgrimido todo lo anterior, y como un comentario al margen; resulta importante dejar en claro, que un punto medular resulta el significado que tiene para los gobernados, la independencia con que desarrolle su función este eje de gobierno, dada su investidura como garante de la constitucionalidad. Sin embargo, nuevamente vemos que la realidad rebasa a la teoría, resultando claro que el Poder Judicial históricamente no ha gozado de esa independencia aludida por los doctrinarios y por la norma jurídica, incluso hasta su finalidad esencial tal y como sucedía en tiempos de *Juárez y Lerdo*, en donde la presidencia de la Suprema Corte, se usaba como simple medio para escalar otros peñales políticos o para beneficiar a ciertos grupos de poder, como más recientemente ocurrió cuando la Suprema Corte de Justicia validó el "anatomismo" a raíz del crack económico de 1994; o bien, cuando dejó en el limbo jurídico el famoso amparo *Camacho Solís*, mismo que reclamaba la inconstitucionalidad de la Constitución, por así decirlo, dadas sus aspiraciones políticas. De igual modo hemos de decir que corresponde a los Jueces pronunciarse en los juicios de amparo con independencia e imparcialidad, sin embargo tenemos que muchas veces se actúa fuera de este marco cuando están de por medio intereses de un grupo gobernante; y en este caso, dichos juzgadores dejan su investidura para asumir el papel de inquiridores judiciales.

También, hemos dejado claro que la Rama Judicial Federal, no ha disimulado en copiar el sistema estadounidense, así como de la español; tomando de aquél la organización de la Corte, los Tribunales Colegiados y Juzgados de Distrito, y de esta, la centralización judicial y los sistemas de enjuiciamiento.

Mucho se comenta en cuanto a que la actuación, tanto de los tribunales locales y federales, ha resultado de estricto derecho, pues en poco o en nada han tenido en cuenta la equidad y la costumbre; y porque así no decirlo, muchos Ministros y Jueces se han solidarizado con la figura presidencial, felicitándole por la promulgación de sus propuestas legislativas, sin importar que posteriormente conocieran de los juicios o recursos hechos valer por los particulares; por lo que la imparcialidad judicial, aunque legalmente garantizada, sigue siendo un valor por alcanzar, aún en su forma más elemental.

En ese sentido, el célebre constitucionalista *Arteaga Nava*, apunta: *"...Ha habido Jueces imparciales, esto no puede negarse, en defensa de los derechos individuales se han enfrentado valientemente al sistema. Pero no puede dejar de reconocerse que fue la minoría y que cada día son más raros..."*²¹

Una vez expuestas las características más notables y componentes de los Poderes Constituidos, podemos concluir que el Poder Constituyente es previo a aquellos, cuando éste elabora su obra, formulando y emitiendo la Constitución, siendo enseguida sustituido por los órganos creados, y desapareciendo del escenario jurídico del Estado.

²¹ Ob. Cit. *Arteaga Nava*. Elsur. p. 372.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.4. DIVISIÓN DE PODERES

Tal y como ha quedado expuesto en líneas precedentes, la distinción de poderes se originó en la organización constitucional norteamericana, misma que llevó a la práctica, la teoría de separación de los poderes planteada por *Montesquieu* y más anteriormente referida por *Locke*.

Retomando esa separación de Poderes plasmada en la Constitución Norteamericana, nuestra Constitución Vigente y sus predecesoras, plantearon la División de Poderes. Dicha circunstancia resulta algo común en el constitucionalismo moderno; y si bien surgió originalmente para permitir un adecuado ejercicio del Poder, pues atendía más a la división del trabajo que a permitir la especialización, al no dejar de reconocerse que quien legislaba o juzgaba lo hacía en nombre del rey, por lo que a fin de cuentas, seguía el monopolio de la actividad dominical. Así, la especialización con base en el principio de división de poderes, a pesar de su esencia jurídica, en la práctica facilitó y perpetuó la concentración del Poder.

Lo relativo a la división de poderes en la teoría y en la práctica, es una Institución que viene desde la antigüedad, como es el caso de ciertas referencias Aristotélicas, tal y como en *La Política*, donde sustancialmente se describe que todo régimen tiene tres elementos y el legislador concienzudo debe considerar acerca de ellos lo que conviene a la República; si éstos elementos están en regla lo estará también el régimen.

Sin embargo, mas allá de las exposiciones teóricas de *Montesquieu* y *Locke*, diversos constitucionalistas, esgrimen que fue *Maquiavelo*, quien desde una óptica mas pragmática, refirió los intereses reales de esa división de poderes, para lo cual, transcribiremos la siguiente cita: "...Entre los reinos bien ordenados y gobernados, en nuestros tiempos está el de Francia, en el se encuentran infinitas instituciones buenas, de las que depende la libertad y seguridad del rey; la primera de ella es el parlamento y su autoridad. Porque quien ordenó aquel reino, conociendo las ambiciones de los poderosos y su insolencia, juzgando que era necesario un freno en la boca que los contuviese, y por otra parte, conociendo el odio del Pueblo contra los grandes, fundado en el temor, y queriendo asegurárselo, no quiso que esto quedase al cuidado particular del rey, para quitarle aquél peso odioso que pudiese tener con los grandes al favorecer al pueblo, y con el pueblo al favorecer a los grandes; y por ello instituyó un tercer Juez, que fuese el que, sin carga para el rey, reprimiase a los grandes y favoreciese a los pequeños. No pudo ser este orden mejor ni más prudente, ni haber mejor razón para la seguridad del rey y del reino. De aquí puede extraerse un observación notable: que los príncipes deben hacer suministrar las cosas odiosas a otros y las gracias a sí mismos..."²²

Así, vemos que *Maquiavelo*, amén de las teorías desarrolladas por *Locke* o *Montesquieu*, incorpora un elemento más: la realidad; cuando señala que en la práctica, el poder se ha dividido a fin de permitir al titular su ejercicio y evitarle los inconvenientes que su goce trae aparejado; siendo esta la realidad, y lo demás, sólo es teoría.

²² Ob. Cit. *Machiaveli*, Nicolas. pp. 261, 263.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Otros autores, sobre todo más contemporáneos, consideran que la idea de división de poderes ya ha sido por mucho rebasada, citando como ejemplo, que un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el Poder Legislativo y Ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del Parlamento; y se ha producido pues, una integración de estos dos Poderes.

Lo que en realidad significa en la así llamada separación de poderes, no es otra cosa ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones -el problema técnico de la división del trabajo- y que, por otra, los destinatarios del Poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos, la libertad es el telos ideológico de la Teoría de la separación de poderes. La separación de Poderes, no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del Poder Político. Lo que corrientemente aunque erróneamente se suele designar como la separación de los Poderes estatales, en realidad la distribución de determinadas funciones estatales, a diferentes órganos del estado. El concepto de Poderes, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser extendido en este contexto de una manera meramente figurativa; siendo quizá mas preferible la expresión *separación de las funciones* a la de *separación de poderes*.

El descubrimiento o la invención de la Teoría de la separación de Poderes, estuvo determinada por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica de liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la Monarquía en el Siglo XVII y XVIII, al demostrar *El Leviatán* en sus diferentes elementos el racionalismo liberal, quería destruir el misticismo estatal del absolutismo divino de la Monarquía. Este proceso recibió su cuño específico, ante la necesidad ideológica de establecer y proteger la libertad individual. Solo el liberalismo constitucional, identificó la libertad individual por la separación de Poderes. Esto queda aclarado en una breve digresión histórica.²³

Sin embargo a despecho de estas teorías, las constituciones y entre ellas la mexicana, siguen hablando del la División de Poderes; existiendo ejemplos claros como lo es en el sistema británico, -donde a pesar de ser otra la figura de gobierno-, el ejecutivo, legislativo y judicial, se encuentran íntimamente vinculados entre sí, no existiendo caso alguno en que los departamentos se hallen completamente aislados y distintos.

Consideramos importante referir al célebre autor *Madison*, y especialmente en un extracto del capítulo XLVIII de su obra *El Federalista*, donde sostuvo como principios que reguladores de las relaciones de interdependencia los siguientes:

1.- Los Poderes propios de los departamentos no deben ser administrados completa ni directamente por cualesquiera de los otros.

²³ Ob. Cit. *Lewestain*, p. 55.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- Ninguno de los departamentos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a la administración de sus respectivos poderes.

3.- Deben existir medidas prácticas par que cada uno de los departamentos puede detenerse contra las extralimitaciones de los otros.²⁴

Dentro de este contexto se pretendió alcanzar la independencia e integridad de las ramas y niveles de gobierno o la capacidad de que cada uno de éstos realice su misión en equilibrio con los otros a fin de preservar la interdependencia sin la cual la independencia puede convertirse en dominación.

Otros tratadistas se inclinan en señalar que la fórmula de División de Poderes en nuestra Constitución apunta a los cuatro puntos que a continuación se enlistan:

1.- Atribuir en forma preferente una función a uno de los tres poderes, sin excluir la posibilidad de que los restantes poderes participen de ella o les sea atribuida cierta forma de actuar en ella.

2.- Permitir la posibilidad de que los poderes se neutralicen unos a los otros.

3.- Que se dé entre ellos una forma de colaboración o cooperación de la que derive la cumplimentación o perfeccionamiento del acto.

4.- Establecer mecanismos en virtud de los cuales uno de los poderes se defienda de la acción de los otros.

A continuación , referiremos las características esenciales de la separación de poderes, misma que a saber resultan:

Atribución sólo preferente. En nuestra Constitución vigente, tenemos diversos ejemplos prácticos, que ponen en relieve la interrelación de distintos Poderes, tal y como sucede en cuanto a la función legislativa, que si bien es conferida preferentemente al Congreso de la Unión, vemos que el Ejecutivo también puede legislar formal y materialmente; formalmente cuando en funciones del artículo 29, le son concedidas facultades extraordinarias, así como en los casos del artículo 131, y materialmente cuando reglamenta leyes aprobadas por el Congreso de la Unión.

Por su parte y quizá en su sentido *lato*, tenemos que la Suprema Corte de Justicia, también legisla al momento que expide su reglamento interior. El Consejo de la Judicatura Federal igualmente, cuando emite el reglamento para los restantes Tribunales Federales.

²⁴ Madison y Jay, Hamilton. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona, 1979. p. 45.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto a la función ejecutiva, primordialmente encomendada al Presidente de la República, vemos que existen casos en los que el Congreso de la Unión se encarga de nombrar y vigilar a ciertos funcionarios públicos, tal y como prescribe el artículo 110.

Y en cuanto a la función jurisdiccional, vemos que otro tipo de juzgadores ejercen actos de jurisdicción, a pesar de que no forman parte de la rama judicial, como sucede en las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Fiscal de la Federación.

Acción neutralizadora recíproca. Conforme lo anterior, y aunque sea al menos en el marco teórico, vemos que la Constitución ha establecido un sistema de pesos y contrapesos que procura alcanzar el equilibrio entre las tres ramas que se divide la acción gubernativa. Así una ley emitida por el Congreso, puede ser vetada por el Ejecutivo, incluso se habla de que si éste no la publicare, no hay responsabilidad directa que se le pudiera reprochar, o que difiera su entrada en vigor. De igual modo la rama Judicial Federal, mediante su intervención en la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo, neutraliza la acción del Órgano Legislativo en casos concretos.

De igual modo, el Ejecutivo encuentra un contrapeso en el Senado, en los casos de diversos nombramientos, así cuando presenta su informe anual, el cual puede ser criticado y objetado, así como también la rama judicial mediante el amparo, puede frenar su acción, mediante la investigación a que alude el artículo 97, que le faculta para emitir una censura a su actuación.

Por último, en cuanto a la rama judicial, podemos decir que los elementos que neutralizan su actuación son pocos, como ocurre cuando el Presidente indulta a un reo, o en los casos que el Congreso de la Unión publica una ley de amnistía para un determinado grupo de juicios de naturaleza penal y cuando el Congreso juzga a Ministros, Magistrados y Jueces, a los que incluso puede llegar a destituir.

Colaboración entre Poderes y mecanismos de defensas. Son más los casos en que por disposición constitucional se requiere la cooperación de cuando menos dos poderes para el perfeccionamiento de un acto gubernativo. Un ejemplo de lo anterior, lo tenemos cuando el Congreso aprueba una ley, que corresponde al ejecutivo su promulgación y ejecución. Cuando el Congreso destituye a un servidor público, corresponde al ejecutivo cumplimentar la Sentencia. El nombramiento de determinados servidores públicos, como es el caso de embajadores, empleados superiores de hacienda, y de las fuerzas armadas, también esta supeditado a la ratificación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente. El Congreso de la Unión interviene en el acto de aprobar la suspensión de garantías individuales y en el otorgamiento de facultades extraordinarias. El Presidente elabora los proyectos de ley de ingresos, pero requiere la aprobación del Congreso y de la Cámara de Diputados.

Conforme lo asentado líneas arriba, podemos decir que el principio de división de poderes, será válido o estará en vigor mientras quienes actúan como titulares de cada uno de ellos lo disponga; ya que si bien los textos constitucionales son claros en señalar tanto la acción neutralizadora recíproca, como los medios de defensa y colaboración entre poderes, vemos que en la práctica muchas veces estos parámetros

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legales se ven transgredidos por líneas políticas y porque no decirlo de poder, que sacan de todo marco el espíritu constitucional, que desde su texto, es incapaz por sí mismo de impedir su violación o desbordamiento.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO 3

LA REFORMA CONSTITUCIONAL

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO 3.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

3.1. FACULTADES DE LOS PODERES CONSTITUIDOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Sin duda, nuestra Constitución contempla la posibilidad de ser reformada; reconociendo para el efecto dos opciones, una que sería la *teórica*, y otra la *real*.

Respecto de la primera tenemos, que el texto constitucional refiere:

Artículo 39: "...el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno..."

Y en cuanto a la segunda, tenemos:

Artículo 135: "...La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas..."

Esta última fórmula es la que ha servido de fundamento para la crecida acción reformadora con la que se ha alterado el texto original de 1917. Por lo que al estar regulada solo una de las dos alternativas, las reformas, se han inclinado por ésta última vía.

Así tenemos, que el artículo 135, establece un procedimiento para hacer reformas, y determina cuales son los órganos competentes para realizarlas, por tanto, la Constitución no es un documento inalterable; no obstante de ello al hacer intervenir a diferentes cuerpos, resulta dable estimar que sus autores quisieron que nuestro texto constitucional no tuviera la misma flexibilidad de cambio concedida a las leyes ordinarias.

Respecto a la revisión, los autores de la Constitución siguiendo el modelo estadounidense, designaron como Revisor a una combinación de órganos que a saber resultan: el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados.

Pese a lo anterior, ha la fecha continúa en acalorada discusión la desafortunada redacción del artículo 135, que amén de cualquier polémica, no ha hecho mas que generar confusiones; principalmente en cuanto refiere dos de las formas en virtud de las cuales se pueden introducir modificaciones al texto constitucional; esto es, la de *reformular* y la de *adicionar*. No obstante, la mayoría coincide en señalar, que se trata

¹ Bastida Ceballos, Sabino. *La reformabilidad de la Constitución en el Derecho Mexicano*. Escuela Libre de Derecho, México, 1996.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de una cuestión técnico legislativa, mas que a una cuestión lógico-interpretativa, la cual hubiese quedado subsanada con el simple hecho que nuestra Carta Magna, hubiese establecido lo siguiente: "...la presente Constitución puede ser reformada..."; término *reforma* que sería el continente de otras especies, como lo son las *reformas* propiamente dichas, así como las *adiciones* y *supresiones*.

Así, la anterior disyuntiva comienza desde este momento, a apuntar como uno de los principales derroteros dentro del presente trabajo; esto es, intentar definir, si a la luz de una reforma, sería conducente una modificación total del texto constitucional.

En el entendido que retomaremos más adelante el tema, esgrimiendo nuestra postura; continuaremos en nuestra exposición señalando que independientemente de lo arriba señalado; resulta una verdad indiscutible, que nuestra Constitución fue parca, al momento de referir la forma de actuar de los Poderes y sus facultades, al referirse a la Reforma Constitucional; ya que esencialmente se limita a referir, cuales son los órganos que intervienen y la mayoría que se requiere; ante lo cual se ha tomado el rumbo de aplicar los principios generales que regulan la actuación de cada uno de los órganos, tal y como veremos en los siguientes apartados.

La Iniciativa

De previo hemos de referir, que no existe una norma que determine quiénes son los titulares del derecho para iniciar una reforma a la Constitución y que establezca los requisitos a fin de hacerlo. Sin embargo, tenemos que en términos del artículo 71, esta facultad se delega al Presidente de la República, los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados. No obstante en la práctica legislativa, tenemos que de manera consuetudinaria, es el Presidente de la República, quien normalmente inicia las Reformas Constitucionales, por la cual es conveniente analizar su papel en esta etapa y en las subsecuentes.

Así, tenemos que el Titular del Ejecutivo en lo que atañe a la actuación normal del Congreso de la Unión, goza de cuatro grupos de facultades:

- La Iniciativa (artículo 71, fracción I).
- El Veto (artículo 72, incisos a), b) y c).
- Ilustrar a la Asamblea por conducto del Secretario respectivo. (artículo 93).
- Promulgación (artículo 89, fracción I).

Dicho lo anterior, resulta importante subrayar, que para reformar el texto constitucional, los autores del artículo 135 recurrieron a Órganos Constituidos; los que salvo disposición expresa en contrario, se atienen a los principios generales que regulan su particular funcionamiento. En otras palabras, los autores del artículo en mención no establecieron órganos especiales, ni reglas excepcionales.

En relación al tema que nos ocupa, es decir al de las facultades de los Poderes, respecto de la reforma constitucional, tenemos que en mucho se ha citado la redacción de la fracción I del artículo 71, que señala la facultad del Presidente de la República para iniciar leyes o decretos, argumentándose que una reforma a la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Constitución no puede ser técnicamente estimada como ley ni como decreto. Sin embargo, en igual sentido se ha defendido la postura de señalar, que los Constituyentes adoptaron el término en su acepción lata: es decir, como norma general y abstracta; no aceptar esto, significaría que constitucionalmente nadie (comprendiendo a las Legislaturas de los Estados), tendría facultad para iniciar una reforma a la Constitución; ya que tampoco existe disposición expresa que faculte a una Legislatura Local a promover una Reforma Constitucional. Por lo que aceptar que el artículo 71 no es aplicable en lo que se refiere a Reformas Constitucionales, significaría volver nugatorio en todo sentido lo actuado en función del artículo 135, por los restantes poderes.

El razonamiento anterior pareciera por sí lógico; no obstante, conviene invocar otros de diversa naturaleza, como el caso de *Don León Guzmán*, quien como Secretario de la Comisión de Constitución, -una voz interpretativa cuasi oficial-, en su opúsculo publicado en 1870 precisamente para analizar lo relativo a las Reformas Constitucionales de manera expresa dijo lo siguiente: "...El Ejecutivo tiene el derecho constitucional de iniciativa, tal derecho es absoluto, y por lo mismo debe extenderse a las reformas de la Constitución, este punto es claro...".² *León Guzmán* no puede ser tildado de complaciente con el sistema, al momento que recordamos que fue miembro de la Asamblea Constituyente de 1856-1857.

Tenemos también el caso de *Comenfort*, quien a instancias de *Don Manuel Doblado* en Noviembre de 1857 y a escasos meses de haberse promulgado la Constitución, consideró la posibilidad de iniciar ante el Congreso de la Unión diferentes reformas a la misma. Estando vivos casi todos los autores de la Constitución, muchos de ellos ingobernables en materia de manifestación de ideas, era de suponerse que si su propósito hubiera sido negar al Presidente el derecho de iniciativa, habría surgido alguna señal de protesta ante una violación tan grosera; no obstante, eso jamás aconteció.³

En igual sentido, vemos que durante los trabajos del Constituyente de 1917, no hubo una sola palabra crítica, respecto de transgresiones por parte de los titulares del Ejecutivo que actuaron durante la vigencia de la Constitución de 1857, al ejercitar su derecho de iniciativa para modificar la Carta Fundamental; por lo que sin reticencias podemos concluir, que de manera histórica el Presidente de la República puede iniciar reformas a la constitución.

Resulta oportuno dejar subrayado dentro de este apartado, que de manera por demás confusa, hay quienes sostienen que dentro del proceso de reforma constitucional, los órganos que intervienen en la función reformadora, al hacerlo se fusionan en uno y pierden su individualidad; circunstancia que resulta insostenible; dado que la función reformadora es una manera como se manifiesta la actividad legislativa ordinaria, solo que reforzada.

Conforme lo hasta aquí expuesto, hemos hecho dos importantes afirmaciones: una que sustancialmente proclama que en estricto sentido, no existe un Poder Constituyente o un Constituyente Permanente, dado que la facultad reformatoria

² León Guzmán. *Cuestiones Constitucionales*. Imprenta del Comercio de Nabor Chávez. México, 1870. p.12.

³ De la Torre Villar, Ernesto. *Obras, vol. 1*. III, Editorial Porrúa S.A. México, 1870. p.12.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de la Carta Magna es solo una parte del quehacer legislativo confiado al Congreso de la Unión; y la segunda, que en consecuencia de la anterior, a la luz del artículo 71, donde se alude que la facultad de iniciar una reforma constitucional compete sin excluir a otros titulares, a los diputados y senadores del Congreso de la Unión, al Presidente de la República y a las Legislaturas de los Estados.

Una excepción a la posibilidad de que una reforma a la Carta Magna lo promueva un titular diferente a los antes citados, la tenemos en los casos de solicitud de admisión de un nuevo Estado a la Unión Federal Mexicana en los términos del artículo 73 fracción I; la que solo puede darse a petición de los habitantes del territorio que pretenda anexarse, y cuyos habitantes al momento de formular su solicitud son extranjeros.

En igual sentido, resulta por demás oportuno enfatizar, que refiriéndonos a diputados y senadores, la iniciativa puede provenir de uno o más de ellos en sus respectivas Cámaras; no existiendo tampoco impedimento legal para que la iniciativa la suscriban todos los diputados o senadores.

Sin embargo suscribir una iniciativa de manera conjunta, sin dura va contra el sentido de las normas que regulan el proceso legislativo, mismas que contemplan la necesidad que en el recinto de las Cámaras, en forma pública siguiendo un orden, se hable a favor y en contra de una iniciativa y que sea solo mediante ese movimiento dialéctico como se llegue a un consenso. En tal tenor, los Diputados pueden ejercer su facultad de iniciar solo en su respectiva Cámara, lo que de igual modo sucedería con los Senadores. La limitante es simple, tomando en cuenta que el Congreso de la Unión, esta compuesto por dos Cámaras, por lo que el hecho que cada una tenga una conformación diferente, es con la finalidad que la discusión de las leyes y decretos se enriquezca con la participación o concurso de pareceres diferentes, expresados en momento y en circunstancias distintas; eso es lo que persigue la normatividad del artículo 72.

De esta manera, los diputados no pueden ejercer su facultad de iniciar ante la Cámara de Senadores, ni estos en la de Diputados. Así, Senadores y Diputados, no pueden presentar iniciativas de manera conjunta, ante cualquiera de las Cámaras que integran el Congreso de la Unión; ya que hacerlo sería atentar contra el principio que regula la existencia y funcionamiento de las dos Cámaras, presuponiendo que las leyes son el resultado de un consenso logrado entre ellas en forma separada, sucesiva e independiente.

Dentro de esta tesitura, podemos referir lo impropio que resulta presentar iniciativas de manera conjunta por parte de Diputados, Senadores y el Presidente de la República, ya que hacerlo implica atentar contra el principio de división de poderes y los principios constitucionales y legales que regulan el proceso legislativo, ya que intrínsecamente exigen una discusión sucesiva, separada e independiente de ambas Cámaras, las que solamente deben admitir la injerencia del Ejecutivo (al menos teóricamente) en determinados casos, como son la iniciativa que él debe ejercer por sí mismo, la información e ilustración que deben rendir y prestar los Secretarios, el veto y la promulgación. En tal guisa podemos afirmar, que cuando se presenta y da curso a una iniciativa conjunta, implica un consenso al margen de los principios que regulan el proceso legislativo y la promulgación de las leyes; y que hacerlo o permitirlo, implica

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reducir el proceso reformativo, a un simple formalismo. Por lo que hablando de diputados y senadores, aún cuando sean en un número reducido, no les es dado llegar a acuerdos con el Presidente de la República en relación con las iniciativas de leyes, al margen de lo que dispone la Constitución o la Ley; bueno, al menos en el ámbito del *deber ser*.

Actuación de las Cámaras

Como primero punto y retomando la conclusión del apartado que antecede, hemos de reiterar diciendo, que cuando el Congreso de la Unión conoce de una reforma a la Constitución lo deberá hacer de manera separada y sucesiva y no en Asamblea; ya que no existe texto que sostenga que cuando el Congreso conoce de una Reforma, lo haga de manera conjunta.

Apoyando lo anterior, y a manera de una breve reseña histórica, tenemos que el artículo 170 de la Constitución de 1824, disponía:

"...para reformar o adicionar esta Constitución o la Acta Constitutiva se observarán además de las reglas prescritas en los artículos anteriores, todos los requisitos prevenidos para la formación de las leyes a excepción del derecho de hacer observaciones concedido al Presidente en el artículo 106..."

A su vez, la sección sexta de la formación de las leyes, del mismo ordenamiento, en su artículo 53 prescribía:

"...todos los proyectos de ley o decreto; sin excepción alguna, se discutirán sucesivamente en las dos Cámaras, observándose en ambas con exactitud lo prevenido en el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones..."

En igual sentido se continuó en la Carta de 1836, en los proyectos de 1840, en las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 y en el Acta Constitutiva y de Reformas del 1° de Mayo de 1847.

Así, resulta importante recalcar, que de haber existido Senado durante el texto de 1857, seguramente el Constituyente se hubiera inclinado en el sentido de dejar prescrito, que las Cámaras deben actuar en forma separada y sucesiva; por lo que si la Constitución de 1857 no pronunció esa alterancia, fue justamente por la simple razón que solo existía una.

Conforme lo anteriormente referido, tenemos que la hermenéutica jurídica, nos hace suponer que cuando se hace referencia a un organismo que tiene normas generales de funcionamiento que sólo de manera excepcional actúa de manera diferente, nos estamos refiriendo a la actuación común, ya que para la excepción se requiere texto expreso, el cual solo existe, cuando el Congreso a falta del Presidente, se reúne para designar un interino, sustituto o provisional; cuando se oye el informe presidencial y cuando recibe la protesta del Presidente. Lo que significa, que cuando el Congreso de la Unión actúa como Cámara única, éste no delibera, solo oye; lo que

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

confirma que cuando la Constitución habla en su artículo 135 de Congreso de la Unión, se refiere al legislativo ordinario, ente que debe actuar de manera separada y sucesiva.

En tal sentido, el célebre tratadista *Arteaga Nava*, señala: "...la facultad reformadora, se ejerce, por lo general, mediante la combinación de órganos a que hace referencia el artículo 135, y en forma excepcional por vía de los mismos órganos, sólo que reforzados con las intervenciones adicionales mencionadas y confiadas a otro tipo de instituciones constitucionales. Cuando los artículos 135 y 73 fracción III, hacen referencia a una combinación de órganos a la que se confía la facultad reformadora, se refieren no solo a la misma función reformadora, sino también a la misma combinación y colaboración de poderes para alcanzar el objetivo de adicionar o reformar; por lo mismo, sin perjuicio de que su actividad está regida por los principios generales antes enunciados, existe una norma, la del artículo 73 fracción III, inciso 5, en el sentido expreso de que se trata de Cámaras separadas..."⁴

Conforme lo expuesto, podemos señalar que la historia constitucional del país se ha pronunciado sin interrupción en el sentido de Cámaras separadas, y si bien el derecho mexicano, no representa un derecho consuetudinario, el precedente también cuenta y obliga.

Aprobación mayoritaria

Si en el ánimo de hacer una crítica estricta en cuanto a la técnica legislativa del Constituyente, hemos de referir, que en varias ocasiones se ha discutido la redacción constitucional, cuando señala que tratándose de una reforma, esta debe ser aprobada por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes; redacción que pasa por alto que en lugar de referirse a individuos, debería citar a los legisladores presentes, y otra que resulta casi imposible, es que en cada Cámara se logre el cuento exacto de dos terceras partes, sin más ni menos, como lo dispone el artículo; y en cuanto se refiere el término voto, el legislador supuso que éste sería afirmativo, sin embargo, un voto también puede ser negativo. En ese sentido, sería más oportuno que el texto constitucional prescribiera: "...por el voto afirmativo de cuando menos dos terceras partes de los legisladores presentes en cada una de las Cámaras..."

Más haciendo caso omiso de lo anterior, igualmente podemos decir, que no existe duda, que el texto constitucional se refiere a las dos terceras partes de los legisladores presentes en cada Cámara y no al número total de miembros de cada una de ellas; sin pasar por alto que los ausentes no votan, y mucho menos en sentido negativo. En igual sentido, tenemos que el precepto constitucional, no alude a un *quórum* especial, al general que establece el artículo 63; más de la mitad; misma regla que solo tiene las excepciones previstas en los artículos 84 y 85 en los que se refiere un *quórum* diferente.

Aunado a lo anterior, hemos de señalar, que para muchos, es esa conformación, la que define la rigidez de la Constitución, pues esta composición hace un procedimiento legislativo más dificultado; sin embargo, son también varios los autores,

⁴ *Arteaga Nava, Elieur. Derecho Constitucional*, Editorial Oxford, México, 1999, p. 554.

ESTADÍSTICA
DE LA
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

quienes plantean que la composición arriba referida, vulnera la teoría de la democracia, y esencialmente el principio de la "equivalencia de las opciones"; ya que según este principio, en democracia todas las opciones deben tener las mismas posibilidades de realización, lo cual se asegura con el principio de la mayoría que garantiza el éxito para aquella opción que obtenga más votos. Pues bien, el hecho de que para reformar la Constitución se requiera de una mayoría cualificada rompe con esa igualdad de oportunidades, ya que para poner un ejemplo, si una Constitución para ser reformada requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras legislativas, para impedir la reforma (es decir, para que triunfe la opción que propugna por mantener el contenido vigente de la norma constitucional), se requiere solamente el voto del 33% de los legisladores (o incluso menos si se toman en cuenta las abstenciones).

Actuación de la Comisión Permanente

El proceso reformador casi no ha cambiado desde 1857; mas tenemos una variante del año de 1968, donde el artículo 135 fue modificado para permitir a la Comisión Permanente realizar el cómputo de los votos de las legislaturas y emitir la declaración de aprobación de las adiciones y reformas.

Así, dicha Comisión no tiene otra intervención. En lo que atañe al cómputo y a la declaración de haber sido aprobada una reforma constitucional, no se exige una mayoría especial por lo que se aplica el principio de validez general de que en todo cuerpo colegiado las decisiones se adoptan salvo disposición en contrario, por simple mayoría; por lo que a la comisión permanente le son aplicables en lo que corresponde, los mismos principios que existen en esta materia para el Congreso.

La función de las Legislaturas Estatales

En lo que respecta proceso de reforma, las legislaturas locales tienen una doble intervención, una que es la potestativa, y otra, entendida como obligatoria, entendiendo a aquélla, como el derecho de provocar la acción reformadora mediante una iniciativa, como se desprende del contenido del artículo 73 fracción III; y ésta, la de aprobar o no, un proyecto de modificación que les envía el Congreso de la Unión. En la práctica, difícilmente las legislaturas estatales, ejercen el derecho de iniciar, mas en el caso de que lo fuera, éstas tendrían que ajustarse a lo que sobre el particular establece la Constitución, la Ley Orgánica del Congreso de la Unión, el Reglamento para el Gobierno Interior del mismo y la práctica parlamentaria; esto es, una vez turnada la iniciativa, pasa a la comisión, y es ésta la que determina si la misma es susceptible de someterse a consideración de los legisladores, la que podrá hacer cuantas modificaciones considere pertinentes.

Ahora bien, en el segundo aspecto, cuando el Congreso ha aprobado un proyecto de reformas, su papel es mínimo, ya que solo pueden aprobar o no aprobar. Esto es, no pueden hacer nada, para cambiar el proyecto que le es enviado. Por otro lado, dado que la Constitución no previene nada respecto a la mayoría con que un a reforma debe ser aprobada por una legislatura local, le es aplicable la regla general reguladora; por lo que no existe posibilidad alguna de que un decreto emitido por medio del cual se apruebe o no una reforma, pueda ser vetado por una legislatura local.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Facultades del Ejecutivo en la actividad reformadora

En cuanto a la función del Ejecutivo, es de señalarse que mientras no le sea enviada una reforma para su publicación, poco es lo que tiene que hacer, más allá de publicarla en el Diario Oficial de la Federación; considerando que cuando el Congreso hace la declaración correspondiente, no envía al Presidente un proyecto de reforma, puesto que ya se trata de un decreto de reformas en su más amplio sentido, pues presupone la aprobación previa de las dos terceras partes de los legisladores reunidos en cada Cámara, por lo que el veto resulta inaplicable; aunque la incapacidad del Ejecutivo para vetar, derive más de una interpretación al texto constitucional, que a una disposición expresa de la Carta Magna. No obstante, no siempre fue así, tal y como se desprendería del artículo 170 de la Constitución de 1824, donde se le otorgaba al Ejecutivo la prerrogativa de hacer observaciones al proyecto de reformas constitucionales.

Por lo anterior, hemos de sintetizar señalando, que dentro de este apartado —es decir, una vez aprobada por el Congreso—, el Ejecutivo no tiene más función actualmente, que la de publicar el Decreto Reformador, sin que exista norma alguna que le constriña a hacerlo en determinado plazo; tal y como ocurrió en la reforma realizada al artículo 10° en el año de 1971, cuando tuvo que esperar aproximadamente un año para ser publicada.

Asimismo, no huelga señalar, que al Congreso corresponde definir la entrada en vigor de la reforma realizada, y en caso de no hacerlo así, corresponderá supletoriamente hacerlo al Ejecutivo, resultando aplicable la fracción I, del artículo 89.

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FACULTAD REFORMADORA.

Mucho se discute actualmente sobre los alcances de la facultad reformadora prevista en nuestra Carta Magna, por lo que considerado el tema el principal derrotero de este trabajo, a continuación puntualizaremos algunos extractos históricos a ese respecto, bajo la idea que la proximidad al pensamiento constituyente, nos proporcionará elementos más fidedignos de interpretación sobre el alcance actual de la reforma constitucional.

Así, tenemos que el artículo 125 del Proyecto presentado al Congreso Constituyente de 1856-1857, por la Comisión de Constitución, en lo que se refiere al procedimiento reformatorio, disponía:

"...La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Mas para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que un Congreso, por el voto nominal de dos terceras partes de sus miembros presentes acuerde que artículos deben reformarse; que este acuerdo se publique en los periódicos de toda la república tres meses antes de la elección del Congreso inmediato; que los electores al verificarla, manifieste si están conformes en que se haga la reforma, en cuyo caso lo harán constar en los respectivos poderes de los diputados; que el nuevo Congreso formule las reformas, y éstas se someterán al voto del pueblo en la elección inmediata. Si la mayoría absoluta de los electores votan a favor de la reforma, el Ejecutivo las sancionará como parte de la Constitución..."

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Este proyecto fue inicialmente discutido en la sesión correspondiente al 18 de Noviembre de 1856, y sobre éste, a decir de Zarco, tenemos el siguiente apunte: *"...fue sucesivamente impugnado por lo señores Villalobos, Moreno y Zarco, quienes creyeron que era muy lento el medio que proponía y que en él se confundía la democracia pura y el sistema representativo. La comisión, en vez de defender su artículo, pidió permiso para retirarlo, y el Congreso se lo concedió..."*⁵

Posteriormente, en las sesiones correspondientes a los días 25 y 26 de Noviembre de 1856, se insistió en la necesidad de eliminar la lentitud en los trámites de reforma, así tenemos el siguiente extracto: *"...El señor Moreno cree que el artículo establece moratorias inútiles, como si pretendiéramos que nuestros postreros aceptarían como buenas las leyes que les legamos, que acaso no convendrán a sus necesidades..."*. Así, Zarco, asintió: *"...no se sabe porqué la asamblea actual ha de creerse más sabia que las venideras, ha de tener más confianza en su mandato y se ha de figurar que puede interpretar mejor la opinión pública y conocer con más acierto las exigencias del país. No se diga que las reformas son más importantes que la constitución misma. Si se consultara, pues, que la Constitución se sometiera al voto de los electores, ésta ideas pasaría, o no, pero habría lógica y consecuencia en los señores de la comisión..."*. Por otra parte, en el Manifiesto a la Nación, redactado por Francisco Zarco, y aprobado por unanimidad por los integrantes de la Asamblea Constituyente el 5 de Febrero de 1857, sostuvo: *"...por esto se ha dejado expedito el camino a la reforma del Código Político, sin más precaución que la seguridad de los cambios sean reclamados y aceptados por el pueblo. Siendo tan fácil la reforma para satisfacer las necesidades del País, ¿para que recurrir a nuevos trastornos, para qué devoramos en la guerra civil, si los medios legales no cuestan sangre, ni aniquilan a la República, ni la deshonran, ni ponen en peligro sus libertades y su existencia de nación soberana? Persuadios mexicanos, de que la paz es el primero de todos los bienes y de que vuestra libertad y vuestra ventura dependen del respeto, del amor con que mantengáis vuestras instituciones..."*⁶

Conforme lo anterior, resulta válido concluir que el Constituyente se inclinó por el punto de vista de que la combinación de órganos establecida en la Constitución como competente para hacer modificaciones a la misma, lo puede hacer sin limitación alguna, empero, después veremos que existen determinados principios, los cuales aparentemente no pueden ser tocados.

Así, retomando lo expuesto, cuando nos referimos al titular de la soberanía, podemos señalar que si de conformidad con el artículo 39, el pueblo tiene en todo el tiempo el derecho de alterar o modificar su forma de gobierno, y el artículo 136, niega el derecho a la rebelión, resulta lógico concluir, que es por la vía del artículo 135, (a reserva de nuestra propuesta final) que pueden darse tanto reformas superficiales, como sustanciales; ya que negar esa posibilidad, al no existir otra vía, solo dejaría dos alternativas: la inamovilidad o la violencia; y pues ninguna de ellas resulta acorde a un sistema jurídico; por lo que los únicos límites a la actividad reformadora que se deducen del artículo 135, a reserva de lo que será nuestra propuesta final, serían en primer momento, que la Carta Magna subsista y que las reformas respondan a las relaciones de poder que existan en un momento determinado; de lo contrario ella puede ser rebasada o

⁵ Zarco, Francisco. *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*. Colegio de México, 1956. p. 1034.

⁶ Op. Cit. Zarco, Francisco. p. 1057.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

desconocida, considerando que por más interés que sustente el grupo gobernante, respecto a algunas modificaciones, si no éstas corresponden a las relaciones de poder que se dan en determinado momento puede suceder o que se elabore un derecho ideal, que es desconocido reiteradamente, o que propicie intranquilidad y violencia.

Concluyendo este apartado, -y con independencia a que finalmente propondremos una hipótesis conclusiva, la cual pensamos concilia de mejor manera, lo anterior-, hemos de señalar que en la Constitución Política de una sociedad en transición se haga un número considerable mayor de reformas que las que se hacen a las cartas vigentes en sociedades con una larga tradición democrática, no tiene mayor importancia, considerando que es más saludable una reforma que una revolución; es menos peligroso un cambio importante en una carta magna, que su sustitución.

Sin embargo lo que sí resulta criticable, es el hecho que por apatía mental, por intereses mezquinos, o ambas cosas, se introduzcan cambios innecesarios, mal elaborados, que rompan o desvirtúen su estructura general, pues un cambio constitucional debe responder en todo momento a las relaciones de poder y dominación imperantes, cuya regulación solo se da a través de las reformas. Cuando una Constitución fue desplazada por otra, como sucedió de manera frecuente en el siglo pasado, se debió principalmente a que no existieron en los documentos sustituidos los procedimientos de reformas acordes con la velocidad con que se producían los cambios en la sociedad por ellos reguladas; las relaciones de poder en el papel eran diferentes de las que se daban en la realidad.

3.3. GÉNESIS CUANTITATIVA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Continuando con la reseña histórica, pero ahora desde un perfil más propiamente cuantitativo, hemos de señalar que las Constituciones mexicanas han tenido una vida promedio de quince años, desde la más duradera de 1857, con sesenta años de vigencia hasta 1917, hasta las más esporádicas de 1843 y de 1853, con cuatro años cada una de ellas hasta 1847 y 1857 respectivamente. En todas campeó la tónica de efectuar adecuaciones, pero con moderación y mesura. El cambio constitucional tan frecuente durante el siglo XIX obedeció sin duda a que las decisiones fundamentales del país se encontraban por definir y, según la forma de gobierno y los poderes que se adoptaban, exigían nuevas constituciones. Sin embargo, a pesar de la expedición de nuevos textos constitucionales, éstos no hacían tabla rasa de las anteriores Constituciones, sino que representaban modificaciones más o menos extensas, pero siempre cuidando algunos principios básicos, como la soberanía popular, el principio de división de poderes o la supremacía constitucional.

La decisión sobre el sistema federal fue el motivo principal de discusión y cambio constitucional durante el siglo XIX lo que fue la consolidación del sistema presidencial. La mayor parte de las reformas a la Constitución de 1917 se han concentrado en el artículo 73 constitucional, relativo a las facultades legislativas federales, que desde 1921 se han venido ampliando, pero no para fortalecer al Poder Legislativo Federal, sino para ampliar el espectro de acción del presidente de la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

República, líder indisputado en cuanto a iniciativas de reformas constitucionales y de leyes, así como aplicador y garante por antonomasia de las mismas leyes. La Constitución de 1917 ha sido un documento de gran trascendencia para el desarrollo de las instituciones del país, tal como lo fue en su momento, la Constitución de 1857.

En América Latina y en la mayor parte del mundo se está identificando reforma con cambio constitucional, sobre todo cuando las Constituciones son de factura reciente. Así son las tendencias del constitucionalismo que surgió a partir de la Segunda Guerra Mundial: Guatemala reformó sustancialmente su Constitución en 1985, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Argentina en 1994; por lo que el decanato de la Constitución Mexicana de 1917 que se observa en la región, no implica necesariamente el liderazgo que tuvo cuando se expidió, sino observa una serie de retrasos, vacíos y contradicciones, producto de sus múltiples reformas parciales que por cientos se han acumulado en cada sexenio presidencial a partir de **Álvaro Obregón**.

Los errores de nuestra Constitución no han sido del todo corregidos por las constantes reformas. Para apuntar algunos de los más notorios, podríamos mencionar la falta de definición de la jerarquía de las leyes federales y locales en nuestro sistema, la ausencia de límites y alcances de los tratados internacionales, la casi nula participación de los jueces locales en la aplicación de leyes federales, los procedimientos alternos de reforma constitucional, mecanismos mejor definidos de frenos y contrapesos en los supuestos de gobiernos divididos, mayor autonomía para el municipio, definición de las autoridades estatales y municipales en la defensa y protección de los derechos humanos, abatimiento de las excesivas facultades de los Poderes Ejecutivos, mayores facultades al Poder Judicial en materia de iniciativa legislativa y afinamiento de algunos aspectos de su función jurisdiccional, entre otros de fundamental reforma que no han sido adaptados a la nueva realidad mexicana.

Aunque nuestra Constitución Federal ha sido modelada fundamentalmente a partir de la Constitución de los Estados Unidos que es de 1787, la cual cuenta con tan sólo veintiséis enmiendas o modificaciones formales, este engañoso parangón no nos es aplicable, ya que el sistema anglosajón es, en este punto, estructuralmente distinto al derecho codificado que es seguido en nuestro país. La reforma formal de la constitución y la ley son necesarias y expresas en México, no sólo por la restricción tradicional de la interpretación judicial, a la cual se le ha sujetado a la voluntad del "intérprete auténtico", o sea el legislador, según disposición constitucional contenida en el inciso f) del artículo 72, sino porque la distribución de competencias es explícita para el gobierno Federal y no tácita o concurrente como en los Estados Unidos, por disposición del artículo 124 de nuestro texto fundamental. No obstante, aun en la doctrina de los Estados Unidos se escuchan opiniones sobre la reforma formal y explícita de su bicentenario Constitución, a pesar de las incesantes reformas que vía interpretación judicial se efectúan cotidianamente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si bien las reformas constitucionales nunca han sido censuradas en México, los excesos a que se ha llegado en el siglo XX, a partir de su segunda mitad, pueden considerarse como una deformación del mal llamado Constituyente Permanente y a la influencia de un solo Poder, el Ejecutivo Federal. *Francisco Zarco* en una editorial adelantó el juicio, señalando: "...será admirable cuanto reforma se apruebe al texto constitucional, pues no es una Constitución ad perpetuum...".⁷ El historial de reforma constitucional nos muestra la proclividad, aunque moderada, para adaptar la norma fundamental a la realidad. La moderación en la reforma constitucional se plasmó a través de dos medios: a).- La prohibición para reformar la Constitución en un período determinado después de su promulgación como fue el caso de las Constituciones en 1824 y de 1836 que dejaron un lapso de 6 y 4 años respectivamente; y, b) La reforma constitucional requería de dos Legislaturas para ser aprobadas. La primera analizaba la viabilidad de la reforma, comenzaba a discutirla y la publicitaba, mientras que la segunda decidía y votaba en definitiva la iniciativa.

De esta manera, la Constitución de 1824 durante su vigencia tuvo alrededor de diecisiete reformas. Cabe mencionar que la mayor parte de las reformas en esta etapa fueron promovidas por las Legislaturas de los estados.

Por lo que respecta a las reformas de la Constitución de 1857, éstas fueron alrededor de 51 hasta 1916. *Manuel Aguirre Berlanga*, Secretario de Gobernación dentro del gabinete de *Venustiano Carranza*, aseveró hacia 1916 que uno de los motivos para convocar a un Congreso Constituyente era la abundante cantidad de reformas que había sufrido nuestra Constitución en ese período, por lo que se requería convocar a un nuevo Congreso Constituyente para uniformar las reformas y dar congruencia al texto fundamental.

No obstante, la propia Constitución de 1917 ha superado con mucho el crecido número de reformas que en 1916 se consideraba exagerado, si se comparan los cientos de reformas que de 1921 a la fecha se han acumulado en el texto constitucional, la cifra de 51 queda muy por debajo de cualquier proporción actual. Al respecto cabe mencionar, que el medio centenar de reformas que se dieron en el transcurso de 60 años, de 1857 a 1917, es equivalente a la cantidad de reformas que se promueven en los sexenios presidenciales a partir de 1982, según el siguiente cuadro.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	REFORMAS PROMOVIDAS Y APROBADAS
ALVARO OBREGON	8
PLUTARCO ELIAS CALLES	18
EMILIO PORTES GIL	2
PASCUAL ORTIZ RUBIO	4
ABELARDO L. RODRIGUEZ	22
LÁZARO CÁRDENAS	15

⁷ Zarco, Francisco. "La Constitución y la prensa". El Siglo Diez y Nueve. México, 17 de marzo de 1857.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MANUEL AVILA CAMACHO	18
MIGUEL ALEMAN	20
ADOLFO RUIZ CORTINEZ	2
ADOLFO LOPEZ MATEOS	11
GUSTAVO DIAZ ORDAZ	19
LUIS ECHEVERRIA	40
JOSE LOPEZ PORTILLO	34
MIGUEL DE LA MADRID	66
CARLOS SALINAS DE GORTARI	55
ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEON	81

Fuente: Armando Soto Flores. El presidencialismo en México. Tesis de doctorado en Derecho. Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

Todo lo anterior arroja un saldo de 46 artículos originales que no han sido reformados, mientras que 90 disposiciones de la Constitución han sido modificadas una o más veces, lo cual representa 10 veces más reformas que el período previo que motivó el Congreso Constituyente de 1916 y una afectación al 72% aproximadamente del texto por el Constituyente Permanente. Si aplicáramos el criterio de Carranza para convocar a un Congreso Constituyente *ad hoc*, y no atendiéramos al procedimiento de reforma plasmado en el artículo 135 constitucional, habría diez veces más argumentos para hacerlo y dejar de hacer reformas parciales.

No obstante todo lo anteriormente señalado, cabría la posibilidad de que esta conclusión cuantitativa tuviera como contrapeso evidente, el señalar que las condiciones del país en 1917, evidentemente son distintas a las actuales. Afortunadamente no hay una revolución previa o existente, a pesar de la gravedad de las condiciones sociales y del suspenso del movimiento armado que se vive en Chiapas; no obstante, descartada la violencia generalizada de una revolución en las postrimerías del siglo XX, la marginación social, la inseguridad pública, las crecientes condiciones democráticas, la globalización regional, el crecimiento poblacional y sus concentramientos urbanos y no rurales constituyen los nuevos factores a considerar en el texto fundamental, así como la reconsideración de principios que por perderse en la antigüedad política del país, han desgastado su significado y propósito, así como otros que nunca han sido interpretados en sus alcances.

Los nuevos factores reales del poder político en México, desde los partidos políticos que en 1917 estaban desarticulados y que en la actualidad contamos con un régimen de partidos consolidados, hasta el excesivo presidencialismo y el florecimiento de los derechos humanos, exigen una revisión integral de la Constitución Mexicana. Aunque las reformas parciales que por cientos se adoptaron, han modificado sustancialmente el texto de la Constitución.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Diego Valedés aseveró desde hace casi veinte años: "...Las características que actualmente presenta la Constitución vigente pueden considerarse tan distintas de las que tenía en su letra original, como lo serían las de la Constitución de 1917 comparadas con la de 1857..."⁹

Cabe decir que la mayoría de las reformas emprendidas han sido a iniciativa del presidente de la República, cuyo monopolio en esta materia ha reflejado su predominio en la elaboración de políticas estatales, y que se circunscriben a ampliar facultades que redundan en la esfera de acción presidencial o de la administración pública federal, tal como se demuestra en el siguiente cuadro:

REFORMAS Y REPERCUSIÓN EN LAS FACULTADES PRESIDENCIALES.

- 1.- Rectoría del Estado en la Economía. Aunque la jurisprudencia mexicana ha interpretado Estado como Federación, no cabe duda que la mayoría de las veces las actividades encomendadas a la Federación, se entienden que son operadas por su Poder Ejecutivo. De tal suerte, que las reformas atinentes a la materia de expropiación, planeación o áreas estratégicas repercuten en las atribuciones del presidente.
- 2.- Facultades del Poder Legislativo Federal. Formalmente estas facultades han sido las más reformadas; sin embargo, lejos de fortalecer al Congreso de la Unión, éste ha sido el instrumento de las iniciativas presidenciales para regular una materia cuya concreción o aplicación corresponde exclusivamente a la administración pública, excluyendo además la participación de los Estados y concentrando, en consecuencia, las facultades federales en manos del presidente.
- 3.- Reformas Políticas y de Estado. Promovidas mayoritariamente por el presidente de la República desde 1963, han sido un factor de poderío político en torno a las iniciativas presidenciales. Aun la reforma de 1996, con características más parlamentarias, fue supervisada en sus elementos por el presidente.

La eficaz jefatura de partido político mayoritario en los Congresos de México, tanto el federal como los locales, por parte del presidente de la República, ha hecho que sus iniciativas sean las únicas con peso definido para concluir exitosamente el proceso legislativo, por lo que su voluntad e iniciativa es la única con fuerza para hacer cambiar el texto de la Constitución y de las leyes federales.

Esta unicidad en la reforma constitucional es por sí misma peligrosa e inconveniente, contraria al Estado de derecho, fundamento del régimen constitucional, puesto que requiere que cualquier reforma constitucional tenga que ser iniciada o aprobada por el presidente para que ésta prospere.

Ningún Poder debe estar teórica ni prácticamente en control del proceso de reforma constitucional, por lo que el presidente mexicano por su liderazgo del

⁹ Valedés, Diego. *La Constitución Reformada. Los derechos del pueblo Mexicano Congreso de la Unión*. Manuel Porrúa Editor. México, 1980. p. 187.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

partido mayoritario en la representación del Poder Revisor, se ha erigido y consolidado en el único reformador de la Constitución, lo cual es esencia contraria al Estado de derecho. Este sería un primer punto en la agenda de una reforma integral: equilibrar la posibilidad de iniciar reformas constitucionales y quizá despojar al presidente de esta facultad de facto, y fortalecer normativamente para tal efecto al Poder Judicial Federal, quien por el momento, su capacidad de iniciar leyes es realmente inexistente, aunque en la forma, puede proponer leyes atinentes a la organización de su poder.

Las reformas parciales que sólo el Ejecutivo ha propiciado a nuestro texto constitucional son deficientes, además de violentar al Estado de derecho, principalmente por las siguientes causas:

- a) Una reforma parcial se circunscribe a una agenda determinada de preceptos constitucionales, sin la posibilidad real de valorar otros cambios distintos a los planteados en la iniciativa;
- b) La Constitución se ha convertido en un plan de gobierno para el presidente en turno, pues en ocasiones es más fácil reformar que ciertas leyes secundarias; la modificación de un precepto constitucional puede plantearse con agilidad al sólo consiste en una frase de impacto: "el respeto a las tradiciones jurídicas de las comunidades indígenas", "salario digno y remunerador", "derecho a la información", "vivienda decorosa", etcétera; sin embargo, la concreción, aplicación y exigibilidad de la disposición constitucional es etérea, debido a múltiples pretextos, desde económicos hasta políticos, por lo que se ha convertido a la Constitución en un ideario político, un documento programático, más que una norma jurídica exigible ante tribunales y vinculante de todas las autoridades como debiera ser.
- c) Las reformas iniciadas por el presidente de la República ha fortalecido primariamente al Poder Ejecutivo y a su administración pública, no sólo en el ámbito propio de la administración pública, sino en áreas que sustantivamente corresponderían a los otros poderes. Se han ampliado las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, no sólo en lo que respecta al proceso legislativo, como el reconocimiento del referendo de leyes, la capacidad de iniciativa o el silencio sobre la ausencia de promulgación de leyes, sino también en el florecimiento de los reglamentos administrativos y el reconocimiento legal, contrario a la Constitución, de la facultad de los secretarios de Estado de dictar verdaderos reglamentos, con nombres de circulares o normas oficiales mexicanas, o incluso tratados internacionales, con el nombre de acuerdos interinstitucionales. Por otra parte, las funciones jurisdiccionales del Poder Ejecutivo se han incrementado en áreas administrativas, agrarias, laborales y fiscales, entre otras; desprendiendo dichas áreas del Poder Judicial propiamente dicho y entregándolas a la esfera del Poder Ejecutivo.

Por tanto, y sin intentar edificar desde este apartado una conclusión, hemos de señalar que la agenda de una nueva Constitución es vasta. Todas las decisiones fundamentales tienen que ser complementadas y repensadas para convertir al texto fundamental en una verdadera norma jurídica. En la actualidad, cabría decir que prácticamente tenemos una Constitución con las mismas deficiencias que tenía el texto de 1857, cuando los constituyentes de Querétaro la reformaron integralmente. Así,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

vémos que se apoyó la expedición de una nueva Constitución, considerando que esta se había transformado en un conjunto de principios meramente doctrinarios aderezada con principios declarativos. Consideraremos entonces, que la realidad ha desbordado a la Constitución de 1917, por lo que debemos replantear si las futuras generaciones merecen darse una nueva acorde a la realidad del siglo XXI.

3.4. EL ARTÍCULO 135 Y SU RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 39 A 41 DE LA CONSTITUCIÓN

Tal y como quedó expuesto en capítulos precedentes, vemos que de manera poco acertada, se ha pretendido encontrar en la parte final del artículo 39, una excepción a la regla general, que como procedimiento para introducir reformas, establece el artículo 135 y también una excepción al principio establecido en el artículo 41, que determina que sea a través de los poderes constituidos como se ejerza la autoridad. Ciertamente el artículo 39 declara que la soberanía nacional reside en el pueblo, y que éste tiene el derecho de modificar la forma de gobierno. Esta afirmación debe entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 41, que dispone cómo el pueblo puede ejercer lo que se ha llamado su *soberanía*. Los artículos 39 y 41, aparte de normar lo relativo a la organización de los Estados de la Federación, en lo demás su existencia es innecesaria dentro de la Constitución; su presencia sólo se explicaría teniendo en cuenta la tendencia, en parte superada, de atribuir al pueblo la suma de virtudes y facultades; en ese sentido, contribuiría a hacer, de alguna manera, inteligibles otros preceptos.

Así parece que cuando se afirma que el ejercicio de la soberanía se logra mediante los poderes que se establecen en la constitución dentro de sus respectivas jurisdicciones, resulta que al conferirse la facultad de reformar a un cuerpo consignado en ella misma y al atribuir el ejercicio de eso que denomina soberanía a los Poderes Constituidos, lo que hace es negar la participación directa del pueblo en la modificación de la ley suprema.

Como nota a retomar más adelante, y develando nuestra propuesta total, aquí podemos señalar, que en algunos sistemas de gobierno se han dejado al pueblo ciertas formas de participación directa en la modificación de leyes fundamentales, como el *referéndum*; pero en el sistema mexicano tales formas participativas no han tenido aceptación.

Conforme lo anterior, y hecho que sea un examen estricto de los preceptos constitucionales, veremos que de estricto derecho, actualmente no hay más procedimiento para reformar la ley suprema que el general previsto en el artículo 135, y los excepcionales contemplados en el artículo 73. El que haya únicamente una combinación de órganos capaz de reformar la Constitución y de que no exista aparentemente ninguna barrera a su actuación, llevan a concluir que ella, no el pueblo, en la realidad es la única soberana. Así vemos que históricamente, esa combinación, mediante reformas, puede cambiar incluso la forma de gobierno, crear nuevas instituciones jurídicas, suprimir las existentes y, lo que es más, puede alterar los derechos individuales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.5. LA INSTANCIA REFORMADORA Y SU ALCANCE

Comenzaremos señalando dentro de este apartado, que no son pocos los tratadistas, quienes refiriéndose a la existencia de un "poder reformador", señalan que este término, resulta más una circunstancia de tintes semánticos o incluso casi coloquiales, que de índole jurídica, considerando que de estricto derecho, no existe fundamento constitucional para suponer que la combinación de poderes prevista en el artículo 135 sea un Poder, como la han sostenido algunos connotados estudiosos; tal y como hace *Emilio Rabasa*,⁹ cuando le refiere *Poder Nacional Supremo*, o de un *Constituyente Permanente*, o como lo hace *Tena Ramírez*.¹⁰

En estos casos, más que aludir la existencia de un Poder con unidad y voluntad, con todas las reservas del caso, quizá deba entenderse como referencia simplemente a una combinación de órganos, que unidos en uno solo, o en una instancia, tienen encomendada una función, que no es otra que la de reformar; sin que las partes que intervienen pierdan su identidad, ni mucho menos adquieran una diferente; por lo que suponer lo contrario, equivale a forzar la naturaleza de las Instituciones; y este será el sentido que le daremos, cuando nos dirijamos al Órgano Revisor, entendiéndolo como una suma de entidades, pero no como un nuevo ente jurídico, no obstante que daremos en el próximo apartado, mayores elementos doctrinarios para sustentar lo anterior, dejando establecido en que casos, tal vez si corresponda denominar a la instancia revisora "Poder", en su sentido más amplio.

El Órgano Reformador y el concepto de soberanía

Aclarando el apartado anterior, comenzaremos diciendo que comúnmente se observa que el llamado Poder Reformador y Revisor de la Constitución suelen recibir diferentes denominaciones. Algunas de estas denominaciones ciertamente pueden gozar de mayor aceptación que otras. Sin embargo, esas diferentes denominaciones también pueden expresar matices doctrinales importantes, sobre todo, cuando esos matices se relacionan con las diferentes interpretaciones que en cada caso se le da a la idea de la *soberanía*.

En México, los términos que con mayor frecuencia son empleados, tanto por la doctrina cuanto por la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, son los siguientes: *Poder Constituyente Permanente*; *Poder Reformador*, *Poder Revisor*, etc.

Asimismo, vemos que estos términos son generalmente tomados con una idéntica denominación o sentido. Es decir, se emplean indistintamente. Veamos unos ejemplos tomados de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se señala:

⁹ Rabasa, Emilio. *La Constitución y la Dictadura*. México, p. 302.

¹⁰ Tena, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa S.A., México. Cap. III.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"...la Constitución emana del poder constituyente y únicamente puede ser reformada e adicionada por el poder revisor, también llamado constituyente permanente...". Semanario Judicial de la Federación. Juicio de Amparo 410/82, 7°. Época, volumen, 169.174, p.59

...una vez aprobada alguna reforma o adición a la Constitución General de la República por el llamado poder reformador o constituyente permanente...". Semanario Judicial de la Federación. Juicio de Amparo 410/82, 8°. Época, tomo XI junio, p. 244

Como se puede apreciar en estos ejemplos, no parece existir diferencia de significado entre unos y otros. Solamente cuando se habla del poder constituyente, según se hace en el primer ejemplo, es claro que la referencia nos remite a la misma Asamblea Popular que en 1916-1917 dictó la Constitución vigente. Por tanto, la expresión poder constituyente sí debe ser diferenciada de las demás expresiones con que se denomina a la instancia que tiene las facultades de revisar y reformar dicha Constitución.

Los textos constitucionales, tanto el vigente cuanto los históricos, solamente enuncian los diversos procedimientos, a través de los cuales se deberán llevar a cabo las reformas y las adiciones, sin expresar denominación alguna o calificación de esta instancia.

Interesa mucho para los propósitos de este trabajo, intentar examinar si existen o no, diversos matices entre los diferentes términos empleados para la denominación de la instancia de reforma y revisión de la Constitución. Es de vital importancia examinar si existe una relación de estos mismos términos con el problema de la naturaleza de esa instancia revisora, así como de la extensión de las facultades por ella ejercidas y, finalmente, si se da una relación con el sentido propio que en cada caso se haya consagrado de la idea de la soberanía.

Por otra parte, tenemos que la lectura atenta de la mayoría de las Constituciones de los países occidentales, por regla general, tampoco hacen una personalización, indicando el nombre propio, de la respectiva instancia a la que se le encomiendan las tradicionales facultades de reformas y adiciones. En esta mayoría de Constituciones, las asambleas respectivas se ocupan, primero, de regular lo mejor posible los procedimientos de las reformas y adiciones y, en segundo lugar, regulan los límites o las prohibiciones que debe representar esa instancia reformadora. Esta lectura general nos permite hacer de entrada, una importante diferenciación entre la naturaleza del órgano revisor, al que se le autoriza el llevar a cabo una reforma parcial o total del texto originario de aquel revisor a quien, en efecto, se le imponen limitaciones y prohibiciones realmente infranqueables.

La instancia reformadora como Poder Constituyente

He aquí una primera aproximación. En toda aquellas Constituciones en cuyos enunciados se autorice a la instancia revisora y reformadora el poder --valga la repetición-- de revisar y reformar el texto fundamental, en términos prácticos, sin ninguna limitación, estaríamos nosotros frente a una instancia de constituyente permanente, y con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

esta denominación estaríamos reconociéndole a dicha instancia una naturaleza comparable a la que acostumbremos a darle a las asambleas populares que originalmente aprobaron la mencionada Constitución.

Como bien se sabe, en efecto, existen instancias revisoras que no tienen prácticamente límite alguno en su actividad. Repetimos, no tienen ningún límite porque prácticamente lo pueden revisar todo o pueden reformarlo todo.

En estos casos, sin duda, se buscaría encontrar la legitimidad de todas esas reformas y revisiones, así como la legitimidad del mismo órgano que las lleva a cabo, en el enunciado concreto que la propia Constitución consagre o haya consagrado sobre la naturaleza y el alcance de la idea de la soberanía, así a secas, o de la soberanía nacional, o de la soberanía popular, etcétera, según las diversas teorías y doctrinas.

Esto es, que si el concepto particular y concreto que se haya aceptado de la idea de la soberanía permite considerar a la instancia reformadora como un poder propiamente, o en sentido propio, de carácter constituyente, en términos de igualdad o de semejanza y analogía con respecto al carácter constituyente de la misma asamblea que haya expedido la Constitución de referencia, parecerá lógica y congruente aquella autorización para que dicho revisor se comporte precisamente como lo haría una asamblea constituyente (poco más o menos), y por tal razón parecerá también apropiado el llamar a esa instancia revisora, tal como ya lo refieren algunos doctrinarios, constituyente permanente.

Por último, al decir que ese constituyente, permanente, por ser lo que es, podrá reformar y revisar la Constitución sin limitación alguna, significa que ya en la práctica se pueden llevar a cabo desde reformas y revisiones pequeñas hasta una gran reforma en la práctica, suponga casi la aprobación de una nueva Constitución.

La Constitución de Suiza de 1874, de manera expresa, indica que podrá ser reformada en todo o en parte, con lo cual permite al poder revisor, asumir un comportamiento como si fuera el mismo poder constituyente originario. En casos como el de esta Constitución helvética, se puede llegar a la conclusión de que, por extensión, y porque así lo autorizó la asamblea popular originaria, su poder reformador tiene la misma naturaleza que se le haya dado a su poder constituyente originario. Algo parecido sucede con otra Constitución, como es la de la Gran Bretaña, de carácter consuetudinario.

Dentro de este mismo grupo de Constituciones tal vez, se puedan incluir aquellos otros casos en los que, a pesar de existir enunciada en la Constitución originaria alguna o algunas limitaciones expresas, en la práctica el poder revisor se haya venido comportando como si no existieran dichas limitaciones.

Es probable que entre este grupo de Constituciones se puede mencionar la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, no porque su poder revisor le haya hecho un número importante de reformas, sino porque no enuncia un gran conjunto de limitaciones o de materias que no pudieran ser objeto de reformas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En la práctica, la misma instancia de revisión de la Constitución General de la República en México no parece haber tenido limitaciones en su acción. Desde este particular punto de vista se podría llegar a la conclusión de que también aquí el poder revisor sí no tiene el mismo carácter de poder constituyente originario, de facto, sí una gran aproximación y equivalencia. De hecho, según lo veremos más adelante, hay autores mexicanos que no le reconocen límites al poder revisor, frente a otros autores que sí encuentran en nuestra Constitución fundamentos que limitan tal actividad. Digamos desde ahora que en este estado de controversia lo que motiva las presentes reflexiones. En todo caso, al colocar en este grupo de Constituciones a nuestro texto constitucional, no tenemos otra intención sino la de destacar ese sentido de poder originario con que se han venido manifestando ambas instancias de revisión, sentido no muy justificable, por decir lo menos.

La instancia reformadora como Poder Constituido

Aquí tenemos otra posibilidad. En efecto, existen otras muchas Constituciones, vigentes e históricas, en las cuales se señalan límites muy precisos a la actividad de esa instancia revisora. En todos estos casos, el poder constituyente originario, al establecer dichas limitaciones o prohibiciones, claramente está marcando la existencia de una diferencia específica con respecto a la instancia de revisión.

El poder constituyente en estos caso se comporta de conformidad con el sentido que se le haya dado a la idea de la soberanía popular. Por tanto, si la soberanía popular se concibe como algo perteneciente al pueblo, como algo que radica o reside en el pueblo, como un poder que, en parte se puede delegar, y en parte se reserva a favor del mismo pueblo, el comportamiento final de la asamblea popular que dicta una Constitución tendrá que ser congruente con estos matices de dicha soberanía.

Cuando la soberanía se hace radicar en el pueblo y al hacerse el enunciado del contenido de dicha soberanía se expresa una reserva a favor de dicho pueblo, cualquiera que sea esta reserva (generalmente la reserva tiene que ver con la forma de gobierno), el poder constituyente originario, que es quien hace esta interpretación fidedigna de la soberanía popular, política y jurídicamente, se coloca muy por encima de la instancia revisora, la cual por este solo hecho tendrá una naturaleza de poder constituido, por lo tanto subordinado, no sólo a acatar fielmente los procedimientos establecidos para la reforma, sino también a respetar esas terminantes limitaciones a él impuestas.

Son muchísimas las Constituciones que, de una manera u otra limitan al poder revisor. En efecto, en estos casos están las Constituciones de Noruega de 1814; de Italia de 1947; de Costa Rica de 1949; de Francia de 1958; de la República Dominicana de 1996; de Grecia de 1975; de Honduras de 1982; de El Salvador de 1983; de Guatemala de 1985; de Nicaragua de 1987; por citarlas como meros ejemplos.

Refiriéndonos al caso mexicano, podemos decir que todas sus Constituciones, desde la histórica expedida en 1812 por la Cortes españolas, hasta la vigente de 1917, son Constituciones elaboradas por una asamblea popular que claramente expresa su diferencia con respecto a la tradicional instancia revisora. En todas esta Constituciones, por boca de la asamblea popular, se formula el enunciar el

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

contenido de la soberanía la reserva expresa de todo aquello que tenga que ver con la forma de gobierno no podrá ser reformado sino mediante la participación de este pueblo, ello, a través de medios de democracia semidirecta.

Dentro de este segundo gran grupo de Constituciones se pueden apreciar que muchas de ellas, después de formular las mencionadas prohibiciones, buscan darle una salida intermedia al problema de la revisión de todas las materias o de algunas de ellas, que están comprendidas dentro de las limitaciones. La regla general es que para poder llevar a cabo una reforma sobre esas determinadas materias, se deberá llevar la aprobación del proyecto de reformas a la instancia de un referéndum popular.

Un examen preliminar del caso mexicano

Las breves consideraciones que anteceden no tienen otro propósito que el de traer a estas páginas el contexto general en que se muevan las diversas Constituciones y, por ello, la premisa fundamental de este trabajo, respecto de la Instancia Reformadora frente al sentido del texto fundamental originario, a fin de comprender lo que sucede en México, objeto primordial de este trabajo.

Así, surgen de manera obligada, los siguientes cuestionamientos: ¿Qué ocurre, pues, con el régimen mexicano?, ¿cuál es el carácter o naturaleza del poder revisor?, ¿tiene o no tiene límites precisos al ejercicio de sus facultades de revisión?, y finalmente preguntamos si acaso dicho ejercicio estaría o no bajo el control del Poder Judicial Federal.

A efecto de ir sentado una base, hemos de reiterar diciendo, que todos los textos fundamentales, desde la primera Constitución que estuvo en vigor en el territorio de lo que será México, la española de 1812, hasta el texto en vigor de 1917, han aceptado la reformabilidad del mismo, siguiendo sistemas más bien rígidos, pese a que la práctica de algunas etapas históricas, como la presente, no lo parezcan. Los procedimientos de reforma son conocidos por los juristas y la doctrina patria. Están previstos en todos los textos. No hace falta sino recordar, y lo hacemos a continuación, el texto que ahora los regula, que se encuentra como artículo 135:

Artículo 25.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

A la luz de tal enunciado, se dice que la Constitución mexicana de 1917 pertenece a la clase de rígidas, porque es muy rígido dicho procedimiento. En la práctica, sin embargo, todos sabemos que es tan elevado el número de las reformas hechas que a todas luces nos llevan a la conclusión de que, ya en el terreno de los hechos ha resultado ser muy fácil formularle reformas al texto original; tantas cuantas se quieran.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

He aquí un tema en constante polémica, que abordaremos más ampliamente dentro del siguiente apartado, consistente en el juicio de amparo promovido en contra de la reforma hecha a nuestra Constitución, a la publicada en el Diario Oficial de la Federación del 26 de agosto de 1986. Se conoce como "Juicio de Amparo Manuel Camacho Solís". Se trata de un caso singular, resuelto a medias, que llega al conocimiento de la Suprema Corte y ésta dio atender, que efectivamente podía ser revisable por la jurisdicción federal las formalidades del procedimiento de las reformas de la Constitución, para verificar si el poder revisor las guardó o no de manera exacta y precisa. Decimos que fue resuelto a medias porque jurídicamente no hubo, no lo ha habido hasta el momento, pronunciamiento alguno que haya resuelto en definitiva a las cuestiones que aquí estamos planteando.

Con este juicio de amparo se ha vuelto a actualizar la tradicional controversia de la doctrina mexicana, no sólo sobre la posible revisión de los actos del poder reformador, sino también sobre el alcance final de esos mismos actos. Respecto de esta controversia, como lo refiere *Jorge Carpizo*, para unos autores el poder revisor no debe tener límites en su acción reformadora; para otros autores, entre los que destaca el propio *Carpizo*, dicho poder sí debe tener límites, aunque no sean mencionados en los enunciados constitucionales. Y junto a estas dos posiciones encontradas, tendríamos otras dos posiciones que aportan diferentes matices a las dos mencionadas; una es la tesis de que reformar y adicionar no significan el emitir un nuevo texto y, la otra, que las formalidades del procedimiento sí deberán ser guardadas en todo caso (limitaciones formales) por el poder revisor. Veamos.

Las tesis de las facultades limitadas

Aunque brevemente, hemos de señalar que por ejemplo, *Eduardo Ruiz*, acepta la idea de que todo es reformable en nuestra Constitución, ya que expresamente dice que la forma de gobierno también puede ser alterada por la instancia de revisión, lo que es también una garantía de que la forma de gobierno federal no será alterada ni modificada, sino mediante la voluntad expresa del pueblo mexicano que ejerce en este caso su soberanía por medio del Congreso General y de las Legislaturas de los Estados.¹¹

Según apreciamos, *Eduardo Ruiz* no ha considerado que el enunciado de la soberanía popular (actualmente artículo 39) suponga una reserva a favor del pueblo (entiéndase asamblea constituyente originaria). Al contrario, piensa que lejos de ser una limitación, se trata de una autorización para reformar inclusive la forma de gobierno.

Por su parte, *Rodrigo Borja* sigue la tesis de *Eduardo Ruiz* y comenta que la atribución a los órganos legislativos ordinarios por los preceptos constitucionales es una atribución que dimana de la propia Constitución y su ejercicio no supone ni necesita la intervención del poder constituyente.¹²

¹¹ Ruiz, Eduardo. *Derecho Constitucional*. UNAM. México, 1976. p.41

¹² Borja, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México 1987. p. 318.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La de *Ulises Schmill* sería otro ejemplo de la misma tesis relativa a las facultades ilimitadas del poder revisor, quien compara nuestra Constitución como la de la Gran Bretaña, que él califica de flexible y, por tanto, reformable por los mismos poderes constituidos. Luego añade: "...el artículo 135 constitucional establece la competencia para reformar o adicionar la Constitución y esta competencia no se encuentra limitada por ningún otro precepto constitucional, ya que se da de modo ilimitado."¹³

Se funda el argumento de *Schmill*, primero, en el hecho de que el poder revisor emana de la Constitución y por este hecho estaríamos ante un órgano diferente al Poder Constituyente y, en segundo lugar, es el hecho de que la instancia reformadora es diferente a los poderes constituidos, quienes ciertamente no podrán ni reformar ni añadir nada.

Las tesis que se oponen a una reforma total

Los anteriores son ejemplos nada más de la tesis doctrinal que no reconoce límites a la actividad reformadora en nuestro sistema. Ahora, podemos introducir una segunda tesis, que presenta un matiz nuevo. Esto es, también aceptan la posibilidad de reformas ilimitadamente al contenido de la Constitución, pero —afirman— sin que se acepte la idea de, por esa vía, dar una nueva Constitución, lo cual quiere indicar que están prohibidas en nuestro sistema federal las reformas totales.

Al argumento que suele citarse para rechazar la idea de la reforma total es el de que la voz o término "reforma" y el "adicionar" presuponen la necesidad de conservar el todo. No es muy convincente este argumento, no sólo porque en la práctica el poder revisor mexicano lo ha reformado casi todo, sino porque ya tenemos ejemplos de reformas que modifican tan profunda y extensamente el texto original que parecen como nuevas Constituciones. Además, entre los enunciados constitucionales ciertamente se acepta que la reforma pueda ser total o parcial, distinguiendo en todo caso los procedimientos, como sucede con la española o la de Costa Rica.

Felipe Tena Ramírez, quien es un buen exponente de quienes sostienen que no es posible darnos una nueva Constitución por la vía de la acción reformadora, comenta: "...dicho poder no tiene facultad para derogar totalmente la Constitución en vigor, sustituyéndola por otra, pues esa facultad no puede incluirse en las únicas que tiene el Constituyente Permanente, como son las de adicionar o reformar, las cuales se ejercitan siempre sobre una ley que existe o sigue existiendo..."¹⁴

Las tesis que aceptan las limitaciones formales o de procedimiento

Otros autores, y entre ellos el mismo maestro *Felipe Tena Ramírez*, y últimamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostienen la necesidad de que el Poder Revisor respete las formalidades del o de los procedimientos de reforma y revisión.

¹³ *Schmill*, Ulises. *El sistema de la Constitución mexicana*, México, 1971. p. 150.

¹⁴ Ob. Cit. *Tena*, Felipe. p.58

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Según esta tesis, tendríamos que reconocer que esas formalidades, previstas en la propia Constitución, como es normal, se constituyen en verdaderas limitaciones impuestas a dicho poder revisor. Sobre este particular, *Tena Ramírez* afirma lo siguiente: "...una reforma a la Constitución se puede declarar inconstitucional, no por incompetencia del órgano idóneo del artículo 135, sino por haberse realizado por un órgano distinto a aquél o por haberse omitido las formalidades señaladas por dicho precepto..."¹⁵

Desde luego, como también es evidente, la instancia revisora sería un órgano constituido, de la misma manera que los demás poderes ordinarios, son órganos constituidos, por la sencilla razón de que uno y otros están obligados a respetar las formalidades previstas en la misma norma fundamental para el ejercicio de todas o de algunas de sus facultades. Los Jueces del Poder Judicial de la Federación no podrán nunca violar las garantías constitucionales, entre otras, por ejemplo, las que regulan los procedimientos; el Poder Ejecutivo, por su lado, tampoco podrá violar las formalidades que, citando otro ejemplo, establece la Constitución para llevar a cabo el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y, por último, la violación a los procedimientos que deben seguirse en el proceso de aprobación de las leyes del Congreso de la Unión, podrán ser objeto del juicio de inconstitucionalidad.

He aquí un grupo de limitaciones, según hemos visto, relativas a la necesidad de respetar los procedimientos de reforma y de revisión previstos en las respectivas Constituciones. Todavía habrá que preguntarse si acaso puede o debe existir otra clase de limitaciones, como pasamos a ver en el siguiente apartado.

Tesis que aceptan respetar las decisiones fundamentales

Entre los autores mexicanos, existen personalidades que, sin detrimento de haber sustentado alguna o algunas de las tesis anteriormente referidas, también afirman que el poder revisor debe ser respetuoso con lo que se denominan decisiones fundamentales, aunque no se contenga ninguna enunciación en ese sentido en el texto de la Constitución. Entre estos autores destacan los maestros *Felipe Tena Ramírez*, ya citado, y *Jorge Carpizo*, a quien han seguido varios de sus discípulos, como es el caso de *Jorge Madrazo*.

Así, el maestro *Felipe Tena Ramírez*, a pesar de lo que ya sabemos que ha dicho al respecto, precisa: "...por vía de reforma o de adición, nada escapa a su competencia, con tal de que subsista el régimen constitucional, que parece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución..."¹⁶

De alguna manera *Tena Ramírez* está matizando las anteriores afirmaciones, que ya conocemos. Y está insistiendo en la diferencia esencial que debe haber entre el poder constituyente, autor de la Constitución, y de los poderes constituidos, incluido, añadimos nosotros, el mismo órgano revisor, precisando que: "...la facultad de realizar las reformas en un solo proceso, dentro de un solo ejercicio legislativo, sin

¹⁵ Idem. p. 60.

¹⁶ Id. p.58

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

consulta anterior ni posterior al pueblo, no solamente significa desvinculación entre el pueblo y los reformadores, sino también permite la prodigalidad de las reformas, que hasta la fecha alcanza, en la Constitución de 1917, un número excesivo..."¹⁷

Por su parte, **Jorge Carpizo** y sus discípulos más cercanos, con mucha más fuerza y convicción, han inculcado la conveniencia de que el poder revisor respete a toda costa las decisiones fundamentales, como materia prohibida para dicho poder revisor. He aquí sus palabras: "...las decisiones fundamentales no pueden ser reformadas por el poder revisor, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo, y que si en México se suprimiera o cambiara la idea de una decisión, el orden jurídico mexicano actual se transformaría en uno nuevo, o sea que la Constitución de 1917 desaparecería y surgiría un nuevo código supremo..."¹⁸

A continuación, para saber cuáles podrían ser algunas de esas decisiones fundamentales, el maestro **Carpizo** añade: "...la Constitución de Querétaro en nuestros días ha sufrido una incontestable manía de reformas. Algunas inocuas. Pero, algunas de esas modificaciones, han sido a decisiones fundamentales: a las garantías individuales, a las garantías sociales, al principio de la división de poderes, al sistema representativo, etcétera..."¹⁹

Conforme el anterior extracto, vemos que son muy interesantes las palabras de **Carpizo**, ya que sin duda tienen que ver con todos esos procedimientos especiales de reformas a la Constitución que exigen, como último requisito, el sometimiento de la propuesta de reforma al voto del pueblo. Dicho consentimiento, además de acentuar el carácter de rigidez del mismo principio de reformabilidad, nos lleva a la consideración de que la propuesta de reforma estaría afectando lo que en México llamamos decisiones fundamentales, que es la materia sujeta efectivamente a votación popular por las Constituciones, entre otras, de España, de Costa Rica, o de Colombia. Más aún, la misma opinión de **Carpizo** nos acerca al indiscutible papel que solamente el pueblo tiene, a través de una asamblea constituyente originaria. Esto es, la de decirnos cuáles sean en concreto esas mismas decisiones fundamentales.

Conforme lo hasta aquí expuesto, vemos que el concepto del principio de la soberanía, es pues, el fundamento firme como para calificar de poderes constituidos a todos los que se mencionan en la Constitución. Son poderes constituidos, primero, porque ninguno de ellos goza ni puede gozar de poseer la plenitud de la soberanía, que el pueblo sólo transfiere al poder constituyente; segundo, porque las facultades que ejercen los poderes constituidos, son facultades encomendadas por la Constitución; tercero, son poderes constituidos porque no pueden dejar de respetar las formalidades, lo mismo que las limitaciones impuestas para el ejercicio de sus respectivas asignaciones de poder, y cuarto, son poderes constituidos porque todos los actos que emitan estarán sujetos, en cuanto a la forma y al fondo, a los controles establecidos por la misma Constitución.

¹⁷ *Ibid.*, p. 61

¹⁸ **Carpizo**, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. UNAM. México, 1969. p. 332

¹⁹ *Ibid.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.6 LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Al hablar del proceso de reforma, sin duda tenemos que referimos a un enjambre de alteraciones a nuestra carta magna; algunas de las cuales, que sin duda han respondido a verdaderas exigencias del cambio social, económico y político del país; es decir, se pueden considerar adaptaciones del texto constitucional a nuevas realidades históricas, y otras, por el contrario han sido producto de meras coyunturas políticas de circunstancia o de la irreflexión, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, que integran el órgano reformador, hasta la frialdad del Presidente de la República en turno. Sin duda, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los estados, que integran el órgano reformador, hasta hace breve tiempo eran, por virtud del monopolio del partido oficial, meras oficinas de trámite de las iniciativas de reformas constitucionales presentadas por el Ejecutivo.

Ahora bien, lo que tendría la mayor trascendencia sería investigar si algunas de esas reformas sufridas por nuestra Constitución pugnarón —o pugnan—, con los principios, los valores y las normas que le dan identidad. Es decir, si hubo reformas "inconstitucionales" que afectaron la esencia misma de nuestra ley suprema. Y si en el futuro podría haber también reformas que adolecieran de la misma legitimidad.

Atentaron contra la Constitución, por ejemplo, las reformas de 1928 al artículo 73, VI, que suprimió el municipio libre en el Distrito y territorios federales, institución que el Constituyente de Querétaro consideró que su establecimiento constituía "la diferencia más importante y, por tanto, la gran novedad respecto de la Constitución de 1857", y la de 1934, al artículo 3°, que estableció la educación socialista con carácter obligatorio y suprimió en forma absoluta la garantía individual de la libertad de enseñanza, que aunque en forma restringida había consagrado el Constituyente de Querétaro, y la de ese mismo año de 1934, que suprimió el derecho de amparo respecto de la garantía de la propiedad en materia agraria, o la de 1982, al quinto párrafo del artículo 28, que estableció el monopolio del ejercicio de la banca a favor del Estado y la consecuente prohibición de concesionarla a particulares?. Esta última reforma fue calificada por el jurista *Ramón Sánchez Alcalá*, como "reforma demeritoria de la Constitución", por considerar que suprimió la garantía individual de prohibición de nuevos monopolios del Estado y la correlativa garantía individual de libertad de industria y comercio, y cuya inconstitucionalidad fue objeto de inusitada e infructuosa impugnación mediante el juicio de amparo promovido por el mencionado abogado en unión del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, *Vicente Aguinaco Alemán*.

Ahora bien, desde la etapa introductoria del presente trabajo, dejamos abiertos diversos cuestionamientos, como lo son, ¿si una reforma pudiera contradecir normas fundamentales?, ¿si existen en la Constitución normas fundamentales o una jerarquía de leyes?, y si existen, ¿podrían ser tocadas por el órgano reformador?, ¿el poder del órgano reformador es absoluto?, resulta equívoco la permanencia de las normas jurídicas fundamentales?, ¿sería un contrasentido lógico, poner límites al órgano reformador?.

Las preguntas se podrían multiplicar en proyección geométrica. El asunto no admite una fácil solución. Pero parece que en nuestro país la cuestión quedó zanjada. La Suprema Corte de Justicia, simplemente dice, en algunas escasas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ejecutorias, que más adelante se reproducen, que no es posible una reforma inconstitucional porque en la Constitución no hay jerarquía de preceptos y porque en el Poder Constituyente radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones.

Los juristas, con la sola excepción de la demanda de amparo mencionada en el apartado precedente, no han impugnado posibles reformas inconstitucionales mediante el juicio de amparo. Por otro lado, tenemos que las recientes reformas de 1994 al artículo 105 de la ley fundamental, que crea la acción de inconstitucional con efectos *erga omnes*, se refiere únicamente a leyes y tratados y no a reformas del texto constitucional.

Tal y como situamos en líneas precedentes, vemos que recientemente ha llamado la atención —y conviene detenerse en ello por la importancia que tiene—, el amparo promovido por el Licenciado *Manuel Camacho Solís* en contra de reformas constitucionales al artículo 122, por considerar que afectaban sus derechos políticos y otros de distinta naturaleza, pero solamente se enderezó contra estos últimos y no contra los primeros, impugnándose solo aspectos formales de la reforma y no en cuanto al contenido de la misma, pero en realidad lo que pudo haber violado sus garantías individuales en materia política y aún en cuanto probablemente se trataba en cierto aspecto, de una ley de carácter privativo, fue la parte sustantiva de la reforma en el precepto que le impedía —y le sigue impidiendo de por vida—, ser candidato y, por ende, Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Para tener alguna posibilidad de éxito en sus pretensiones, Camacho Solís, hubo de enmascarar, por decirlo de alguna forma, la cuestión de fondo de su demanda, que realmente consistía en la posibilidad de que mediante la susodicha reforma se hubiera introducido una norma inconstitucional en el propio texto de la Constitución, y consecuentemente la necesidad de impugnarla a través del Juicio de Garantías, por considerar que le violaba derechos fundamentales tutelados en la misma Constitución. Las probabilidades de buen éxito de este planteamiento hubieran sido prácticamente nulas, debido al criterio absolutamente inconvencible de nuestra Suprema Corte, en el sentido que una reforma operada por el Órgano Reformador, y de acuerdo con los requisitos del artículo 135 de la Constitución, nunca jamás puede ser inconstitucional.

Tampoco hubiera prosperado pedir el amparo por violación de derechos políticos, porque según las reiteradas tesis de la Corte, sostenidas hasta la fecha en que se instauró aquél —aunque en algunos casos formuladas con cierta ambigüedad—, la violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, toda vez que no se trata de garantías individuales. Nuestra Corte Suprema, siempre ha tenido un miedo casi cósmico de contaminarse de las "trivialidades" de la política.

En la demanda de amparo de referencia, como ya se dijo, se optó por impugnar aspectos de competencia y procesales de la reforma constitucional de que se trata, los cuales en nuestra opinión era difícil que prosperaran, porque eran convalidables. Pareciera que dentro de la más elemental lógica jurídica y de la naturaleza misma del juicio de amparo, a un individuo al que mediante una reforma constitucional se le vulnera un derecho humano de carácter político, es individuo tendría derecho a impugnar esa reforma, utilizando dicho instrumento protector. Pero, como ya se advirtió arriba, no ha

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sido así; el hipotético sujeto no sería justiciable para efectos de nuestro juicio de garantías.

Quizá no se ha prestado suficientemente atención, a una antigua tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, invocada en la misma demanda de amparo de Camacho, para justificar paradójicamente, que dicha tesis le impedía cuestionar el fondo de la reforma, ni discutir la competencia del órgano reformador y, por ello mismo, acudía al expediente de impugnar solamente el proceso reformativo en aspectos solamente de forma. La tesis en cuestión, dice así:

PODER CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN. En él radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, sin más límites que los que fija el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre". I-III, p. 588, amparo mixto en revisión. Hernández Ignacio, 28 de Agosto de 1918, mayoría de seis votos.

Como se desprende en forma natural de la tesis transcrita, resulta que en contra de su interpretación constante por parte del Poder Judicial Federal, el órgano reformador sí tiene límites en su actuación y uno de esos límites es precisamente "los derechos naturales del hombre"; es decir, las garantías individuales. Pero entonces, habría que preguntarse, ¿porqué la Suprema Corte, con base en esta y otras tesis, ha considerado que no procede el Juicio de Amparo, tratándose de violación de derechos políticos. Pues simplemente porque en una posición del más puro corte voluntarista, ha decidido que los derechos políticos, no son derechos humanos. Ello, en abierta contraposición de la doctrina internacional de los derechos humanos, de la normatividad casi unánime del Constitucionalismo occidental y sobre todo, de la declaración de la ONU de 1948, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, estos dos últimos instrumentos, promulgados en 1981, y que por tanto, forman parte sustantiva de nuestro orden jurídico internacional.

Conviene traer a estas líneas, algunas consideraciones expuestas por el célebre jurista *Ramón Sánchez Medel*, quien en su crítica al Tribunal Colegiado de Circuito que se negó a revisar la revisión interpuesta en contra de la resolución del Juez de Distrito ante quien se presentó la demanda de amparo en contra de la reforma del artículo 28 constitucional, que se ha hecho referencia, y al Pleno de la Suprema Corte, que se negó a conocer y resolver el primer amparo que se ha presentado en México contra una reforma aparentemente inconstitucional, expresa que a la reforma constitucional: "...se le concedió un extraño derecho de asilo, aquel que obtenían los delincuentes de la Edad Media, a favor de toda clase de reformas a la Constitución, porque una vez que cualquier reforma lograba aposentarse en el texto de la Constitución, gozaba ella de una sagrada inmunidad y se convertía en intocable como la Constitución misma, razón por la cual los Tribunales Federales deberían sin más, abstenerse de entrar a examinar la constitucionalidad de toda clase de reformas, aún de las reformas destructoras de garantías individuales y de las reformas demeritorias de otras decisiones políticas fundamentales..."²⁰

²⁰ Sánchez Medel, Ramón. *Las reformas demeritorias de la Constitución*. México, 1998. p. 31.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Pese a lo anterior, no hay que soslayar, nuestra Suprema Corte de Justicia, dio un adelanto para romper con esos antiguos y anacrónicos criterios, al resolver en el Amparo en Revisión de **Camecho Solís**, la procedencia del juicio de garantías en materia de derechos políticos.

A la luz de las nuevas circunstancias políticas del país, de las recientes reformas del Poder Judicial Federal, y del inicio del proceso que se ha dado en llamar "la reforma del Estado", habría que preguntarse si no es también el momento de reemprender el estudio del problema objeto de estas reflexiones y encontrar una solución. Siendo así, el planteamiento se podría formular mediante estas dos preguntas básicas que deben tratarse en conexión una con la otra:

- a).- ¿Puede haber una norma inconstitucional en la propia Constitución?
 b).- ¿Existe o debe existir un medio de control de los actos del órgano revisor de la Constitución?

Como una aproximación para edificar respuestas, citaremos a continuación, algunas posturas doctrinarias, respecto a la inconstitucionalidad de una reforma constitucional.

Comenzaremos citando al connotado constitucionalista **Emilio Rabasa**, quien si bien expone claramente que el órgano reformador tiene toda la facultad de reformar los preceptos constitucionales, modificarlos o suprimirlos, sin que dicho poder reformador tenga limitación ninguna en el procedimiento; sin embargo, no se plantea el problema que suscita la incorporación de una norma en la Constitución, mediante el procedimiento reformativo, que pugnara con sus principios fundamentales.²¹

Por su parte **Tena Ramírez**, cuya postura ha sido ampliamente abordada dentro de este trabajo, niega categóricamente que se pueda declarar inconstitucional una reforma a la Constitución, salvo cuando se trate de incompetencia del órgano reformador o por no haberse surtido las formalidades previstas, señalando: "...según nuestro criterio, una reforma a la Constitución se puede declarar inconstitucional, no por incompetencia del órgano idóneo del artículo 135, sino por haberse realizado por un órgano distinto de aquél o por haberse omitido las formalidades señaladas por dicho precepto. Sólo en ese caso, en que se podría comprobar objetivamente el vicio de la reforma, sería procedente enjuiciar la validez de la misma por medio del juicio de amparo que es el medio de definir los casos de inconstitucionalidad...".²²

Consecuentemente con su tesis, **Tena Ramírez** sostiene que técnicamente no se podría declarar la inconstitucionalidad ni siquiera de una reforma que suprimiera o restringiera garantías individuales.

En tanto que **Mario de la Cueva**, quien sostiene la posición limitada del órgano reformador, planteando la cuestión de la inconstitucionalidad de los actos de esta instancia y su conocimiento por parte de la Suprema Corte, señala: "...la tesis de la ilimitabilidad de sus atribuciones rompe el principio de la seguridad jurídica y el sistema

²¹ Ob. Cit. **Rabasa**, pp. 234-237.

²² Ob. Cit. **Tena Ramírez**, Felipe, pp. 63 a 68.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pues si el poder reformador puede hacerlo todo, si puede suprimir o cambiar los principios fundamentales de la Constitución, podría suprimir nuestro juicio de amparo y la jerarquía de las normas consignada en el artículo 133. Sin género alguno de duda, la incondicional subordinación de los poderes estatales, legislativo, ejecutivo y judicial, es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica, pero ¿no es igualmente grave o tal vez más, que el poder reformador sea elevado a la categoría de autoridad omnipotente?. El artículo 103 de la Constitución establece en su fracción primera que el juicio de amparo es procedente contra las leyes o los actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales. ¿Cuál puede ser la razón para que el término autoridad no rija los actos del poder reformador?. Si como dice Tena, la competencia de este poder es adicional o reformar, pero "siempre una ley existente", si por lo tanto, carece de competencia para suprimir la Constitución, ¿cuál es la razón para desestimar la aplicación de la fracción I del artículo 103, cuando su acto va más allá de la competencia que le fijó el poder constituyente? Es cierto que el poder reformador es un poder supraestatal, pero también lo es que constituye un escalón inferior al pueblo, un poder intermedio que presupone la existencia de la Constitución y del poder constituyente; por lo tanto, el control de la constitucionalidad de sus actos tiene que referirse a la Constitución y al poder constituyente..."²³

Conforme lo anterior, se observa que el *Doctor De la Cueva*, no pone en duda que el poder reformador puede adicionar o reformar, pero que esta facultad no es para derogar totalmente, ni podría anular preceptos constitucionales, so pretexto de adiciones o reformas; pero será la Suprema Corte de Justicia quien deba decidir en cada ocasión sobre la legitimidad de los actos.

Asimismo el ilustre constitucionalista *Ensur Arteaga Nava*, en cuanto a la cuestión del control constitucional de las reformas a la Constitución —en coincidencia con Tena—, señala que solamente "una reforma puede ser impugnada cuando en su elaboración no se cubrieron las formalidades previstas en la Constitución", señalando: "...respecto a la posibilidad de que se impugne una reforma por estimar incompetente a la combinación de órganos prevista en el artículo 135, por razón de la materia, cabe hacer la consideración de que si no admite la posibilidad de realizar reformas en forma ilimitada, sin importar la materia, se daría la circunstancia de que no habría conforme al derecho positivo procedimiento u órgano capaz de hacerlo; habría la posibilidad de que también se impugnara toda clase de adiciones con vista a que se trata de un órgano incompetente..."²⁴

Sintéticamente este connotado autor, refiere que cuando una reforma no ha sido aprobada debidamente y ella es impugnada, se está frente a un caso de una actuación solo aparente, y que solo se tiene que acreditar la omisión o el defecto.

Por su parte, *Jorge Carpizo*,²⁵ no plantea directamente la cuestión que ahora nos ocupa, tiene relevancia para el tema conocer que dicho autor señala y desarrolla los que considera las siete decisiones fundamentales o principios básicos de nuestra Constitución, que a saber resultan: 1. La declaración de derechos humanos; 2. La

²³ Cueva, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. Editorial Porrúa, México, 1982, pp.127-174.

²⁴ Ob. Cit. *Arteaga Nava*, Eliaur, pp. 19-31.

²⁵ Carpizo Jorge. *Estudios Constitucionales*. UNAM, México, 1983, pp. 430-461.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

soberanía; 3. La división de poderes; 4. El sistema representativo; 5. El régimen federal; 6. La Justicia Constitucional (integrada por seis garantías, entre ellas el juicio de amparo); y 7. La supremacía del Estado sobre las iglesias.

Refiriéndonos a la doctrina extranjera, tenemos que **Georges Burdeau**, acepta que aunque no cabe pretender la inmutabilidad absoluta de la Constitución, sí es importante que para introducir los cambios necesarios se realicen según un procedimiento establecido; empero, este procedimiento no debe establecer obstáculos demasiados difíciles a las eventuales transformaciones de las concepciones políticas, señalando *"cuando mayor es la resistencia, mayor riesgo se corre de exasperar la voluntad de reforma, que hará la revolución, si no puede triunfar por las vías legales"*.²⁶ Así, **Burdeau**, analiza detalladamente los distintos sistemas, órganos y procedimientos de control de la constitucionalidad, tanto en el derecho constitucional comparado como en la historia del constitucionalismo francés, incluyendo la Constitución vigente, pero solamente respecto de leyes, reglamentos, tratados, pudiera, inconstitucionales, no así en lo que se refiere a reformas a la Constitución que pudieran pugnar con los principios fundamentales de la misma.

Karl Loewenstein, no ofrece una exposición sistemática de la cuestión, sino algunos planteamientos, comentarios y sugerencias sin que llegue a concretarlos en una tesis general. El mismo autor, se lamenta que la problemática de la reforma constitucional ha sufrido un sorprendente abandono en el campo, por otra parte tan trabajado, del derecho público.

Bajo el epígrafe de los límites inherentes a la reforma constitucional, el mencionado tratadista alemán formula sus consideraciones en torno al tema que nos ocupa, empezando a plantear el problema en los siguientes términos: *¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales cuya anticonstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites íntimos que le están impuestos por valores fundamentales inherentes a una Constitución? contestando lo siguiente: "...El Tribunal Constitucional Federal—refiriéndose a la Constitución alemana de Bonn—, se ha unido a la teoría iusnaturalista al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas constitucionales de la ley fundamental, y con ello unos límites inherentes y no articulados impuestos a toda reforma constitucional. El ámbito en el que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una Constitución suelen ser, en la mayor parte de las veces, los posibles casos de aplicación de los derechos fundamentales. Construyendo un caso extremo ¿sería anticonstitucional si el legislador constitucional hiciese una excepción formal del principio de igualdad preceptuado en el artículo 3° de la ley fundamental—insertado en dicho artículo un párrafo 1°— al establecer que dicho principio no regiría para los pelirrojos? Si bien el autor no puede decidirse a prohibir radicalmente un quebrantamiento efectuado por la Constitución misma al permitir excepciones para situaciones jurídicas o supuestos de hecho determinados, una norma constitucional de este tipo estaría tan en contradicción con el principio de igualdad y contra los sentimientos de la abrumadora mayoría del pueblo—y, por descontento, de los pelirrojos—, que en este caso habría que hablar de una anticonstitucionalidad inherente de prima facie..."*.²⁷

²⁶ Burdeau, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editora Nacional, Madrid, 1980.

²⁷ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1963.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así, **Loewenstein** considera que no puede existir una competencia ilimitada del Reformador y que en los casos examinados del constitucionalismo suizo — como ejemplo: las reformas fueron ilícitas, pero lamentablemente no explica bajo qué procedimiento se podría declarar la nulidad de dichas reformas.

Por otra parte, **Humberto Quiroga Lavie**,²⁸ en su importante estudio comparativo —sintético e integral— de todas las Constituciones latinoamericanas, al tratar el tema de la jurisdicción constitucional, observa que en América Latina existen los tres sistemas de control de la constitucionalidad clásicos: el control difuso, el control concentrado y el control legislativo, aún cuando existe una gran tendencia por incrementar el carácter mixto de los sistemas de control (coexistencia del sistema difuso y del concentrado). Sin embargo, todos estos controles se refieren leyes, decretos, tratados, pero no propiamente a la posibilidad de anular una reforma a la Constitución, por considerarla inconstitucional.

El mismo jurista argentino, en otro de sus trabajos, se refiere a la inconstitucionalidad de leyes bajo la pregunta ¿cuáles son las acciones procesales que garantizan las supremacía de la Constitución?, contestando en los siguientes términos: “...en primer término, la declaración de inconstitucionalidad de todas aquellas normas o actos que sean incompatibles con la Constitución. Ello está dispuesto en el artículo 116 de la Constitución argentina y por la jurisprudencia de la Corte a partir del caso Elortondo. El sistema argentino de control de constitucionalidad no deroga la norma inconstitucional, porque lo que se juzga es la aplicación en cada caso de la norma y no la norma misma. Se sigue así el modelo de control impuesto en Estados Unidos a partir del famoso caso *Marbury versus Madison*, y no el del control político de las Cortes Constitucionales europeas, que funcionan como una cámara legislativa de apelación, es decir, como un Poder Legislativo de carácter negativo, porque sólo deroga la norma inconstitucional, pero no crea nuevo derecho. El sistema argentino de control es difuso, pues lo puede ejercer cualquier juez. En cambio, en Europa, donde los tribunales constitucionales son los únicos con competencia para invalidar el derecho inconstitucional, el sistema de control es concentrado. En la Argentina, para que se dé curso al reclamo de inconstitucionalidad debe encontrarse un derecho efectivamente vulnerado, se trate de un derecho individual o de incidencia colectiva —artículo 43—, de lo contrario se estaría frente a una de las denominadas “cuestiones abstractas”...”.”²⁹

Por otra parte, tenemos que el tratadista español **Antonio Hernández Gil**, en sus comentarios al artículo 1.1. de la Constitución española, que proclama: “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que proclama como valores superiores en su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, sostiene que no puede ponerse en duda el carácter y el rango preferente como precepto constitucional del artículo 1.1, luego cabría declarar inconstitucional las normas legales contrarias al precepto y, en particular, las que vulneren el valor de la justicia.

²⁸ Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 1991.

²⁹ Quiroga Lavie, Humberto, *Visita queda a la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Zavalla, 1995. p. 35.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto al tema que nos interesa, se reduce a escribir lo siguiente: *"...García de Enterría, inspirándose en un sector de la doctrina alemana y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, admite como posibles con base en el artículo 1.1. las normas constitucionales inconstitucionales, es decir, que dentro de la Constitución pueda haber una inconstitucionalidad. Este juicio interno de la inconstitucionalidad posible, proyectada sobre las propias normas constitucionales, presupone la existencia de unas normas de rango superior, definitorias de la esencia y de los fines de la Constitución, que permitan encontrar en ella normas que no representen la realización o encarnación de esa esencia y esos fines..."*³⁰

Lamentablemente el autor no desarrolla este punto, ni señala si el Tribunal Constitucional español, tendría competencia para declarar la invalidez de una norma inconstitucional inserta en el texto de la Constitución.

Por último, conviene apuntar este apartado, haciendo una cita de **J. Bidart Campos**, quien realiza la siguiente reflexión: *"...¿puede una reforma introducida a la Constitución ser atacada de inconstitucionalidad? A primera vista podría responderse negativamente; en efecto, radicando la noción de inconstitucionalidad en la contradicción entre una norma o un acto del poder constituyente, dos normas ubicadas en un mismo plano no podrían ser inconstitucionales entre sí. Sin embargo, si bien es exacto que en la inconstitucionalidad hay siempre una referencia a la idea de supremacía de la Constitución, que supone la subordinación a ella de las normas y actos inferiores, no es ése el aspecto central en el tópico del Poder Constituyente, y no lo es, porque tanto la Constitución como su reforma se colocan en el mismo ámbito constituyente —bien que la última con calidad derivada—, con lo que si el poder constituyente revisor tiene jerarquía constituyente, se ubica en el propio plano del texto a enmendarse, y parece algo extraño hablar de su invalidez o de su inconstitucionalidad. No obstante, a poco que se analice el tema, se comprenderá que una reforma constitucional puede ser inconstitucional, y ello por dos motivos, que aparecen sustentados en la opinión del Cueste Flus: "es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución. Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución si el contenido de la reforma se halla prohibido para siempre por la misma Constitución que se pretende reformar". O sea, que el defecto de forma en el proceso constituyente, y el defecto del fondo en la materia o contenido de la enmienda, afectan la inconstitucionalidad a la reforma. En el primer caso, la inconstitucionalidad deriva de no haberse provocado la revisión con sujeción a las normas preestablecidas para la habilitación válida de la instancia constituyente; en el segundo, de alterarse aspecto que han quedado sustraídos a toda ulterior modificación. A esta altura, si repasamos lo ya dicho acerca del poder constituyente originario y derivado, podemos entender que aún cuando la reforma ejercite una función de la misma calidad constituyente que inviste la Constitución a reformar, lo hace en instancia derivada y no primigenia, de modo que ha de adecuarse a las prescripciones de la originaria o genuina, so pena de invalidez. De ahí que siempre y cada vez que las provisiones iniciales adoptadas por el primer poder constituyente sean vulneradas, cabrá hablar de inconstitucionalidad de la reforma. Para nosotros, hay inconstitucionalidad en el caso de enmiendas introducidas en violación al*

³⁰ Hernández GH, Antonio. *Sistema de valores en la Constitución, la Constitución de la Monarquía Parlamentaria*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1963. p. 56.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aspecto de forma o procesal que para su sanción ordena la Constitución; y la hay cuando la reforma afecta puntos sustraídos a ella, no solo en forma expresa y mediante prohibición, como sostiene Cueto Rúa, sino también existen principios básicos que trasuntan propósito de permanencia, tal cual postula Linares Quintana...".³¹

Por otra parte, y como preámbulo hacia nuestro pronunciamiento final, conviene citar nuevamente dentro de este apartado, algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reproducidas dentro de la demanda de amparo promovido por **Manuel Camacho Solís**, aducido en líneas precedentes

PODER CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN. En él radica la facultad suprema de modificar las leyes y las Instituciones, sin más límites que las que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre. I. III. p. 586, amparo mixto en revisión, Fernández Ignacio, 28 de Agosto de 1918, mayoría 6 votos.

CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todas sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que alguna de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece. Tesis XXXIX/90, aprobada por el Tribunal en Pleno en Sesión privada celebrada el jueves dieciséis de mayo de mil novecientos noventa. Unanidad de dieciocho votos, consultable en la página 17 de la Octava Epoca del Semanario Judicial de la Federación. Amparo en revisión 2083/88. Carlos Mejía Melgoza. 7 de febrero de 1990. Unanidad de veinte votos. Amparo en revisión 8165/62. Salvador Pineda Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanidad de dieciséis votos.

CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrario a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "La Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 Constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro modo de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla". -Consultable en el volumen 39, página 22 de la primera parte del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca. Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanidad de 16 votos. Ponente Enrique Martínez Ulloa.

³¹ Bickert, Campos German, cit. por Raúl González Schmall, en *¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?*. UNAM, México, 1988, p. 82.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Una vez transcrito lo anterior, vemos que el alto sitial de la doctrina constitucional mexicana donde sin duda tiene prevalectencia **Tena Ramírez**, parece que este insigne jurista ha inhibido a los estudiosos para ocuparse del problema de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, así como de los límites del denominado Poder Constituyente; pues de un estudio de su postura —por cierto variable—, se desprende que lamentablemente este connotado estudioso no se cuestiona cuál sería la situación que se crearía de actualizarse la hipótesis que él mismo tenía, es decir, que mediante la reformar constitucional, se "socavara en su base nuestra Ley Suprema". Así, tal vez hubiera tenido que concluir que se trataría de una reforma constitucional inconstitucional, y que a falta de un órgano de control jurisdiccional de la Constitución en nuestro sistema judicial, se hubiera tenido que combatir mediante el juicio de amparo y a golpes de jurisprudencia.

Tampoco podemos coincidir con **Arteaga Nava**, considerando que aunque el Reformador haya guardado las formas procesales, si éste destruye los valores y los principios sustanciales de la Constitución, sin duda estaremos ante la presencia de un fraude a la Constitución; considerando que de la mera lectura del texto constitucional se desprende que no todas sus normas son de igual valor, pues evidentemente existe una jerarquía de normas, con independencia que se aceptó o no la limitación de la competencia de la Instancia Reformadora. No se ve cómo se podría considerar del mismo rango, por ejemplo, la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, con el requisito de edad, para ser diputado; pues la primera norma no podría ser suprimida ni cambiada en su sustancia sin destruir al mismo tiempo el orden constitucional, lo que no acontece con la segunda.

En tanto que las tesis de nuestro Máximo Tribunal arriba enlistadas que sostiene que todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía y nunca pueden ser contradictorias entre sí, obedecen a criterios de carácter formalista, positivista y voluntarista, que no corresponden con las modernas tendencias del derecho constitucional, pues a juicio del suscrito, siguen con el mismo esquema hermenéutico que concluía que los derechos políticos reconocidos en nuestra Constitución no son derechos humanos por no encontrarse dentro del título de las garantías individuales, pues con idéntico criterio se podría deducir que la atribución que el artículo 25 le otorga al Estado para ejercer la rectoría del desarrollo nacional, constituye una garantía individual porque el legislador —incorrectamente— lo incluyó en el título primero de la Constitución, que está dedicado a las garantías individuales.

Por tanto, se colige que de facto, si es posible que por la vía reformatoria se introduzca al texto constitucional una norma inconstitucional, es decir, una norma derogatoria de los principios esenciales que le dan identidad a la Constitución.

Por ello, se sostiene que sí debe existir un control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la actividad de la instancia reformadora, tanto por lo que se refiere a la forma, como al fondo de las reformas y adiciones, resultando en lo siguiente:

En cuanto atañe a la forma y a la incompetencia del órgano (es decir, un órgano distinto al previsto en el 135), la constitucionalidad de su actuación se encuentra ya tutelada por el juicio de amparo, naturalmente sin efectos *erga omnes*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que se refiere al fondo, o sea, al contenido de la reforma o adición, el control de la constitucionalidad podría realizarse a través de los siguientes medios:

a) Mediante la procedencia de la acción de amparo, a través de una nueva interpretación extensiva de la fracción I del artículo 103 de la Constitución, que dentro del término "leyes", comprendiera las reformas y adiciones constitucionales, y que el término "autoridad", consecuentemente incluyera a la instancia reformadora, cuando esas reformas o adiciones vulneraran las normas fundamentales, o bien la reforma de dicha disposición para el efecto que explícitamente se le diera competencia al Poder Judicial Federal, para conocer en materia de reformas inconstitucionales, que violen garantías individuales.

Dentro del Amparo en Revisión del multitudinario juicio de *Camacho Solís*, la Suprema Corte da visos de asumir este criterio, cuando en uno de los Considerandos, señala sustancialmente que la Constitución atribuye a los tribunales de la Federación la competencia para resolver toda controversia que se suscite por actos de autoridad o "leyes" —entendidas en sentido amplio—, que violen las garantías individuales, sin distinguir si son constitucionales, fundamentales, primarias, reglamentarias, orgánicas, secundarias o de cualquier otra índole, e independientemente de la relación jerárquica que existe entre ellas y de las diferencias de su proceso de creación.

No resulta claro, empero, si esta tesis de la Suprema Corte, sólo sería aplicable cuando la instancia reformadora omitió las formalidades previstas en el artículo 135, o también en cuanto al contenido de la reforma.

De encomiable se ha calificado que la Suprema Corte haya sostenido los siguientes criterios en dicho amparo en revisión que sirvieron de sustento para revocar el auto del Juez de Distrito que *desechó* por "notoriamente improcedente", la demanda de garantías promovida por *Camacho Solís*, cuando dejó prescrito entre otras cosas los siguientes puntos:

- No existe en la legislación mexicana disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción de amparo en contra del proceso de reformas a la Carta Magna.
- Es innegable que los tribunales de la federación están facultados para intervenir en el conocimiento de cualquier problema relativo a la violación de derechos fundamentales.
- La función primordial encomendada al Poder Judicial de la Federación por el artículo 103 constitucional es la de resolver controversias "por leyes o actos de la autoridad".
- Las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional, que en su conjunto integran el órgano revisor, son autoridades constituidas, en tanto que se ha determinado que tiene tal carácter las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado; y, no obstante el resultado del procedimiento reclamado, hubiera quedado elevado a la categoría de norma suprema, dicho procedimiento es impugnabile a través del juicio de amparo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) La segunda opción propuesta, sería otorgarle competencia explícita a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de adiciones de inconstitucionalidad relativas a reformas y adiciones que adolecerían de este vicio —en cuanto al fondo y/o en cuanto a la forma—, para lo cual se requeriría obviamente la reforma consecuente de la fracción II del artículo 105 constitucional.

c) La tercera opción, es incorporar un intérprete último, que en las democracias europeas se llama Tribunal Constitucional y su propósito político es el mismo que hoy nos preocupa en México; cómo lograr que las fuerzas políticas y sociales cumplan las reglas cuando no exista ya un dictador o árbitro meta constitucional para determinarlas. La única forma de limitar la desconfianza de los partidos y grupos sociales después de la transición y durante ella será teniendo un árbitro constitucional, imparcial y autónomo que no se deje avasallar por mayorías futuras o presentes, capaz de resolver los conflictos entre los poderes y órganos del Estado, y con suficientes atribuciones para imponer las reglas constitucionales, pues no son pocos quienes señalan que en México, ese árbitro no puede ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque ésta es parte del Poder Judicial federal, y el Poder Judicial federal, también es un actor dentro de la transición que requiere ser evaluado y puesto al día y que además, por el actual diseño constitucional, no es parte de las controversias constitucionales. Así, se ha dicho que la Constitución, por su carácter inmanente, no cuenta en realidad con una instancia capaz de imponer su observancia y que tiene que garantizarse por sí misma, lo cual es cierto, y uno de sus mejores mecanismos de garantía son los tribunales constitucionales. En México, para garantizar el papel de árbitro del Tribunal Constitucional y su función como defensor de los derechos de las minorías, será necesario que se refuerce a las minorías en el propio sistema de selección de los magistrados y ministros; también será preciso que el mandato de los titulares de este órgano cumpla varios periodos legislativos, y que las designaciones sean escalonadas. En especial, es de gran trascendencia que el tribunal funcione democráticamente a su interior, que su presidente sea designado entre sus compañeros y que su duración con tal carácter no sea mayor de un año. Sin embargo, la existencia de un tribunal de estas características implicaría revisar todo el sistema recursal para la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, en especial el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

Así, cualquiera de estas propuestas, tendría la ventaja de eliminar el riesgo de reformas inconstitucionales, que a pesar de no ser el tema total de este trabajo, sí pueden tomarse como una invitación al estudio y discusión de este tema tan trascendente, es decir, le den un nuevo significado a la función reformadora de la Constitución.

3.7 LA CONSTITUCION NORMATIVA

En su obra ya clásica *Karl Loewenstein* clasificó ontológicamente a las Constituciones atendiendo a su carácter **normativo, nominal y semántico**.³²

³² Ob. Cit. *Loewenstein*, Karl, pp. 216 y 222.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para **Loewenstein**, la Constitución **normativa** es aquella que efectivamente es vivida por los destinatarios y detentadores del poder, para lo cual se requiere de un ambiente nacional favorable a su realización. La Constitución **normativa**, para ser real y efectiva, debe ser observada por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad y ésta, a su vez, en ella. La Constitución **nominal** es aquella donde las condiciones socioeconómicas existentes impiden una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La Constitución **nominal** tiene una función educativa, su objetivo es erigirse, en un futuro más o menos lejano, en una Constitución **normativa** y determinar realmente la dinámica del poder, en lugar de someterse a él. Finalmente, la Constitución **semántica** formaliza una situación de poder político en beneficio exclusivo de los que disponen del aparato coactivo del Estado.

La Constitución **semántica** es un instrumento para estabilizar y, en la medida de lo posible, eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político.

La clasificación de **Loewenstein** como puede apreciarse, expone uno de los aspectos clave sobre la Constitución, esto es, las relaciones entre Constitución formal y Constitución real. Igualmente importante **Hesse Konrad**, señala que desde hace más de un siglo se ha discutido apasionadamente la naturaleza de la Constitución, para lo cual cita la famosa conferencia de 1862, expuesta por **Ferdinand Lassalle** escribiendo: "...**Lassalle** establecía que las cuestiones constitucionales no son propiamente jurídicas, sino cuestiones de poder, pues la Constitución de un país no es más que la representación de las relaciones de poder efectivamente actuantes. La Constitución formal, para **Lassalle**, no era más que un trozo de papel, y su capacidad reguladora y motivadora llegaba hasta donde las fuerzas reales lo permitían. Más tarde, **Jellinek** vio con desconfianza la capacidad de las normas jurídicas para dominar efectivamente la distribución del poder político. Hechos graves como el conflicto presupuestario prusiano y la debilidad garantista de la Constitución de Weimar parecieron dárles la razón tanto a **Lassalle** como a **Jellinek**."³³

Durante todo el siglo XX la discusión ha continuado; determinar si la Constitución jurídica es sólo la expresión de la constelación de fuerza en un momento dado o si tiene carácter normativo y puede gozar de un cierto nivel de autonomía frente a esas fuerzas. Es evidente que la norma constitucional carece por sí sola de existencia propia, independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar el Estado por ella normado, incluyendo la realización de los valores y fines previstos en la Constitución. Por eso, la Constitución jurídica no debe ser sólo expresión de un ser, sino de un deber ser. La Constitución es algo más que un simple reflejo de las condiciones reales que la dieron vigencia. Es cierto que la Constitución está condicionada por la realidad socioeconómica, pero a la vez actúa como condicionante de ella.

La fuerza normativa de la Constitución descansa en su adaptabilidad a las circunstancias, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente a las fuerzas políticas, sociales y económicas; en expresar los acuerdos básicos de una

³³ **Hesse, Konrad**. *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1963. pp. 57-78.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sociedad, y en la posibilidad de brindar a los distintos grupos sociales y políticos los mecanismos para solucionar los conflictos. Es muy importante destacar que una Constitución normativa sólo puede prosperar en un régimen democrático – pues en este régimen el único que cuenta con la legitimidad suficiente para que la coerción pública no se erija en una mera cuestión que provenga de la fuerza del Estado, sino de la aquiescencia de los ciudadanos -, y en una sociedad en donde exista la creencia de que las instituciones previstas en la Constitución representan los intereses, los fines y valores de la colectividad, así como la defensa y protección de los derechos individuales.

Así, el gran problema del constitucionalismo decimonónico y de principios del presente siglo residía generalmente en que no descansaba en regímenes democráticos, con suficiente legitimidad social y política – de ahí la distancia entre la Constitución formal y la Constitución real -. Por ello, era natural que existieran concepciones dicotómicas sobre la Constitución: Constitución formal *versus* Constitución real, norma *versus* realidad, derecho *versus* política, Estado *versus* sociedad, público *versus* privado. La Constitución moderna, por lo menos en los regímenes democráticos consolidados, es una Constitución de carácter normativo material. La Constitución no sólo sirve para limitar y racionalizar el poder estatal y proteger la libertad individual, además garantiza a un proceso político libre, en cuanto que regula la formación legítima y la unidad de la acción estatal sobre la base de la autodeterminación del pueblo – desde la formación de la voluntad política en la base hasta la creación de órganos estatales -. Esto es, existe la función democrática ya descrita, pero también una función de Estado social orientada hacia la solidaridad y la justicia social. Igualmente, existen funciones de configuración política de carácter orientativo y finalista y una función de protección jurídica que se caracteriza por contener un alto número de mecanismos de tutela de los derechos individuales y colectivos. O en palabras de **Maurizio Fioravanti**: "...la Constitución moderna es tanto norma fundamental de garantía como norma directiva fundamental..."³⁴

Así en su función de norma fundamental de garantía es directamente vinculante, es norma de control de la constitucionalidad, e instrumento eficaz de protección de los derechos fundamentales. En su función de norma directiva fundamental orienta la labor de los poderes públicos y condiciona a los particulares para asegurar la realización de los valores constitucionales.

Se sostuvo en el párrafo anterior que las Constituciones decimonónicas y de principios del presente siglo propiciaron la dicotomía Estado-sociedad, por que las concepciones imperantes de los teóricos explicaban la Constitución como norma formal o como expresión de fuerzas sociales, como aspiración e ideal o como materialidad de un régimen.

A ese respecto, conviene citar a **García Pelayo**, quien cita a los siguientes autores: "...**Dietrich Schindler** sostuvo que la Constitución era un conjunto de normas jurídicas referidas al poder supremo dentro del Estado. Las visiones institucionalistas de **Mauriou** o **Santi Romano** entendieron que la Constitución era la norma del Estado, y que éste como institución no podía imaginarse en forma alguna que no fuera la jurídica. Existían las posiciones como las de **Meller** o **Schmitt** que

³⁴ Fioravanti Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Editorial Trotta. Madrid, 1996. pp. 127-134.

*encontraron en la Constitución solamente relaciones de poder emanadas de las fuerzas sociales. Además, encontramos las tesis que vieron en la Constitución una norma superior sin raíces, ni fundamentos sociales y políticos como la de Kelsen..."*³⁰

Hoy, entrado un nuevo siglo, la dicotomía Estado-sociedad no puede conservarse, la Constitución es tanto el ordenamiento fundamental de los órganos de autoridad como el ordenamiento básico de la sociedad. En su primer carácter, como ordenamiento fundamental de los órganos de autoridad, las finalidades de la Constitución normativa son la integración que propicia la unidad política, la organización que establece los elementos para la acción de los órganos estatales constituidos y la dirección política, que consiste en asumir que el contenido del ordenamiento debe ser moralmente recto o legítimo y con miras a la realización de ciertos valores por ella previstos, siempre con el apoyo en la fuerza vinculante e los derechos fundamentales que son el principio de inspiración de todo el derecho estatal. En su segundo carácter, como ordenamiento básico de la sociedad, la Constitución se erige en el plan estructural básico de la sociedad, la Constitución se erige en el plan estructural básico de una comunidad, el cual debe contener los mecanismos y procedimientos para que la sociedad influya en las decisiones estatales y pueda autorregularse sin interferencia alguna. Finalmente, la Constitución normativa debe estar diseñada para el futuro, con el propósito de garantizar condiciones aceptables de libertad y vida digna y de prever la configuración de nuevos órdenes sociales y políticos que garanticen los derechos fundamentales; dicho de otra manera, la Constitución debe ser un elemento de transformación.

Además, la realización de la Constitución normativa depende de la concepción general que del derecho se tenga. En el siglo pasado y principios del presente, la concepción jurídica dominante era la del Estado de derecho liberal cuyas notas fundamentales fueron: supremacía de la ley, de los derechos de los ciudadanos, la presencia de jueces independientes para aplicar la ley, la consideración de las leyes como normas generales y abstractas, y un fuerte positivismo jurídico en donde el derecho se limitaba a la ley, los jueces la aplicaban de manera mecánica y se sostenía la avaloratividad y neutralidad del derecho. Lo anterior propiciaba que la Constitución se entendiera como lejana y no vinculante para la ley y las autoridades; esto es, como un documento político más que jurídico, como un documento que contenía aspiraciones, ideales y principios, pero no realmente como un documento que contenía normas jurídicas tan plenas y perfectas como las de la ley. En estas circunstancias era muy difícil que prosperara una idea tal y como hoy la conocemos de la Constitución normativa. Hoy, por el contrario, la idea subyacente del derecho, por lo menos en las democracias consolidadas a finales del siglo veinte, es lo que *Zagrebetsky* ha denominado Estado constitucional, en donde: *"...la Constitución es directamente vinculante para todos, incluyendo al legislador, a la autoridad administrativa y al juez, en donde la Constitución no solamente contiene reglas, sino principios que no pueden ser aplicados mecánicamente ni jerarquizados, sino que exigen una interpretación y ponderación. Esto es, la idea subyacente del derecho moderno rompe con el monismo jurídico y el monopolio de la producción normativa a cargo del Estado afecta sensiblemente la idea del sistema jurídico como sistema cerrado, propicia una visión abierta del derecho y entiende que la avaloratividad en el derecho es imposible toda vez que los principios constitucionales al realizarse en la vida social suelen estar en pugna y representan los intereses contrapuestos de una sociedad plural. En el Estado constitucional es más*

³⁰ García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 79-96.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*factible lograr la Constitución normativa que en la visión del Estado de derecho liberal, por ser la Constitución la norma por antonomasia y no la ley...".*²⁶

Dentro de las concepciones jurídicas finiseculares existen posiciones que refuerzan la idea de una Constitución normativa, en particular las tesis que distinguen entre validez formal y validez sustancial. La primera exige solamente que las normas sean creadas por los sujetos autorizados mediante los procedimientos previamente determinados en una norma superior, en tanto la segunda, pide que las normas no sólo tengan un origen formal impecable – vigencia – sino que además posean una correlación con la Constitución, los derechos fundamentales y los principios de la norma suprema. A primera vista, esta distinción no tendría mayor sentido; sin embargo, en los hechos, opta entre validez formal o validez sustancial implica decidir por dos formas de legalidad. Si se opta por la validez formal estaremos en presencia de una mera legalidad, si se opta por la segunda, la legalidad es sustancial, es material, esto significa, en el plano práctico, que si las autoridades y los jueces se inclinan por la legalidad material están asumiendo un compromiso de crítica jurídica impensable en el Estado liberal decimonónico, a saber; un compromiso de lealtad con la Constitución que los obliga a dejar de aplicar aquellas normas secundarias que se consideren contrarias a los derechos y principios previstos en la norma fundamental.

Por lo tanto, la Constitución normativa, para ser tal, requiere de distintos elementos, algunos extrajurídicos y otros jurídicos. Entre los extrajurídicos hay que contemplar, de manera ilustrativa, los siguientes: la existencia de un régimen democrático, la legitimidad o aceptación social y política a la Constitución por parte de los actores nacionales, el consenso social y político que la Constitución expresa, una fuerte lealtad de los ciudadanos y las autoridades para con la Constitución, y una orientación hacia los elementos cambiantes de la sociedad y su modo específico de funcionamiento en el marco de una comunidad pluralista y antagónica. De los elementos jurídicos habría que mencionar, entre otros, los siguientes: una concepción jurídica que vea en la Constitución una norma plena y no principios de inspiración política y social, sin que esto signifique que la Constitución no esté orientada hacia fines y valores muy precisos, una visión de la validez jurídica no sólo formal, sino también material, un entendimiento de la norma constitucional como norma abierta y no cerrada a los distintos principios constitucionales que están en permanente conflicto y oposición, y suficientes mecanismos de protección y garantía de las normas constitucionales.

3.7.1. PORQUÉ MÉXICO NO HA TENIDO UNA CONSTITUCIÓN NORMATIVA

Tal y como quedó asentado en capítulos precedentes, México no ha sido un país de consensos. Desde la conquista, nuestro país se ha ido renovando a través de revoluciones y golpes violentos. En el plano del derecho, ello ha generado consecuencias de enorme gravedad para el sistema y la cultura jurídicas. Nuestro sistema normativo se ha caracterizado por la importación de ideas e instituciones que hicieron tabla rasa con lo que hallaron, un proceso de aculturación que propició un derecho formalmente igual al de su origen, pero muy diferente en su modo de operación y una visión de la ley, más como aspiración que como instrumento de regulación y de obediencia social.

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 851.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Hemos de enfatizar lo ya señalado, en el sentido que las Constituciones mexicanas, tanto la de 1824, como la de 1857, no fueron el fruto del consenso entre las fuerzas políticas, sino el resultado de la imposición de una fracción o un grupo triunfador. Por ejemplo, las "Leyes de Reforma" y la Constitución de 1857 fueron diseñadas por una minoría liberal educada, que intentó moldear a la sociedad en oposición a un proyecto contrario y opuesto: el de los conservadores. Generalmente, tanto las normas constitucionales como la legislación secundaria fueron evolucionando en la violencia y no en ninguna creencia de legitimidad.

Sobre el particular, **Marván Laborde** señala: "...La Constitución mexicana de 1917, proñjada por la revolución mexicana, también fue impuesta por una facción triunfadora, en esta caso, el grupo revolucionario. El objetivo del constituyente no fue lograr un pacto político sino derrotar a los enemigos y consolidar, de esta forma, el triunfo militar de Carranza y sus seguidores. En el discurso inaugural del Congreso Constituyente de 1917 Carranza centró su intervención en tres aspectos básicos para el futuro diseño constitucional: organizar un gobierno fuerte a partir de la preeminencia del Ejecutivo sobre el Legislativo, vigorizar el sistema de garantías individuales establecido desde 1857, e impulsar el mejoramiento económico y social del país..."³⁷

Este diseño evidentemente no fue concebido para establecer un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes; al contrario, fue pensado para incrementar las atribuciones del Ejecutivo sobre los demás poderes. Las garantías individuales se reconocían y reconocieron sólo en la medida en que no afectaran al núcleo esencial del poder. Las reformas posteriores a 1917 consistieron en acotar las atribuciones del Congreso – por ejemplo, mediante la derogación de la reelección de los legisladores-, y en condenar a la inanición al Poder Judicial, el cual se ha venido fortaleciendo paulatinamente en los últimos diez años.

Dentro de las enormes atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo por el diseño formal de la Constitución de 1917 y sus posteriores reformas habría que señalar las siguientes:

1.- Legislador autónomo: El presidente puede ser legislador autónomo sin participación del Congreso en las siguientes materias: la facultad legislativa, las medidas de salubridad y medio ambiente a que se refiere la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución, el comercio exterior (segundo párrafo del artículo 131); subsidios (artículo 28, último párrafo), y habilitación de puertos y aduanas (artículo 89, fracción XIII).

2.- Legislador cussi autónomo. es decir, con mínimos poderes del Congreso en las siguientes materias: tratados, suspensión de garantías, exclusividad en la iniciativa de ley de ingresos y presupuesto de egresos, y concesión de privilegios exclusivos a los inventores.

³⁷ **Marván Laborde**, Ignacio. *¿Y después del presidencialismo? Reflexiones para la formación de un nuevo régimen*, Editorial Océano, México, 1997, pp. 74-83.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.- Los poderes de veto. Aunque no han sido usados en demasía en México con posterioridad a 1929 por el abuso de las atribuciones meta-constitucionales, los poderes de veto del Ejecutivo mexicano están considerados en comparación con el resto de los países de América, entre los más amplios y excesivos. En efecto, el presidente mexicano tiene el veto total, el parcial y el de bolsillo, pues respecto a este último no se contemplan claras responsabilidades políticas para el Ejecutivo en el caso de que se negara a promulgar y publicar una ley aprobada por el Congreso.

4.- Poderes judiciales y jurisdiccionales. Además del poder de indulto o su atribución para auxiliar al Poder Judicial en el cumplimiento de las sentencias, dentro de la órbita del Ejecutivo hay un sinnúmero de tribunales administrativos y de jurisdicción social sin las debidas garantías de independencia judicial.

5.- Atribuciones de nombramiento prácticamente inmensas. Las mayorías exigidas para la aprobación de los titulares de los órganos más importantes del Estado por parte del Senado son simples, salvo y esto de manera reciente, para los ministros de la Suprema Corte. En cuanto a la administración pública centralizada y descentralizada, no hay servicio civil de carrera, y todas las designaciones y remociones en teoría pueden ser decididas por el presidente, desde los secretarios del Estado hacia abajo, con las escasas excepciones del artículo 89 constitucional: agentes diplomáticos, empleados, superiores de hacienda, miembros superiores de las fuerzas armadas y, recientemente, en el nombramiento del procurador general de la República.

6.- Poderes exteriores casi absolutos. La Cámara de Diputados interviene de manera frágil en la definición de la política exterior y, conforme a la ley de la materia, existen determinados acuerdos o convenios que no tienen el carácter formal de tratados, los cuales son aprobados sin intervención alguna del Senado (tal es el caso de los *executive agreements* que se celebran sin la intervención del Legislativo y que por lo mismo son inconstitucionales).

7.- Poderes militares. El control por parte del Congreso de la Unión en el uso de las fuerzas armadas que realiza el presidente de la República es deficiente.

8.- En materia económica. Encontramos las facultades relativas al presupuesto y ley de ingresos (en cuanto al monopolio de su iniciativa), rectoría económica, planeación sin control del Congreso, ineficaz independencia del Banco de México, privatizaciones, sin supervisión suficiente del Congreso, intervención sólo a *posteriori* del Congreso en el otorgamiento de subsidios y endeble participación del Congreso en materia de endeudamiento.

9.- En materia de órganos electorales. Insuficiente autonomía del Instituto Federal Electoral.

10.- Medios de comunicación estatales. En lo tocante a ellos el Congreso no tiene participación mediante comisionados en la administración de los medios de información, y carece de un control efectivo sobre las políticas de comunicación. Sobre los privados, no puede controlar las concesiones, autorizaciones ni su programación; todo ello corresponde al Ejecutivo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

11.- Diseño educativo. Los planes y programas de estudio de la educación primaria, secundaria y normal residen en manos del Ejecutivo Federal. La participación social y de estados y municipios es raquítica y no determinante.

12.- Facultad de expropiación. Sin intervención del Congreso, aun en casos relevantes.

13.- En materia de adquisiciones y enajenaciones. Atribuciones desmedidas del Ejecutivo; la Constitución no establece una participación adecuada del Congreso para la autorización en la venta de bienes públicos o para la adjudicación de contratos y obras, etcétera.

14.- Atribuciones federales excesivas. Es el único poder facultado para iniciar el proceso de suspensión de garantías, tiene la competencia formal de intervenir en el proceso de desaparición de poderes al proponer a los gobernadores provisionales, detenta atribuciones en la "garantía federal" del artículo 119, y en relación con el Distrito Federal (artículo 122).

15.- Coordinación fiscal. Es el órgano que diseña los convenios al margen de cualquier control del Legislativo. Además, se ve beneficiado por una distribución de competencias en la Constitución que recuerda al federalismo dual hoy en día abandonando por la mayoría de los países.

Así, la simple enunciación de algunas de las atribuciones del Ejecutivo, pone en evidencia la disfuncionalidad actual y el excesivo poder que le fue otorgado al presidente.

Por lo anterior, la Constitución presente o futura exige reformas estratégicas:

1) En el Legislativo; la exigencia de perfección del estatuto parlamentario; la necesaria reorganización interna de las cámaras; la ampliación en sus períodos de sesiones; la reelección parlamentaria; el refuerzo en sus atribuciones de control; la incorporación de controles sobre los medios de comunicación; su intervención en la planeación, en la administración de recursos económicos y en la educación; la posibilidad de censurar secretarios de Estado; la ampliación en el uso de las comisiones de investigación y de las comisiones ordinarias; y la incorporación de organismos parlamentarios como las mociones, entre otras; 2) la revisión del Poder Judicial; 3) el control de la constitucionalidad, haciendo una interpretación extensiva del Juicio de Amparo, dotar de competencia a la Suprema Corte de Justicia o la inclusión de un Tribunal Constitucional; 4) la introducción de órganos realmente autónomos, como los electorales, de derechos humanos, de control económico y financiero, el banco central, de coordinación federal, de la información de datos oficiales, etcétera; 5) la exigencia de cambio en el federalismo mexicano; revisión de competencias, sobre todo las financieras y en lo relativo a la administración pública federal en los estados; 6) la reforma a las garantías individuales: la ampliación de su catálogo y la determinación, pos lo que hace a los derechos humanos, de la preeminencia del derecho internacional sobre el interno.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Todas estas materias, y otras como la inclusión coherente de la cuestión indígena o de los medios de comunicación en la Constitución y la participación ciudadana mediante métodos de democracia directa, obligan o nos impelen a pensar y sostener la modificación sustancial de la vigente o la elaboración de una nueva Constitución, pues es imprescindible contar con reglas coherente, lógicas, funcionales y legítimas.

Además de su deficiente diseño, los mecanismos institucionales y las regulaciones previstas en la norma fundamental de 1917 fueron pervertidos por el régimen político surgido después de la Revolución, el cual ha bloqueado la posibilidad de una Constitución normativa y la transformación de la cultura jurídica nacional. La Constitución de 1917, ya se dijo, no fue el producto de un pacto, ni de un consenso, sino del triunfo de un grupo revolucionario. Ese grupo revolucionario y sus herederos llevaron hasta sus últimas consecuencias, para bien y para mal, su proyecto político e implementaron todo el sistema normativo para la consecución de sus fines, empezando, obviamente, por la Constitución.

He sostenido en este trabajo que una Constitución normativa solamente puede florecer en un régimen democrático. En efecto, sólo un régimen democrático cuenta con la legitimidad suficiente, sólo un régimen democrático se instituye para mayorías y minorías, sólo un régimen democrático puede contener visiones plurales y diferenciadas de la sociedad justa, sólo un régimen democrático es capaz de diseñar los mecanismos para fundar el consenso y permitir los disensos, y sólo un régimen democrático es capaz de diseñar los mecanismos para fundar el consenso y permitir los disensos, y sólo un régimen democrático establece procedimientos jurídicos racionales para solucionar los conflictos entre intereses contrapuestos. Por el contrario, el sistema político creado con la formación del Partido Nacional Revolucionario en 1929 dio origen, a través de una interesante evolución, a un régimen que no ha poseído las mínimas características de las democracias pluralistas, a saber: existencia de distintos grupos o partidos en competencia por el poder en condiciones de aproximada igualdad de oportunidades, elecciones libres transparentes y equitativas que establezcan periódicamente quién es el triunfador en las contiendas, y un sistema reforzado de garantías jurídicas para proteger y tutelar derechos humanos comenzando por los político-electorales.

El régimen político mexicano fundado en 1929 puede ser diferenciado en cuatro distintas etapas: la de formación, la de consolidación, la de apertura dirigida y la de apertura negociada. En la primera, 1929-1935, se trató de estabilizar política y socialmente al país después de la revolución, y para ello se creó un instrumento de pacificación y dominación que fue el Partido Nacional Revolucionario, que logró aglutinar a las diferentes facciones que lucharon durante la revolución; en esta fase el régimen no poseyó las características presidencialistas, corporativistas y de fuerte inclusividad que presentó con posterioridad. Durante la segunda etapa, 1936-1963, de consolidación - que es la fase más estudiada por la ciencia política nacional y extranjera -, el régimen presenta en su vertiente institucional las siguientes características: presidencialismo como vértice del poder político, surmisión de los Poderes Legislativo y Judicial al presidente de la República, centralismo político y una debilidad inmensa del municipio mexicano; en su vertiente social, el régimen fue corporativo, inclusivo y cohesionado. A partir de los años sesenta se inicia una tercera etapa, 1963-1988, la apertura dirigida, en donde el régimen genera una dinámica de inclusión de las fuerzas políticas opositoras a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ciertos espacios de poder, y también un incremento paulatino, pero constante, de estas fuerzas. A partir de 1988 y a consecuencia de diferentes factores de carácter político, social y económico, los miembros del régimen comienzan a ser incapaces de mantener el proyecto inicial de la revolución, y se ven obligados a pactar con las fuerzas opositoras reformas cada vez más ambiciosas, principalmente en el terreno electoral. Los avances institucionales logrados auguran que en el futuro próximo el régimen será transformado y adquirirá elementos de democracia plena. Última afirmación que en nada se refiere como ejemplo, a la actual administración panista.

De lo dicho resulta claro que, además de factores sociales o de subdesarrollo económico susceptibles de ser invocados, la razón fundamental de la ausencia de la Constitución normativa obedece principalmente a las carencias democráticas en nuestro país, ello no quiere decir que los elementos culturales o históricos no tengan importancia.

A continuación quedarán expuestos los elementos para normativos necesarios para construir y para tener en México una Constitución normativa.

Estos son: régimen democrático, creencia en la legitimidad de la Constitución, lealtad de las autoridades y ciudadanos a la constitución, lealtad de las autoridades y ciudadanos a la Constitución y orientación hacia el futuro.

3.7.2. LOS ELEMENTOS PARANORMATIVOS DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

El primero de los elementos paranormativos: Implica el paso de un régimen no democrático a otro de características democráticas. Esto se logra a través de un proceso de transición a la democracia. En los últimos años ha existido una importante discusión en nuestro país sobre la transición y sus posibilidades, sabiendo que la misma no ha concluido, puesto que en México aún no se reúnen las condiciones o elementos para un régimen democrático.

Persisten distintos escenarios de transición. Así, algunos doctrinarios citan siete hipotéticos modelos de transición a la democracia, señalando: *el de evolución, el gradualista, el de reforma pactada, el de pacto opositor, el de triunfo opositor, el de la detonación y el del colapso.* El escenario de evolución, que casi nadie mantiene, indica que el proceso de cambio político en México llevará muchos años y requerirá de una transformación radical en la cultura política del país. El gradualista fue un escenario de carácter sexenal impulsado desde el gobierno de *Carlos Salinas de Gortari*, y significó el que algún partido opositor pudiera crecer en los espacios locales sin que se pusiera en duda el verdadero poder de la nación. El escenario de reforma pactada o a "la española", ha estado ausente de la política mexicana, en tanto que los presidentes mexicanos no se han decidido a ser los pilotos del cambio. El pacto opositor pudiera ser el cambio de régimen que ha vivido nuestro país, con el asenso del PAN. Ello dependerá de la fuerza de la oposición y de su capacidad para elaborar nuevas reglas del juego político. El triunfo opositor por sí mismo no implica la transición si no viene acompañado de la transformación de las reglas del juego político. La transición por detonación o por movimiento revolucionario no tiene en este momento ninguna viabilidad y se desconfa de los movimientos armados como impulsores del cambio

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

democrático. Finalmente, el colapso del actual régimen tampoco auguraría buenas condiciones para la transición, incrementaría los niveles de inestabilidad, ingobernabilidad y produciría enormes vacíos de poder.

En el presente, México vive una etapa de ambigüedad institucional y política. Las reglas de regímenes anteriores, aún no mueren del todo y las del futuro no han aparecido. No sabemos si el proceso de transición se acelerará, detendrá o si existirá un retroceso, con la nueva administración. Lo que sí conocemos, en el plano jurídico, es que si queremos que la Constitución sea normativa, no se aparte de la realidad, sea obedecida y respetada por todos, se requerirá como paso previo, de un régimen democrático.

Sin embargo, la transición a la democracia va a significar la modificación de importantes reglas jurídico-constitucionales, lo que en México se ha llamado "la reforma del Estado", y ello podría constituir la elaboración de un nuevo texto constitucional en el que todos se vieran reflejados, un texto constitucional que no se implemente a favor de ningún partido o mayoría, un texto constitucional que no sea el de los vencedores como el de 1917, un texto constitucional que no se implemente a favor de ningún partido o mayoría, un texto constitucional que reciba el consenso de las fuerzas políticas y sociales más importantes de México.

El segundo elemento paranormativo, consecuencia del anterior, es la creencia en la legitimidad de la Constitución.- La actual Constitución de 1917 - por los abusos a los que ha sido sometida, sus múltiples reformas, su deficiente diseño y su implementación a favor de un régimen no democrático - no goza de esa creencia de legitimidad, fundamental para generar las condiciones de una Constitución normativa. Una de las razones por la cual la Constitución de 1917 no ha sido efectiva estriba en su no aceptación en tanto norma suprema. En efecto, todos los mexicanos saben que las reglas del juego político y social más importantes no han estado en la Constitución sino en factores metaconstitucionales como la voluntad presidencial. Desde Weber los políticos saben que la creencia en la legitimidad de un régimen, de una autoridad o de una norma descansa más en la aceptación que en la imposición, o en palabras de un líder político: "...la manera más efectiva de mantener la ley no es la policía del Estado o los marshals o la guardia nacional. Sois vosotros. Depende de vuestro valor para aceptar las leyes con las que no estáis de acuerdo, lo mismo que aquellas con las que estáis de acuerdo..."³⁶

Lo anterior significa que cualquier norma o autoridad para ser obedecida necesita de esta creencia. La creencia en la legitimidad de un régimen democrático o de una Constitución se sustenta en la convicción de que las instituciones políticas democráticas son mejores que otras. Carlos Santiago Nino explicó la relevancia constitucional a partir de la identificación de la sociedad con los ideales del constitucionalismo y con las prácticas sociales que genera una Constitución en lo particular. La relevancia constitucional en el imaginario social se apoyaría, en síntesis, en la creencia de que las normas fundamentales establecen las garantías suficientes para respetar derechos individuales básicos, un procedimiento democrático de toma de decisiones, y una práctica o convención de la sociedad sobre el valor de la Constitución.

³⁶ Linz Juan J. L. *La quiebra de las democracias*. Palabras de John F. Kennedy, Editorial Editorial Mexicana y CONACULTA, México, 1990, p. 38.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La creencia en la legitimidad de una Constitución sólo puede tener lugar cuando el régimen democrático se haya consolidado. En términos de ciencia política, un régimen democrático se consolida cuando los principales actores sociales y políticos aceptan como suyas las reglas del juego previstas en la Constitución. En otras palabras, la Constitución será normativa si cuenta con la creencia social de su legitimidad, y para ello debe establecer las bases y condiciones que desarrollen una sociedad civil libre y fuerte, una revalorada sociedad política, un Estado de derecho implementado no a beneficio de un partido, sino instrumentalizado para garantizar los derechos fundamentales, una burocracia profesional que rinde cuentas a la comunidad, y una sociedad económica institucionalizada.

Como se señaló en líneas precedentes sobre la creencia en la legitimidad, la Constitución de 1917, por las razones políticas y de diseño institucional anteriormente precisadas, seguramente en un régimen democrático no gozaría de respaldo social. Además, la misma lógica de la transición y de la reforma a las reglas y a las instituciones jurídicas y políticas más importantes del país conducirán a un nuevo texto constitucional o a una Constitución de 1917 tan reformada que seguramente constituirá, en la práctica, otro texto constitucional. De manera cada vez más creciente, se insiste en una nueva Constitución, una de las razones para insistir en ello tiene que ver con la creencia en la legitimidad que suscitaría otro texto constitucional acorde con la democracia pluralista de partidos que se quiere construir.

El tercer elemento paranormativo está en relación con la lealtad de las autoridades y ciudadanos a la Constitución.- Karl Loewenstein proporciona distintos ejemplos de cómo las autoridades o detentadores del poder, por razones de diverso orden, dejan de aplicar preceptos constitucionales, favoreciendo la deslealtad constitucional. Entre estos casos menciona lo siguiente: "...1) La Constitución francesa de 1946 prohibió expresamente (artículo 13, frase 2) la delegación de facultades legislativas parlamentarias. Sin embargo, esta disposición que frecuentemente desacatada por el gobierno y el parlamento mediante la práctica de los plenos poderes y que fue incorrectamente ratificada por el Consejo del Estado. 2) La Constitución italiana de 1947 en su artículo 134 y siguientes ordenó la creación de la Corte Constitucional, ésta no se pudo organizar hasta después de ocho años. 3) La adhesión de la República Federal Alemana a los tratados de la Comunidad Europea de Defensa implicaban el establecimiento de un nuevo ejército alemán, lo que carecía de fundamentos constitucionales; afortunadamente el gobierno de Adenauer rectificó y estableció vía reforma constitucional una competencia federal expresa en 1954. 4) La Constitución de Weimar había previsto una ley de ejecución para el famoso artículo 48, que constituyó los elementos de los decretos de excepción para el primer periodo del régimen de Weimar, y para la dictadura constitucional del gabinete, tras 1930: esta ley nunca fue promulgada por el Reichstag con la consecuencia de que las facultades extraordinarias del Reichspräsident fueron bastante más amplias que la intención original, convirtiéndose en el instrumento con cuya ayuda Hitler alcanzaría legalmente el poder y apuntalaría su dominio autocrático..."³⁹

La deslealtad constitucional no solamente es generada por las conductas u omisiones de las autoridades, también los ciudadanos realizan acciones y omisiones de deslealtad a la Constitución. Estas actitudes de rechazo a la Constitución

³⁹ Ob. Cit. Loewenstein, Karl. pp. 222-231.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

se desarrollan principalmente cuando los órganos de autoridad dan ejemplo de ello y sus actos permean e irradian a la sociedad. El lazo psicológico entre la nación ya la Constitución debe ser renovado todos los días. Es un vínculo muy frágil que puede romperse — sobre todo en las democracias jóvenes en donde no existe la conciencia de la Constitución normativa — y que requiere, para no ser roto, además de mecanismos jurídicos de protección o defensa constitucional, de un sentido profundo o por lo menos aceptable de legitimidad, pues en última instancia la mejor defensa de la Constitución es su garantía inminente, esto es, el respaldo de la sociedad.

Importante elemento paranormativo de la Constitución normativa es su orientación hacia el futuro, a la realización de los valores y de los principios que ella contiene, pero también, a su capacidad para adaptarse a los vertiginosos cambios de las sociedades modernas. Las Constituciones no pueden ser instrumentos estáticos que congelen la historia de un país; al contrario, deben ser mecanismos maleables a las transformaciones sociales por venir. Por ello, las Constituciones deben contener, como mínimo, las bases que permitan su estabilidad futura. Pensando en el porvenir, la Constitución normativa en México debe asumir, por lo menos, los siguientes elementos: la velocidad del cambio, la densidad y omnipresencia del sistema normativo en todas las actividades humanas, su eficacia para alcanzar objetivos determinados, el sentido evolutivo de los derechos humanos, el sentido cambiante de la sociedad y, posiblemente, la propia globalidad.

Ahora bien, la consideración de la Constitución como norma jurídica no debe nublar las otras acepciones que puede tener dentro de los procesos de transición democrática, pues no debemos olvidar que las transiciones son procesos históricos complejos de reestructuración de instituciones y reasignación de significados que se mueven en varios planos, no nada más en el jurídico; pues huelga decir que la Constitución misma es uno de esos fenómenos que forman un nexo, una conexión entre diversas esferas de la vida humana, por el que se vinculan distintas áreas de la realidad política, jurídica, histórica y sociológica. Por ello, *Diego Valadés*, ha esgrimido, la existencia de otros elementos, identificándolos como aspectos de estrategia y oportunidad políticas, sin los cuales considera que es muy difícil que un proyecto de reforma constitucional prospere.

Bajo esta óptica, la expedición de una nueva Constitución o la reforma fundamental de una Constitución como punto culminante de una transición democrática, son actos de profunda significación política, desde el momento en que establecen jurídicamente las bases de una nueva organización del poder. Bajo esta perspectiva, la reforma constitucional surge asociada a la imagen de la "refundación" del Estado, como una respuesta a las expectativas políticas de cambio, y como parte de una necesaria estrategia de generación de confianza social y política, en el sentido de que las cosas habrán de ser distintas en el futuro; se consagra así, de manera formal y visible, la ruptura con el pasado autoritario o el rompimiento con la democracia limitada, y se marca el inicio de una nueva "normalidad democrática", quedando constancia escrita de ello en un nuevo texto constitucional. Por supuesto que esto tiene que ver con la necesidad de generar un grado de consenso lo más amplio posible en torno al nuevo orden político, y por lo tanto tiene que ver con el establecimiento de sus bases mismas de legitimidad; ya que sin un amplio consenso, el nuevo orden político no habrá de sobrevivir ni funcionar. Así, el acto de reforma, puede ser visto entonces como parte de una estrategia no sólo de

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

instauración de la democracia, sino también de su consolidación y estabilidad, los cuales requieren la adhesión consciente de los actores políticos más significativos y de los más amplios sectores de la sociedad, al nuevo orden político-constitucional.

Empero, la Constitución dentro de un proceso de transición democrática también puede ser vista como un gran pacto o tal vez mejor dicho, como un conjunto de pactos. Sin pretender despojar a la Constitución de su carácter esencialmente normativo, debemos aceptar que detrás de toda obra constituyente hay actores políticos concretos, que son quienes se sientan a negociar los términos de la nueva normatividad constitucional; por tal, inevitablemente cada uno de estos actores trae a la negociación sus propios intereses materiales e ideológicos; sus propias ambiciones, individuales o de grupo; sus propias concepciones del bien común, de la conveniencia nacional, y de los alcances y límites de la acción gubernamental y cada uno de ellos intentará incrustar en la Constitución garantías normativas de sus intereses.

Por tal, no será raro encontrar en los procesos de reforma constitucional, a actores políticos que se beneficiaron y usufructuaron del "antiguo régimen". Las transiciones "pactadas", como la de Brasil, por ejemplo, son producto de acuerdos entre sectores del bloque autoritario y la coalición de grupos que impulsan el cambio democrático. En este tipo de transiciones, la sobrevivencia política de los primeros en el nuevo régimen que se pretende crear, suele ser vista como un prerrequisito de la posibilidad del acuerdo de transición. Por esta razón, nunca será extraño encontrar en la nueva normatividad constitucional, salvaguardas o "garantías", construidas ex profeso por determinados grupos.

En un apretado esfuerzo de síntesis, podríamos afirmar entonces que el acto de reforma en los procesos de transición democrática significa obligadamente la generación de un pacto para la fundación de la legitimidad y de las bases de funcionamiento del nuevo orden político democrático; mismo pacto que al expresarse en una Constitución, tiene a su vez fuerza normativa, y, por lo tanto, es guía obligatoria de la conducta de los detentadores y los destinatarios del poder. De esta manera —al menos teóricamente—, la Constitución viene a unificar diversas esferas de la vida de la comunidad política, bajo un orden orientado por ciertos principios y valores, que operan a manera de "ideas-fuerza" que lo legitiman a la vez que guían a la comunidad en un sentido democrático.

3.7.3. LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DE MANTENIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA

Los principales elementos jurídicos de mantenimiento y protección de la Constitución normativa son muy amplios. Por eso, nos detendremos enlistando los siguientes: un diseño constitucional que favorezca la gobernabilidad democrática y establezca instituciones y mecanismos jurídico-constitucionales sólidos para enfrentar crisis sociales, políticas y económicas; una cultura jurídica que vea en la Constitución una norma plena y no solamente principios de inspiración política y social; la implementación

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

del orden jurídico empezando por la Constitución a favor de los derechos humanos; la visión de que todo el ordenamiento jurídico está sujeto a la Constitución; el entendimiento de que las normas constitucionales son abiertas y representan principios e intereses plurales, en permanente conflicto; la ampliación de los custodios de la Constitución, no únicamente los de carácter institucional sino también los de origen social; la primacía y supremacía de la Constitución; la rigidez constitucional y el establecimiento de cláusulas de intangibilidad; las garantías psicológico y educativo-constitucionales; las responsabilidades políticas y de otro orden a los altos funcionarios del Estado por el incumplimiento de la Constitución, los elementos jurídicos que garanticen el orden libre y democrático de la Constitución (democracia militante); instituciones para enfrentar la seguridad interna y externa; y el establecimiento de un intérprete último de la Constitución, de carácter autónomo y con suficientes atribuciones frente a los poderes.

El primero de los elementos apunta a las tareas de diseño y de ingeniería constitucional, como les ha llamado Sartori, quien señala: "...una buena Constitución debe ser diseñada teniendo como punto de partida una concepción tridimensional: a) sus normas e instituciones deben velar por que sea una Constitución orientada hacia fines valorativos relacionados con la dignidad de las personas y la garantía de los derechos humanos; b) las instituciones y normas deben ser pensadas para propiciar también estabilidad y gobernabilidad; la decisión sobre las bases fundamentales del sistema electoral o sobre el tipo de régimen presidencial, semipresidencial o parlamentario, al igual que sobre el tipo o forma de Estado son de gran relevancia, pues una opción equivocada puede traer consigo la quiebra de la democracia y el fin de la Constitución normativa; c) La dimensión de la eficacia y de la eficacia debe ser también tomada en consideración, las normas institucionales constitucionales deben ser pensadas para encontrar soluciones a los problemas básicos con los que se enfrenta todo sistema político y social en orden a satisfacer las necesidades de los ciudadanos y también en orden a enfrentar las crisis de los gobiernos concretos, es decir, de lo que se trata es que la Constitución normativa esté pensada para realizar los fines que se propuso, y en ese sentido será efectiva, pero también que los medios utilizados estén en relación con esos fines, esto es, medios democráticos y procedimentalmente abierto a los ciudadanos..."⁴⁰

Aunque el ámbito de la cultura o de la educación pertenezca a la social, y en ese sentido a lo extrajurídico, la Constitución normativa debe partir de una premisa también jurídica, que desde las épocas de Aristóteles se reconocía fundamental, a saber, que lo más importante para el mantenimiento de la forma del Estado era una enseñanza adecuada de la Constitución. La tesis aristotélica no puede ser vista en el sentido que lo provee la Constitución de Weimar, que ordena en su artículo 148, párrafo tercero, la entrega gratuita de un ejemplar de la Constitución a cada escolar al final de sus estudios, sino en el sentido de ver todos en la Constitución una norma plena, directamente aplicable y vinculante para los ciudadanos y aplicados; pues las normas constitucionales y los derechos en ella previstos si no son aplicados, usados, defendidos están destinados a decaer y finalmente a sucumbir. En otras palabras, el acceso a la Constitución y su invocación en cualquier espacio de la vida pública y privada debe ser fomentado y estimulado. Existe, por tanto, un deber de interiorización y de retroalimentación entre realidad y norma, que haga de la Constitución el punto de

⁴⁰ Sartori Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

encuentro y desencuentro, el punto del consenso y del disenso: en fin, el centro a partir del cual gire el espacio de lo público o los intereses de la sociedad bien ordenada.

Las Constituciones, el orden jurídico y el Estado están implementadas a favor de los derechos humanos, a favor de la dignidad humana. Cuando se piensa que el Estado tiene fines o encarna valores ético-políticos *per se*, se subordinan la Constitución, el derecho y los individuos al Estado. Ésta es la tesis básica de cualquier totalitarismo y de cualquier construcción de legitimación desde arriba, comenzando por las teorías premodernas que fundamentaron la soberanía en entidades metafísicas o metahistóricas, hasta las modernas teorías fascistas y estalinistas. Sostener, en cambio, que el derecho, el Estado y todas las construcciones institucionales están subordinadas y orientadas hacia la protección de los derechos fundamentales, es pensar la legitimación política desde abajo, es decir, desde la sociedad. La Constitución normativa es una construcción destinada a satisfacer los derechos y la dignidad humana, elaborada desde la sociedad y no desde los aparatos del poder que suelen poner por encima de los ciudadanos razones de Estado incontrolables y no sujetas a la rendición de cuentas.

Una enorme deficiencia de la cultura jurídica nacional consiste en desvincular a las autoridades administrativas y judiciales del orden común de la Constitución. Todos los funcionarios públicos, cuando toman posesión de su cargo, protestan "*guardan la Constitución y las leyes que de ella emanen*", tal y como lo señala el artículo 128 de la Constitución de 1917. Sin embargo, en la realidad, los funcionarios rara vez guían sus acciones por la Constitución. A ello han contribuido nefastos criterios de la doctrina nacional y del Poder Judicial Federal que sostiene que existe un monopolio de interpretación constitucional en el Poder Judicial Federal y que los jueces del orden común y las autoridades administrativas no tienen la competencia para interpretar las reglas y principios constitucionales. Con lo cual se propicia una desvinculación de las autoridades a las normas constitucionales, se genera que las autoridades y jueces de este país no vean en la Constitución una norma sino un documento político-social. Este tipo de criterios no favorecen a la lealtad a la Constitución por parte de las autoridades y es una de las primeras cuestiones que habría que modificar para tener una Constitución normativa. Cuando en México sigamos el criterio de países democráticos, que por otra parte son evidentes, dada la supremacía de la Constitución sobre las normas secundarias, en el sentido de que la Constitución exige una interpretación sistemática de todas las normas a partir de los principios y valores constitucionales, y que estos principios y valores *ius fundamentales* resultan vinculantes para todos los jueces y para toda la tarea interpretativa realizada por la administración o por cualquier agente jurídico, sólo entonces empezaremos a tener una Constitución normativa.

Otro aspecto directamente relacionado con la obsoleta concepción jurídica nacional pretende ver en la Constitución a un cuerpo ordenado de prescripciones, incapaz de distinguir con precisión las distintas clases de normas constitucionales; reglas, principios y valores. Al no tener claridad para precisar las diferencias entre las normas *ius fundamentales*, seguimos optando por métodos de interpretación del positivismo más trasnochado: aplicación mecánica, subsunción y discrecionalidad. Con ello se pierde la posibilidad de realizar interpretaciones mediante la ponderación y de motivar las resoluciones a partir de la razonabilidad de los argumentos, bajo el entendido de que las distintas normas constitucionales representan principios contrapuestos que al tomar contacto con un caso concreto no pueden ser analizadas bajo las ópticas tradicionales de

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

la interpretación porque de seguirlos no lograríamos, de manera plausible, resolver la colisión entre principios opuestos. De lo anterior, puede deducirse la necesidad de concebir y desarrollar teorías jurídicas capaces de entender a la norma jurídica en sus múltiples dimensiones para que cuando ésta sea aplicable a las situaciones concretas pueda ser eficaz, ayuntar a la norma con la realidad, cumplir los fines y objetivos constitucionales, y hacer de la labor de los jueces y autoridades una actividad cercana a los intereses sociales, abierta a diferentes interpretaciones y no al espacio de un tecnicismo legalista, cerrado, ajeno a la sociedad y perdido en él mismo.

Al nivel de la ciencia jurídica nacional, predomina la idea de avaloratividad mediante la cual se sostiene que las normas no pueden criticarse desde dentro, sino desde fuera, es decir, desde los ámbitos morales y políticos. Un paso adelante en la ciencia jurídica que tiene relación directa con la Constitución normativa implicará admitir que el derecho puede ser cuestionado desde dentro; esto es, que se puede juzgar la validez y la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales. Una norma es juzgada desde la validez formal cuando se analiza exclusivamente si la misma fue creada conforme al procedimiento predeterminado y si la autoridad que la emite tiene competencia.

En cambio, la validez material implica que las normas deben estar subordinadas a los contenidos de los derechos fundamentales: significa que las normas deben estar en relación no solamente con una idea de democracia liberal, sino con un ideal de democracia sustancial, interesado en determinar que no es lícito decidir y qué es lícito dejar de decidir. Un proyecto de democracia sustancial consisten en la permanente expansión de los derechos de los ciudadanos y correlativamente de los deberes del Estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes. Valorar sustancialmente a las normas secundarias entraña criticarlas por dentro, es decir, pasarlas siempre por el tamiz de la Constitución, y dejarlas de aplicar cuando no potencien los derechos fundamentales, cuando no maximicen las libertades y expectativas y cuando no minimicen los poderes.

Una interesante idea esgrimida por *Carlos de Cabo*, pertinente para el desarrollo de la Constitución normativa, estriba en proveer a sujetos de la sociedad de instrumentos para realizar la defensa de la Constitución. Es decir, desburocratizar y desformalizar la defensa de la Constitución atribuyéndosela a instituciones democráticas formadas a partir de la organización social, por ejemplo, mecanismos de defensa de la pequeña y mediana empresa en su lucha contra los monopolios, mecanismo expeditos de los contribuyentes y asociaciones de contribuyentes para transformar el sistema fiscal, instrumentos de los pueblos y comunidades que propicien su autodeterminación y autogobierno.

La supremacía de la Constitución es también condición necesaria para la Constitución normativa. Todas las normas deben estar subordinadas a la Constitución, incluyendo las de carácter local y municipal. Ningún estatuto jurídico puede contradecir el sentido de la Constitución. Hoy en día se insiste en el pluralismo jurídico. La Constitución es reflejo de ese pluralismo jurídico, y los distintos ordenamientos de la comunidad están obligados a entrar en el ámbito de los diversos principios y reglas de la pluralidad constitucional. En síntesis, a la Constitución corresponde la primacía respecto de todo el restante derecho interno. La Constitución no puede ser derogada ni reformada

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por leyes ordinarias; ninguna disposición del ordenamiento jurídico ni acto estatal alguno puede contradecirla, y todos los poderes públicos, incluido el Legislativo, se hallan vinculados por la Constitución. En países como el nuestro, sería muy importante que existiesen mecanismos que garantizaran la supremacía del derecho federal sobre el estatal, para evitar, por una parte, los efectos perniciosos del federalismo dual, y por otra, para garantizar la homogeneidad constitucional entre la Federación y los estados, con excepción obviamente, de aquellas atribuciones que fuesen exclusivas de cada uno de los ámbitos o poderes.

La Constitución sólo puede cumplir sus tareas allí donde consiga, bajo cambiadas circunstancias, preservar su fuerza normativa, es decir, allí donde consiga garantizar su continuidad sin perjuicio de las transformaciones históricas, lo cual presupone la continuidad de su identidad. La Constitución, al estar en el tiempo requiere que no se altere el sentido constitucional, las cláusulas de intangibilidad o decisiones políticas fundamentales. Esto es, la Constitución puede ser modificada mediante mecanismos especiales de reforma, y en ocasiones el sentido puede mutarse mediante la interpretación de alguna de sus cláusulas. No obstante, siempre habrá un límite, el cual está contenido en el propio texto constitucional. Ni la reforma, ni la mutación constitucional presuponen cambiar las decisiones fundamentales que configuran la identidad de la Constitución.

En otras palabras: no puede haber Constitución normativa sin cláusulas de intangibilidad y sin procedimientos de reforma y mutación constitucional que flexibilicen los sentidos de la Constitución, pero sin que estos puedan alterar el núcleo esencial que confiere identidad a una carta fundamental.

Otras garantías para proteger la Constitución normativa tienen que ver con normas constitucionales que aseguren la lealtad constitucional. Entre éstas habría que mencionar, preceptos sobre el juramento del cargo o de la función pública, esto es, el equivalente a nuestro artículo 128 de la Constitución; preceptos sobre la fidelidad constitucional de los funcionarios (tal sería el caso de aquellos referidos a los militares o cuerpos policíacos para que en todo momento, y aún en estados de excepción, el compromiso de éstos sea con el régimen libre y democrático); preceptos penales que garanticen la integridad en el ejercicio del cargo y de la formación orgánica de la voluntad, que en parte se asemeja al capítulo de responsabilidades en una Constitución; y normas que fomenten la formación de una conciencia libre y democrática. Las anteriores cuatro garantías servirían para desarrollar la lealtad a la Constitución, no sólo, desde el ámbito de la autoridad sino también desde el ámbito de la sociedad.

Una de las garantías más importantes para salvaguardar a la Constitución normativa implica la exigencia de responsabilidades políticas y de otro orden, a los altos funcionarios del Estado, por el incumplimiento con el orden libre y democrático y con la defensa a los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, es inconcebible en una Constitución normativa que altos funcionarios del Estado no estén sujetos a responsabilidades o que los procedimientos jurídicos para fijarles las responsabilidades sean de muy difícil realización. Un caso paradigmático que se opone a lo anterior sigue siendo el casi imposible enjuiciamiento político al presidente mexicano, lo que constituye una muestra de la debilidad constitucional y de cómo existen funcionarios que pueden actuar al margen de ella sin responsabilidad alguna.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Surge como obligada pregunta: ¿Qué hacer con todos aquellos ciudadanos y funcionarios que se aprovechan del orden constitucional con el objetivo de destruirlo?. Los alemanes han desarrollado el concepto de "democracia militante", a través del cual se protege a la Constitución de dos formas; por medio de instituciones de defensa frente ataques dirigidos a la Constitución y a la existencia del Estado como tal, y a través de una mayor precisión de los bienes jurídicos protegidos. Tal es el caso de la declaración de inconstitucionalidad de aquellos partidos que combatan a algunas normas o incluso a enteras instituciones con medios legales, sino únicamente cuando tal partido se proponga atentar contra los valores del Estado democrático, por ejemplo, por sus procedimientos antidemocráticos o por su intención de asentar un régimen totalitario utilizando las instituciones democráticas. Además, la doctrina alemana ha precisado un inventario de los bienes jurídicos a proteger, dentro de los que destacan: la protección del orden libre y democrático, y la existencia y la seguridad de la Federación o de un Estado.

La democracia militante, sólo puede desarrollarse mediante instituciones que sean capaces de enfrentar la seguridad interna y externa. El problema es que muchas de estas instituciones, sí carecen de los debidos controles por parte del Poder Legislativo, del Judicial y del Tribunal Constitucional, pueden afectar sensiblemente las condiciones democráticas de un país. Instituciones como los servicios secretos que son necesarios en las democracias o ciertos gastos reservados, en todo momento deben estar sujetos a la supervisión de aquellos órganos del Estado que no ejecutan esas funciones. En las democracias consolidadas no hay nada más temible y preocupante que los servicios de inteligencia y el empleo abusivo de los gastos reservados, pues aunque se consideraran instituciones indispensables, se sabe que sus titulares tienden con frecuencia a rebasar sus esferas de competencia, por ello su empleo tiene que ser mesurado y sujeto al mayor número posible de controles.

Para finalizar este apartado, hemos de señalar que solamente tendremos en México una Constitución normativa, cuando construyamos un régimen democrático, cuando sus instituciones y normas no se implementen en beneficio de ningún grupo. Son muchas las voces que señalan que el texto de la Constitución de 1917 es inapropiado para cimentar la Constitución normativa, pues su arquitectura y diseño es ya disfuncional para la nueva correlación de fuerzas, su articulado no produce certezas, sino que genera confusiones en el actual sistema de partidos, no regula mecanismos e instituciones que la harían aceptables para amplios grupos sociales como los indígenas, las organizaciones de la sociedad civil o los medios de comunicación; es una Constitución que no cuenta con la lealtad de todos, y que por su pasado al servicio del régimen surgido en 1929, no alberga un arreglo institucional incluyente para todos los grupos políticos y sociales.

Por lo que se reitera que si se realiza a plenitud la llamada reforma del Estado, la modificación que tendría que hacerse al texto constitucional haría irreconocible la actual identidad de la Constitución de 1917. Existe finalmente, un argumento de carácter simbólico muy pertinente para pensar en una nueva Constitución: la nueva economía, la nueva política, las aspiraciones de las presentes generaciones requieren un contrato social renovado en donde pueden verse reflejados sus intereses, un contrato social que reciba el respaldo social y la creencia en su legitimidad. El texto de 1917 no puede representar todos estos intereses y aspiraciones, no puede separar lo viejo de lo nuevo, no puede inaugurar una nueva era, un cambio de régimen hacia la democracia.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Otros autores, piensan que la Constitución mexicana ha empezado a ser normativa después de las elecciones del 6 de julio de 1997 porque algunas de sus instituciones y normas comienzan a aplicarse, por ejemplo, algunas referidas al Poder Legislativo en su papel de órgano de control. Al parecer, no podemos coincidir con esta postura, pues si bien es verdad que alguno de los elementos de la Constitución normativa consiste en que sus normas se apliquen, sin embargo, no basta la aplicación de las normas. La Constitución normativa exige el cumplimiento de los elementos paronormativos como la naturaleza democrática del régimen, la creencia en la legitimidad del texto y la lealtad constitucional, elementos que hasta el momento se encuentran ausentes, es más, da la impresión, cuando los legisladores aplican las normas de la Constitución sobre el control, lo hacen con un sentido de provisional, de transitoriedad, pues muchos están esperando la reforma del Estado que establezca normas de largo aliento poseedoras de un sentido de definitividad.

Respecto a los elementos jurídicos de la Constitución normativa, las deficiencias del diseño constitucional mexicano no creemos logren producir certezas y lealtades, pues las manifestaciones de la cultura jurídica, incluyendo la de jueces y autoridades administrativas, siguen sin ver a la Constitución como norma jurídica plena, la contemplan aún como aspiración e ideal normativo. Un gran defecto de la cultura jurídica nacional entraña la propensión de ver en la Constitución, los ideales de la Revolución mexicana, sin entender que las normas constitucionales representan principios opuestos, concepciones de vida diferentes y plurales. No podemos seguir identificando exclusivamente a la Constitución de nuestro país con una gesta histórica por más valor que tenga. Podríamos seguir señalando la ausencia de otros elementos jurídicos en la Constitución mexicana para entenderla como Constitución normativa, algunos de los cuales se han mencionado en este apartado, sin embargo, más pertinente que la enumeración de las deficiencias normativas de la Constitución de 1917, deben buscarse los remedios o las transformaciones necesarias para consolidar la Constitución normativa como un paso civilizatorio hacia la modernidad.

3.8. EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ANTE LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Como lo demuestra la experiencia de las últimas dos décadas, los procesos de transición democrática en América Latina han tendido a derivar en procesos de reforma constitucional. Sin considerar este apartado, como un estudio de derecho comparado, sino como un mero espejo de nuestra realidad latinoamericana —que a fin de cuentas resulta el campo de comparación más afín—, podemos iniciar, citando el caso brasileño, mismo que coronó su lenta transición con la convocatoria de una Asamblea Constituyente que expidió una nueva Constitución en 1988. Por su parte, Argentina comenzó su debate de reforma desde 1985, con la convocatoria que el Presidente hiciera para la conformación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, muchas de cuyas propuestas fueron incorporadas a la Constitución argentina en virtud de la reforma de 1994. Asimismo, en Chile y Uruguay y en varios países centroamericanos, el tránsito a la democracia después de las duras experiencias de los gobiernos militares, también fue acompañado de procesos de revisión profunda de las estructuras constitucionales de los Estados respectivos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Así vemos, que ya sea que se haya expedido una nueva Constitución, o que se haya modificado de manera importante la vigente, lo cierto es que en América Latina *transición democrática* y *reforma constitucional* han formado parte de un solo proceso más amplio, caracterizado por el establecimiento de bases democráticas de organización y convivencia políticas en los Estados de la región. Por tal, no debe extrañarnos el que esto haya sucedido así, pues al final de cuentas, la transición democrática implica, como *transición*, una transferencia del poder político; y como *democrática*, la adopción de formas incluyentes y abiertas de distribución del poder, así como la adhesión a los principios y valores de la democracia liberal, destinados a controlar y limitar el ejercicio del poder mismo. En otras palabras, la transición democrática implica una reorganización de las formas del poder y un replanteamiento de los principios y valores que las informan. Formas, principios y valores que a su vez, se pretenden estabilizar, hacer permanentes y eficaces, objetivos para los cuales la cultura occidental ha creado un instrumento: la Constitución; y ha desarrollado una doctrina: el constitucionalismo.

Tal y como ha quedado asentado en el cuerpo del presente trabajo, sin duda, la Constitución es un instrumento creado con el objetivo de controlar y limitar – entre otros- el poder político, con la cualidad de estabilizar ciertas formas de distribución y ejercicio del poder, con una pretensión de permanencia y de eficacia real o tal como citaría el célebre tratadista *Bidart*, “de vigencia sociológica”; dejando asentado: “...estas cualidades, estas potencialidades de la Constitución, se deben a que ésta es, ante todo, una norma jurídica que además es suprema y rígida. Por tal, al ser una norma, está dirigida a regular la conducta de los seres humanos; al ser jurídica, existe la posibilidad, en última instancia, de aplicarla mediante el ejercicio de la coacción, cuando no se acata voluntariamente; al ser suprema, prevalece en todo caso frente a otras fuentes del derecho y es el punto de referencia obligado del resto del orden jurídico y de la actuación de los órganos de poder; y al ser rígida (desde la perspectiva del procedimiento para su reforma), se favorece su permanencia y estabilidad en el tiempo...”.⁴¹

Conforme lo anterior, no resulta extraño entonces, que las transiciones democráticas vividas por los países latinoamericanos en las últimas dos décadas, hayan derivado en procesos de debate y reforma constitucionales. En estos países, la reforma constitucional se ha visto como un prerequisite vital -aunque no único-, para la instauración, permanencia, estabilidad y eficacia de la democracia; percibiéndole como garantía normativa de una nueva forma de distribución y ejercicio del poder, y como garantía también de los principios y valores que son esenciales al régimen democrático.

Cabe decir que esta visión de la reforma constitucional lleva implícita la confirmación de la teoría de la fuerza normativa de la Constitución. Es decir, la Constitución es una norma jurídica, que ordena la conducta de los detentadores del poder y de sus destinatarios; por lo tanto, tiene fuerza normativa directa, y su cumplimiento es exigible. Si nos ubicamos en el contexto de las transiciones, esta teoría orienta su idea en la jurificación de la democracia: la democracia es un conjunto de principios, valores y

⁴¹ *Bidart Campos*, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1995. p.58.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

procedimientos que al estar constitucionalmente consagrados, participan de la propia fuerza normativa de la Constitución, lo cual significa que son exigibles. De ahí, es de donde esta corriente considera la insistencia en dar expresión normativa a la transición a través de la reforma constitucional.

La transición democrática y la reforma constitucional en México

Aunque se intente decir lo contrario, no cabe duda que nuestro país vive actualmente un proceso de transición democrática. Como mera cita, cabe recordar los cambios en materia electoral, para lo cual hubo que reformar la Constitución en diversas ocasiones, tal y como sucedió en 1977, 1990, 1994 y 1996. Así, parece que la prioridad de la transición, tuvo principal asidero en la reforma electoral, como condición de acceso a las instancias desde donde se podrían proyectar después cambios más profundos al régimen político mexicano.

Sin embargo, los avances como sea logrados en materia de transparencia y limpieza de los procesos electorales, hizo que desde principios de la presente década se comenzara a enfocar la atención de las fuerzas que impulsan la transición, a un ámbito distinto de lo estrictamente electoral, y que se empezara a hablar cada vez con mayor insistencia, en lo que se ha llamado Reforma del Estado, el cual abarca aspectos más globales del sistema político mexicano en su conjunto. Fue así, que en enero de 1996, líderes de los distintos partidos políticos y los representantes del gobierno diseñaron lo que podríamos identificar como una agenda inicial y tentativa de la reforma del Estado, muchos de cuyos puntos habrán de llevar, necesariamente, a reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tal y como quedó precisado desde el principio del presente trabajo, tenemos que la reforma amplia y profunda a la Constitución de 1917, no es un asunto que deje de tener una fuerte carga emocional para la mayoría de los mexicanos; pues para muchos, ésta es considerada como producto de una revolución social y de una gran movilización popular que sacudió las bases del Estado oligárquico implantado a finales del siglo pasado y que su expedición significó, en gran medida, la cristalización jurídico-constitucional de las aspiraciones de los amplios segmentos de la población. De ahí la gran dosis de legitimidad que el nuevo documento fundamental tuviera desde un inicio.

No obstante, nuestra Carta Magna ha sufrido multiplicidad de reformas, que si bien jurídicamente hablando, se trata de la misma Constitución, es decir, la del 1917; sin embargo, cualitativamente hablando, es innegable que las diferencias entre el documento original y el actual ya son múltiples. Sin embargo, aún desde esta perspectiva, es que puede afirmarse que una reforma fundamental al texto constitucional vigente, no necesariamente debe implicar una ruptura o un alejamiento del "espíritu del Constituyente de 1917"; pues incluso puede servir de pretexto para darse un retorno al "espíritu" y texto originales, conforme la necesidad actual.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Concluyendo, podemos decir que como sea, la Constitución de 1917 ha sido, por un lado, fuente de legitimidad del sistema político mexicano; ha sido programa de reivindicaciones sociales y catálogo de derechos individuales; pero, por otro lado, ha funcionado como esquema normativo de apuntalamiento del presidencialismo mexicano; de un presidencialismo que si bien por muchos años garantizó la estabilidad política y la eficacia gubernamental en el país, hoy día prácticamente resulta insostenible. El nuevo sistema de partidos creado al influjo de las reformas electorales de los lustros anteriores; la organización de una sociedad cada vez más compleja y heterogénea, más consciente y demandante, son factores que están creando un nuevo sistema de relaciones políticas, una nueva correlación de fuerzas, que ya están exigiendo una nueva estructura constitucional que consolide y proyecte hacia nuevas esferas la transición democrática mexicana.

Por tal, no cabe duda, entonces, que sea cual sea su profundidad, dentro de la transición mexicana habrá de llegar al momento de la reforma constitucional. Y habrá de llegar tanto por la urgencia de ajustar el esquema constitucional a la nueva estructura de relaciones políticas surgidas de la propia transición, como por la necesidad de una estrategia de legitimación del nuevo sistema político, es decir, como un acto simbólico de inicio, de refundación del orden político sobre nuevas bases, principios y valores, que abra esperanzas y expectativas que a su vez sirvan para cohesionar a la sociedad en torno al nuevo proyecto político, no obstante, sin una estrategia de este tipo será muy difícil conseguir la anhelada gobernabilidad democrática. La forma en que se realice la reforma constitucional será de gran importancia en todo este proceso; por lo que me permito aunque de manera tangencial señalar, que la experiencia de reforma en diversos países latinoamericanos ha demostrado que los patrones de acceso y de exclusión de los diversos actores en la "arena" en la cual se han discutido, y posteriormente aceptado o rechazado las distintas propuestas, influyeron en la determinación de los puntos de la agenda de la reforma, así como en su articulación dentro del nuevo texto constitucional.

Igual de medular resulta señalar, que quizá uno de los principales dilemas en cuanto al aspecto del formato de la reforma es el relativo al grado de apertura o cierre de la participación dentro del proceso de reforma. ¿Qué tan amplia debe ser dicha participación? En Brasil, por ejemplo, el proceso de reforma fue bastante abierto, ya que permitió que fracciones internas de los partidos, personalidades a título individual y grupos sociales de la más diversa índole tuvieran una participación decisiva. Sin embargo, la velocidad de la reforma y la técnica jurídico-constitucional pagaron un costo; así, las tareas de la Asamblea Constituyente fueron sumamente prolongadas; baste decir, a manera de ejemplo, que tan sólo para aprobar su propio Reglamento Interno, la Constituyente tardó ocho semanas. Por otro lado, hay que decir que los diputados constituyentes brasileños terminaron por aprobar una Constitución sumamente extensa, compuesta por 245 artículos mas los 70 transitorios, circunstancia que no fue ajena a la pretensión de cada fracción partidista, de cada individuo y grupo participante, de hacer que sus demandas específicas figurasen en algún artículo constitucional.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En Argentina, en cambio, el proceso de reforma constitucional fue relativamente cerrado, circunscrito al derrotero marcado por los líderes partidistas; en gran medida, fue esta circunstancia lo que hizo posible que los trabajos de la Constituyente se realizarán dentro del estrecho lapso indicado por la iniciativa de reforma, que fue de noventa días; y fue ese mismo esquema lo que también permitió que las reformas a la Constitución finalmente aprobadas no se apartasen de los lineamientos propuestos por *Méнем* y *Alfonso* en los documentos derivados del célebre "Pacto de Olivos".

Ahora bien, independientemente de lo abierto o lo cerrado que sea el proceso de reforma constitucional en México, ineludiblemente ésta habrá de ser producto de un acuerdo entre las fuerzas políticas que en él participen. Este es un aspecto esencial de la construcción de la democracia; las fuerzas políticas deben llegar a un acuerdo en relación con las reglas del juego político democrático; y a un acuerdo acerca de los valores y principios que habrán de informar a la democracia mexicana. Debemos señalar, sin embargo, un riesgo proveniente de este juego de los pactos y las alianzas: la naturaleza y dinámica propias de la negociación política que lleva al acuerdo, puede afectar la coherencia de la Constitución como un todo. En otras palabras: la negociación política puede llegar a eclipsar la técnica jurídico-constitucional a tal grado, que al final del proceso de reforma puede tenerse una Constitución con principios y reglas enfrentadas y poco armónicas, o incluso a textos normativos que al conectarse unos con otros, digan lo que no se quiso decir.

Cabe decir, desde el punto de vista de la ingeniería constitucional, que este riesgo puede llevar incluso a consagrar constitucionalmente bloqueos entre poderes, verdaderos callejones sin salida que podrían afectar la eficacia decisoria del poder público; situación que, como bien sabemos en América Latina, puede llegar a nutrir el surgimiento de tentaciones golpistas o al desencanto social con la democracia. Por ello, la negociación política no debe alejarse demasiado de las prescripciones de la técnica jurídico-constitucional.

Como parte final de este apartado, debemos mencionar que la reforma constitucional que se realice en México como parte de la Reforma del Estado, no debe perder de vista que la Constitución tiene fuerza normativa. Los principios y enunciados que formen parte de ella no tienen un mero valor declarativo, sino normativo. Es decir, la Constitución es una norma jurídica que exige ser cumplida tanto por los poderes públicos como por los particulares. Esto es importante subrayarlo puesto que en nuestro país no siempre hemos estado conscientes de este hecho. La Constitución es una norma que debe cumplirse y hacerse cumplir en todas y cada una de sus partes.

Si nuestro proceso de transición democrática no consagra y lleva a la práctica esta "idea-fuerza"; si no logra construir en el imaginario político nacional la noción de que las disposiciones de la Constitución son derecho directamente aplicable a todos; si fracasa en el intento de convencer a gobernantes y gobernados de que la Constitución es una norma que debe cumplirse y cuyo incumplimiento debe acarrear una sanción; y si no consigue garantizar institucionalmente que esto sea así, entonces querrá decir que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aún nos encontramos muy lejos de haber construido una democracia y de vivir en un verdadero Estado de derecho. Pues de muy poco habrá servido el haber aprobado un nuevo esquema constitucional, base del nuevo orden político democrático, si no existe garantía total y absoluta de que aquél habrá de ser cumplido y, en su caso, resarcido o reintegrado cuando contra él se llegase a atentar.

Por implicación, esta afirmación coloca al sistema de control de la constitucionalidad en el centro mismo de la transición democrática. Si ésta ha de ocurrir con los resultados esperados, debe perfeccionarse y fortalecerse el sistema de control de constitucionalidad existente en México. Habría que pensar, como se ha reiterado hasta el cansancio, en la manera de robustecer el sistema de control constitucional, para que ningún ámbito, ninguna parte, ni un solo aspecto de la Constitución quede fuera de dicho control, como hoy ocurre en el caso de los derechos políticos, por citar solo un tópico.

Desde esta perspectiva, el Control Constitucional, puede convertirse en la instancia no sólo de consolidación sino también de "afirmación" de la democracia mexicana, si es que decide desempeñar dicho papel, y si es que la sociedad decide apoyarla y se organiza para hacerlo. A través de su interpretación, sea la Corte o un Tribunal Constitucional, se podría ir acotando el lenguaje siempre abierto del texto constitucional, para ir construyendo la institucionalidad democrática, así como el delicado tejido conceptual que habrá de ser la fuente de significados orientadores de los actores políticos.

Transición a la democracia después de la transición democrática

Como colofón a este apartado, hemos de señalar -puesto que el tema de este trabajo ha sido principalmente el análisis de los límites de la reforma constitucional, como elemento capaz de construir un sistema democrático-, tener como vana la pretensión en el sentido que con una reforma constitucional "adecuada" vayamos a tener una democracia consolidada, que además funcione y sea eficaz. Si tan solo se tratara de expedir una "buena" Constitución seguramente la democracia llevaría más de un siglo y medio reinando vigorosa en América Latina; pues sin duda, la democracia estable y eficaz es mucho más que un arreglo institucional.

Por esta razón, considero legítimo referir, -tal vez hasta utópico- que después de lo que en México llamamos "La Reforma del Estado", vendrá el trabajo más arduo, la tarea más dura de realizar, para la cual no hay guía, ni estudios académicos, ni recetas de organismos internacionales que seguir, refiriéndonos al cambio en las conciencias; a la transformación de la forma en que nos percibimos a nosotros mismos en relación a los demás, y de la manera en que asumimos las responsabilidades que la democracia conlleva, ya sea como gobernantes o como gobernados. Es esta una labor de largo plazo, que por su propia naturaleza no habrá de rendir frutos en lo inmediato. Se trata, ni más ni menos, que de la creación de una nueva ética política y cívica de los

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

mexicanos, tarea monumental que incluso hace ver minúscula a la propia empresa de la reforma constitucional, que es necesaria, más no suficiente para construir la democracia.

Así, en último término, llegamos a una verdad que paradójicamente se encuentra muy bien expresada en el artículo 3º. De la Constitución mexicana de 1917. De esa Constitución que muchos pretenden hoy reformar: la construcción de la democracia requiere de educar para vivir en la democracia. Lo que significa que la transición difícil, la que implica una transformación en verdad profunda, tiene su motor en la educación. Pero en la educación, entendida en su sentido más amplio, es decir, como aquella actividad consistente en formar a los individuos para lograr "el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo". Palabras éstas últimas que utiliza el mencionado artículo 3º relativo al derecho de la educación. En última instancia esto significa que en el cumplimiento pleno y cabal del mandato del artículo 3º de la Constitución vigente ha de consistir en la verdadera reforma del Estado; la educación, entonces ha de marcar el camino de la verdadera transición a la democracia en México.

3.9. TODO CAMBIO ES CONSTANCIA

Considerando este apartado, como la parte final del estudio que ahora nos ocupa, he traído a estas líneas una de las primeras expresiones de *Montesquieu*, señalando "todo cambio es constancia", lo cual sintetiza la esencia del progreso o, si se prefiere, de las transformaciones sociales e institucionales y por ende, constitucionales, entendiendo esta última, como la piedra angular, sobre la que descansa el sustento jurídico de aquéllas.

Así, es común escuchar que la diferencia entre el cambio revolucionario y el cambio evolutivo reside en lo subitáneo del primero y en lo gradual del segundo; también se dice que el revolucionario es radical, y el evolutivo, moderado. Al margen de la exactitud de esas caracterizaciones, y como se ha señalado en apartados precedentes, un cambio, cualquiera que sea su signo, requiere de ajustes políticos y jurídicos, exige la presencia de voluntades sistemáticas cuyo empeño no decline, y supone el involucramiento creciente de la colectividad para formar parte de la cultura. Nada de esto se ha conseguido nunca sino en el transcurso del tiempo.

Toda revolución es cambio, pero no viceversa. Lo que usualmente se trata de subrayar es la distancia que media entre la profundidad del cambio revolucionario y la superficialidad del reformismo. La reforma de las instituciones suele confundirse con modificaciones tenues, de alcance limitado, muchas veces con el ánimo de sacrificar parcialmente algunas ventajas para poder preservar otras. Así, el reformismo se equipara al diferimiento de los cambios profundos, se homologa a una estrategia cuasi inmovilista, se le tiene como un disfraz para ocultar una vocación conservadora. Esto no debe discutirse ahora, pues es un tema de considerable extensión.

Empero, los casos históricos de los grandes cambios están a la vista. Al celebrarse el segundo centenario de la Revolución francesa, se hizo un cuidadoso balance de lo conseguido y de lo pendiente. *Francis Furet* realizó un amplio examen

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de los efectos revolucionarios a lo largo de dos siglos, y concluyó en la conveniencia de "repensar" la Revolución. El cambio revolucionario no se agotó, como es evidente, en 1789. Por su parte, los cambios europeos de 1989, que no implicaron hechos violentos, tampoco se han agotado, y sus consecuencias siguen en marcha. En México la Revolución de 1910-1917 se tradujo, precisamente, en una Constitución de naturaleza programática, que abrió un ciclo de transformaciones sucesivas, pero todo parece indicar que ese ciclo ya concluyó. En las condiciones actuales de México, por cambio entendemos una idea de evolución institucional mediante nuevas formas de organización y de funcionamiento del poder, y nuevas fórmulas de relación entre la sociedad y el poder.

Pero dentro de un trabajo como este, no se trata de argumentar en torno a los tiempos históricos requeridos para que los procesos de cambio se expresen y se consoliden; se trata sólo de subrayar que, según la expresión de *Montesquieu*, **el cambio requiere constancia**.

La constancia involucra varias cuestiones: el ejercicio de la voluntad y la conciencia de la libertad, por un lado; la conquista de metas y su consolidación, por otro. Una voluntad tornadiza, dispuesta sólo a la obtención del mayor impacto en el menor tiempo, deja sin utilizar los recursos fundamentales del cambio: los que se producen una vez que la sociedad, en su conjunto, asume la tarea de cambiar. Por otra parte, los objetivos del cambio demandan un cierto grado de gradualidad. Si se crea o modifica una institución existente, los resultados que se obtengan se producirán de manera paulatina, y aun así será indispensable pensar en que su consolidación, como parte de la cultura política y jurídica, también llevará otro tiempo.

Todo esto se dice en tanto que México está viviendo un nuevo proceso de cambios institucionales cuyo ritmo se hace cada vez más rápido, y que apuntan en el sentido de consolidar un sistema político basado en la democracia constitucional. Desde luego se lleva mucho camino andado. Excedería el propósito de este trabajo hacer una recapitulación de las etapas recorridas, pero sería inexacto afirmar que todo se ha fraguado en la última hora. Lo más relevante del largo proceso de los cambios en México es que en su origen se trató de esfuerzos desvinculados entre sí que, paulatinamente, fueron encontrando puntos de convergencia.

No pueden desconocerse en ese sentido, la importancia del Partido Comunista y del sindicalismo e los años veinte a los cuarenta; no puede ignorarse el papel desempeñado por Acción Nacional a partir de los treinta; no puede pasarse por alto la reforma constitucional que concedió el voto a la mujer en los cincuenta. Y a partir de los sesenta comienzan, progresivamente, las convergencias, cuando surgen los diputados de partido, en los setenta se abandona el patrón anticomunista y se inician las grandes transformaciones del sistema electoral que habrían de profundizarse en los ochenta y noventa.

En virtud del proceso es que permitió ir sumando a diferentes protagonistas e ir satisfaciendo distintas expectativas. Ahora bien, ¿ya cambió cuanto tenía que cambiar? ¿Se trata de una transición? En cuanto a la primera cuestión, la respuesta es obvia: los cambios no se agotan, ni se agotarán jamás. Las sociedades modernas son por esencia dinámicas, y la agenda de la democracia está abierta en todos los rincones del planeta. Por primera vez en la historia de las instituciones, la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

democracia es el sistema con que se gobierna al mayor número de personas en el mundo. Según los últimos datos obtenidos, más de tres mil de los casi seis mil millones de habitantes del globo, viven dentro de sistemas formalmente democráticos.

En cuanto a si la etapa histórica mexicana es o no una de transición tiene más connotaciones semánticas que institucionales. Para el discurso político, resulta más contundente hablar de transición que de cambio institucional. Paradójicamente, la idea de transición alude a lo efímero, a lo que pasa de una forma a otra y ahí se extingue. La transición, por naturaleza se agota con cierta rapidez. El cambio, por el contrario, es un proceso duradero, continuo, de efectos crecientes, constantes y acumulativos. La transición, una vez consumada, vive en la memoria histórica; por definición es temporal. Los cambios una vez iniciados, se afincan en la cultura y, por ende, modifican la conducta colectiva; caracterizan ciclos completos, a veces de gran amplitud.

Pero transición o cambio, lo cierto es que las instituciones mexicanas están en un ciclo de transformación que cobrará velocidad e intensidad. Sin desatimar las razones de quienes aluden a una transición, prefiero hablar de cambio como proceso que aspira a ser duradero. En todo caso, cuando las transiciones tienen éxito suelen formar parte de los ciclos más amplios representados por el cambio institucional: sin una etapa, pero no el cambio en su conjunto.

El sentido democrático del cambio es muy claro, pero las pociiones son muchas. En cierta forma hay tantas modalidades de democracia constitucional, como constituciones democráticas existen. Es cierto que se presentan denominadores comunes, pero el ensamble institucional varía en cada caso. Cada sociedad tiene su propia racionalidad, sus propias expectativas y su propia personalidad. De ellas resultan sus propias instituciones. Esto no supone una posición extrema, sin una simple constatación que cada proceso tiene sus peculiaridades. La transposición literal y total de instituciones no tiene ejemplos históricos.

Tal vez el primer caso de adecuación institucional, a partir de un análisis comparado, se produjo en Roma cuando, a mediados del Siglo V. a. C., se integró una "comisión mixta" de plebeyos y patricios que envió emisarios a Atenas para estudiar la legislación de Solón. A su regreso informaron a la comisión y de los trabajos de esta resultaron las célebres XII Tablas. Las normas de Solón pudieron inspirarlos, pero los romanos realizaron una obra original, como original había sido la ateniense.

Tal y como ha quedado expuesto en capítulos precedentes, cada vez es más difícil constituir el paradigma constitucional, y que esta cada día está más en desuso, la experiencia muestra que tal vez aun existan ciertas fórmulas paradigmáticas, pero no existe ninguna que hoy por hoy, tenga validez universal. En un proceso de cambio no se puede ignorar lo que otros han hecho, pero tampoco se debe renunciar a la originalidad. Pero por originalidad no hay que suponer que se haga lo nunca hecho, sino que se sepa organizar el elenco de recursos disponibles de una manera acorde con el proyecto propio y actual. Cuando se trata de cambiar, ni siquiera la historia propia puede servir como un modelo que limita. La originalidad no se caracteriza sólo por el contraste frente a terceros, sino hasta por la capacidad de emanciparse de las inercias propias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El cambio político y el cambio constitucional

El cambio político se está produciendo en México, sin que se reúnan varias de las condiciones exigidas para la vida de una democracia constitucional. Entre las carencias, -tal y como ha quedado expuesto en el apartado de Constitución Normativa-, sobresale la falta de un sentimiento general de adhesión a la Constitución. Los cuestionamientos al orden constitucional tiene diversas expresiones: que la Constitución no se aplica; que ha sido excesivamente reformada; que contiene elementos de autoritarismo; que no corresponde a las exigencias actuales; que incluye instituciones contradictorias. Para algunos estos puntos no justifican un cambio constitucional, pero no por ello dejan de ser todos ciertos.

Reiterando las conclusiones de otros capítulos, hemos nuevamente de señalar, que varias de las reformas constitucionales adoptadas a lo largo de décadas siguieron un patrón de ajuste con las políticas gubernamentales, con lo cual adquirieron un matiz de partido. Además, la técnica de las reformas no siempre se acogió a las mejores opciones posibles. De ahí resultaron numerosas reformas innecesarias, algunas contradictorias y no pocas de un casuismo exacerbado y estrictamente reglamentario. Como también se ha dicho, no ignoramos la necesidad y mérito de numerosas reformas, pero explica que la suma de las reservas y críticas encuentre un terreno propicio para prosperar.

Otro tanto ocurre con los análisis de fondo de la Constitución. En tanto que se atribuya al sistema presidencial un desempeño antidemocrático, y que la vigencia de este sistema se asocie con la Constitución, las impugnaciones que afecten al primero involucran a la segunda. El orden constitucional que resultó del Constituyente de 1916-1917, -por más justificaciones históricas que ahora se le den- dejó establecido un órgano ejecutivo del poder de enorme fuerza, que actualmente rompe con la idea de democracia y equilibrio de poderes. La hipertrofia del poder presidencial y la consiguiente atrofia del Congreso, produjeron un desequilibrio que, en entre otras cosas, afectó las posibilidades reales del control político sobre el gobierno. Algunas reacciones ante este fenómeno no se limitan a plantear un proceso de racionalización del poder, sino un cambio total en su configuración, sólo posible mediante una nueva Constitución.

En estas circunstancias, en México se plantean las siguientes disyuntivas:

- a) *cambio político con cambio constitucional;*
- b) *cambio político sin cambio constitucional; y*
- c) *cambio constitucional sin cambio político.*

Aunque nada indica que la tercera opción tenga viabilidad alguna, se menciona únicamente como posibilidad teórica. Son muchas las experiencias, propias y ajenas, conforme a las cuales los enunciados constitucionales no fueron seguidos de las consecuencias políticas previstas. Los ajustes nominales de las Constituciones juegan un papel distractivo, cuyos efectos inmediatos parecen satisfacer las demandas de cambio, pero que luego alimentan el escepticismo y erosionan el sentimiento de adhesión a la Constitución. No vale la pena detenerse en el análisis de una opción que representaría la quiebra constitucional y haría irrelevante cualquier planteamiento democrático.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En cuanto a las otras dos, deben examinarse sus implicaciones. El cambio político está en curso. Dos signos resultan inequívocos: hay un sistema electoral que bien o mal, funciona, y se ha configurado un sistema de partidos. Del sistema electoral dependen los procesos de legitimación del poder, y del sistema de partidos depende la efectividad del ejercicio del poder y la fidelidad de las instituciones. No por el solo asenso del PAN se puede afirmar lo siguiente, pero como sea, el sistema electoral ha comenzado a probar su ortodoxia democrática, y el sistema de partidos, está en fase de estabilización, al menos, considerando que hoy por hoy, ya no estamos en presencia de un partido hegemónico. Es evidente que el orden normativo mexicano, decidió ya por un sistema de tres partidos, con todas las consecuencias que de ahí se deriven, no obstante que no parece que ése haya sido un objetivo explícito, la suma de decisiones adoptadas fue llevando a ese resultado. Tampoco corresponde al objeto de este trabajo examinar las ventajas y desventajas de la predeterminación de los actores políticos que intervendrán en el futuro cercano en México; basta por ahora con reconocer el hecho y tenerlo presente para encausar un cambio político ordenado.

Conforme lo expuesto hasta aquí, tenemos como punto nodal, la afirmación en el sentido que el cambio que las fuerzas políticas impulsan sólo puede expresarse a través de la Constitución, y esto nos conlleva a uno de los derroteros principales de este trabajo: reformar la Constitución o cambiar la Constitución.

Esta segunda modalidad, cuenta con adeptos numerosos y valga decirlo, calificados. Sin embargo, hemos visto que los que se oponen a esta propuesta, argumentan principalmente dos razones, una teórica y otra práctica, esgrimiendo la primera en la imposibilidad jurídica de convocar a un Constituyente con fundamento en la Constitución en vigor y que el poder de reforma, es un poder constituido y limitado.

No obstante, al final de este apartado, expondremos una propuesta, que si bien de naturaleza humilde o inacabada, es una aproximación interesante para conciliar estos extremos, acorde al propio Texto Fundamental: es decir, intentaremos dejar prescrita una hipótesis propositiva, a un problema jurídico de connotaciones políticas, económicas, sociales y sobre todo, jurídicas.

Hemos expuesto los desaciertos e inconvenientes de nuestro Ordenamiento Constitucional vigente, acorde a las necesidades actuales, resultando innegable que tarde o temprano, arribaremos como necesidad insalvable, al cambio constitucional. Hemos insistido en lo imperante que resulta su mera reforma, pues esta sería tan sustancial, que aún a la luz de una "reforma", la haría tan irreconocible con el texto original, que al final sería otra Constitución; con lo que se incurriría nuevamente al extremo que utilizó el Constituyente de 1916-1917, cuando aprobó la Carta de Querétaro haciendo la salvedad de que reformaba la Constitución de 1856. Considero que la realidad actual merece buscar una salida distinta

Cuando analizamos la trascendencia de una Constitución Normativa, y la relación entre democracia y cambio constitucional, vimos que la necesidad de una nueva Constitución parece el camino más prospero. Dentro de una teoría de la transición, el cambio constitucional pareciera el complemento necesario. En el panorama mexicano, denotaríamos el cuarto estado histórico: federalismo (1824), reforma (1857-1874), Revolución (1910-1917) y democracia (¿?)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Aún dicho lo anterior, no debemos perder de vista que si bien una nueva Constitución ofrece grandes oportunidades para el acuerdo inmediato, igualmente cierto es que bajo un tratamiento inadecuado pueda dejar postergados considerables riesgos para el conflicto posterior. Vemos que los consensos constitucionales muchas veces están llenos de espejismos, pues numerosos entendimientos adoptados para destrabar los debates y superar obstáculos, no hacen sino transferir las discrepancias hacia el futuro. Así como las Constituciones programáticas plantearon el gran problema de trasladar al legislador ordinario de los tiempos por venir, la responsabilidad de dar contenido a las normas sociales, las Constituciones consensuales asignan al legislador ulterior muchos conflictos no resueltos. Este es un tema que nunca deberá perderse de vista.

El fenómeno político de que la Constitución atribuya a la ley ordinaria la solución de un problema supone dejar establecidas las bases del conflicto, no las del acuerdo. En el caso de la Constitución española, por ejemplo, prevé la elaboración de un centenar de leyes que desarrollen diversos preceptos constitucionales, con lo cual el legislador ordinario se convirtió, virtualmente, en Constituyente. A veinte años de promulgada, diversos aspectos siguen pendientes de solución por no haberse alcanzado nuevos acuerdos. Y estos acuerdos son ahora difíciles de conseguir, por que no se tienen las circunstancias que estimularon el entendimiento constitucional. Este ejemplo debe tenerse presente porque las condiciones propicias a los acuerdos estructurales no son frecuentes ni de duración indefinida.

Desde luego, de las ventajas que más prontamente surgen a la vista, bajo la idea de crear una nueva Constitución, es la de facilitar la adhesión colectiva. Esto es particularmente importante cuando la erosión a la que ha sido sometido un texto constitucional le priva de una de las funciones a que hemos hecho referencia en otros apartados, como es el de elemento de unión nacional. El problema se puede superar, sin embargo, no son pocos los que piensan que si la restauración de la Constitución requiere de un notable esfuerzo consensual, cuan aún más sería, para elaborar una nueva Constitución.

Sobre este tema no caben los pronósticos, porque la volatilidad de los ánimos puede inclinarse hacia el acuerdo o hacia la ruptura. Cabe esperar, empero, que de la madurez política de los actores resulte la posibilidad de entendimientos razonables. Lo contrario sería incongruente con la naturaleza del cambio que se está adelantando. Pretender consolidar la democracia por la vía de la intolerancia implicaría una contradicción en sus términos. Resultaría una verdadera paradoja que se hayan podido producir acuerdos de reforma constitucional en las fases previas, y que la culminación del proceso se vea limitada o impedida por no poderse alcanzar nuevos consensos.

Es cierto que se está también en el punto más delicado del proceso democrático. Hasta ahora se habían abordado las cuestiones del acceso al poder; ahora se plantean problemas conducentes a la distribución del poder. El sistema electoral como quiera que sea, ya cumplió su cometido, y toca su turno al sistema político. Las tensiones de la lucha por el poder se convierten en formas de acomodo en el poder.

El cambio político deberá, por ende, corresponder a un ajuste constitucional.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En los procesos de cambio es común que surjan dos grandes tendencias excluyentes: la que aboga por las opciones de máxima amplitud, y la que procura reducir los efectos al mínimo posible. De un lado se sitúa toda la carga de expectativas innovadores que aspira a una satisfacción inmediata, y de otro la tradición que sólo está dispuesta a conceder aquello que resulte estrictamente indispensable para mantener la estabilidad. Se trata de una natural y muy conocida polaridad política.

En este contexto, el orden de los planteamientos puede variar muchísimo, y la identificación de los cambios preveibles sólo puede hacerse por aproximación. Los cambios que ocurran dependerán de la profundidad de las convicciones y de la capacidad de utilizar las oportunidades. Entre los máximos deseables y los mínimos posibles se extiende un amplio abanico de opciones. Cada actor político tendrá que medir su propia fuerza y advertir cuáles son las fuerzas que lo contrarrestan; de la habilidad y; sobre todo, de la constancia aplicadas, dependerán los resultados.

En condiciones de normalidad, son muchas las tensiones a las que se encuentra sujeto un sistema constitucional. Durante un proceso de cambio esas tensiones aumentan considerablemente. Si para aplicar lo preceptuado es frecuente encontrar resistencias, cuando se trata de establecer nuevas formas de organización y ejercicio del poder las discrepancias pueden alcanzar niveles muy elevados. Saber reducir las tensiones y conducir los entendimientos es un de los más delicados problemas políticos que se presentan en los procesos de cambio.

3.10. HIPÓTESIS PARA UN MEJOR PLANTEAMIENTO

Conforme lo hasta aquí expuesto, ha llegado el punto de hacer un balance de los puntos nodales del presente trabajo, el cual nos permita conciliar finalmente las distintas vertientes con que se ha abordado el problema del cambio constitucional, y por ende, plantear una salida satisfactoria, tanto en lo formal, como en lo pragmático.

Así, dentro del presente estudio, hemos dejado establecido lo siguiente:

El Texto Constitucional vigente sin duda representó un momento histórico en la vida de nuestro País, resultando innegable la multiplicidad de aciertos e innovaciones que en su momento contempló, principalmente en cuanto a derechos sociales se refiere, sin embargo, no menos cierto ese que para muchos ese ciclo ya concluyó. Hemos considerado que la estructura de la Constitución de 1917, ya resulta inapropiada para cimentar la proyección futura de nuestro País, pues su arquitectura y diseño es ya disfuncional para la nueva correlación de fuerzas.

En la actualidad, prácticamente tenemos una Constitución con las mismas deficiencias o quizá mayores, que las que tenía el texto de 1857, cuando los Constituyentes de Querétaro la reformaron integralmente, apoyando la expedición de una nueva Constitución, considerando que esta se había transformado en un conjunto de principios meramente doctrinarios aderezada con principios declarativos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A efecto de fijar nuestra postura final, conviene traer a estas líneas, algunas ideas expuestas en capítulos precedentes. Siendo la primera, que sin lugar a dudas, nuestra Constitución contempla la posibilidad de ser reformada; reconociendo para el efecto lo siguiente:

Artículo 135: *"...La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas..."*

Por ende, se colige en señalar, que no existe en la Constitución otro procedimiento, más allá que el previsto en el artículo 135. Así tenemos, que el dispositivo de referencia, establece un procedimiento para hacer reformas, y determina cuales son los órganos competentes para realizarlas, por tanto, la Constitución no es un documento inalterable; no obstante de ello al hacer intervenir a diferentes cuerpos, resulta dable estimar que sus autores quisieron que nuestro texto constitucional no tuviera la misma flexibilidad de cambio concedida a las leyes ordinarias.

Ahora bien, respecto a que tan amplias son las facultades de la Instancia Revisora, hemos visto que más allá de las posturas doctrinarias analizadas en apartados precedentes, el Poder Judicial ha sido ambiguo. Así vemos que por un lado se señala que la instancia revisora no tiene límites, pero por otro lado enmarca su facultad revisora, en todo aquello que no atente contra el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre.

Estos conceptos resultan abstractos en su contenido, empero, finalmente nos deja establecido que la Instancia Reformadora, sí tiene límites. ¿Qué problema nos resta?, simplemente determinar de manera más específica, cuales puntos representan o comprimen, el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre, para lo cual también esgrimiremos una hipótesis.

También, hemos dejado establecido que otra limitante claramente establecida en la Constitución para la instancia revisora, representa el artículo 39, que a saber resulta:

Artículo 39: *"...el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno..."*

Así, hemos asentado que en nuestro país, todas sus Constituciones, desde la histórica expedida en 1812 por la Cortes españolas, hasta la vigente de 1917, son Constituciones elaboradas por una asamblea popular que claramente expresa su diferencia con respecto a la tradicional instancia revisora. En todas estas Constituciones, por boca de la asamblea popular, se formula el enunciar el contenido de la soberanía la reserva expresa de todo aquello que tenga que ver con la forma de gobierno, no podrá ser reformado sino mediante la participación de este pueblo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Sin embargo, también hemos dicho que cuando se afirma que el ejercicio de la soberanía se logra mediante los poderes que se establecen en la constitución dentro de sus respectivas jurisdicciones, lo que se hace no es otra cosa que negar la participación directa del pueblo en la modificación de la ley suprema.

Para salvar lo anterior, se propone incorporar a nuestro Texto Constitucional, la figura del *referéndum*. Pues resulta una paradoja que si bien formalmente la Constitución vigente no es sino una serie de reformas al texto de 1857, resulta sorprendente que el artículo 135 constitucional no reconozca otro procedimiento de reforma mas que el prescrito en el artículo 135, cerrando la posibilidad de incorporar la participación del pueblo a través de otras vías: ello, a pesar de que todas las Constituciones federalistas han sido producto de congresos constituyentes convocados *ad hoc* para tal propósito, o que el *referéndum* ha sido utilizado para reformar Constituciones como en 1835, para aprobar las Siete Leyes Constitucionales, o en 1867, junto con la convocatoria a elecciones lanzada por *Benito Juárez*, para intentar la reforma de la Constitución de 1857.

Después de ochenta años de vigencia de la actual Constitución, tal pareciera que la única forma de reformarla es por la vía prescrita en el artículo 135, lo que parece intentar poner una vanda a toda la historia constitucional, sin tomar en cuenta este aspecto; además que doctrinalmente se olvida la prescripción del artículo 39 constitucional que enaltece al pueblo como soberano originario, capaz de cambiar en todo momento, la forma de gobierno.

De esta manera, vemos que por la vía del *referéndum*, se obtiene una reforma que de otra manera no podría hacerse sino mediante la convocatoria de una asamblea nacional constituyente. Así, el *referéndum* no sólo se convierte en una etapa del procedimiento rígido de la reforma, sino también en una concesión hecha al poder soberano, y limitado que se reserva la instancia popular para autogobernarse.

Ejemplo de esta modalidad pueden ser la Constitución de España de 1978; la Constitución de Cuba, la Constitución de Ecuador de 1984, la Constitución de Colombia de 1991, o la Constitución de Paraguay de 1996.

Por otra parte, vemos que en la realidad política, ha sido común la regla de imponer a la instancia revisora severas limitaciones, y prohibiciones expresas. La Constitución española de 1978 establece dos procedimientos para su reforma: el primer procedimiento, que podríamos calificar como ordinario, se aplicarán cuando la reforma no sea total ni afecte al título preliminar, al capítulo segundo, sección primera del título primero, o al título segundo; y un segundo procedimiento para llevar a cabo una reforma total o cuando se afecten materias del título preliminar, al capítulo segundo, sección primera del título primero o al título segundo. Pero ninguno de los dos procedimientos ponen en tela de juicio la posibilidad de que se pueda convocar a Cortes Generales y Extraordinarias o Constituyentes para discutir una nueva Constitución, tal como se ha hecho históricamente en 1812, en 1837, en 1845, en 1856, en 1876, o en 1931, por citar las fechas de dichas Constituciones históricas, o se podría convocar en el futuro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como se puede apreciar, ahí está en el artículo 166 de la Constitución española de 1978, una reserva expresa y categórica, además de amplia y profunda, para lo cual se previene la disolución de ambas cámaras que hubieren intervenido en el proceso y la convocatoria especial a Cortes Generales, quienes conocerán del proyecto ya aprobado y, como última etapa, de ese procedimiento especial, se incluye el *referéndum popular*.

La Constitución de Francia del 4 de octubre de 1958, en su artículo 89 afirma que la forma republicana del gobierno no puede ser objeto de reforma. Sobre advertir que esta misma Constitución previene la necesidad de someter en algunos otros casos, a *referéndum* el correspondiente proyecto de reforma. Se salva, pues, la referencia solemne a la Asamblea Constituyente como la única legitimada para pronunciarse sobre cuestiones de forma de gobierno.

La Constitución de Italia de 1947 en su artículo 139, dice que la forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional.

Los anteriores, son meros ejemplos de lo que es la regla general, que consiste en el establecimiento de limitaciones expresas a la acción de reforma del poder. Este hecho, además de la significación que tiene en sí mismo, nos permite a nosotros insistir en la naturaleza de la instancia revisora, que no es otra sino la de una instancia especial, pero constituida, sujeto por tanto a las normas dadas e impuestas por la misma asamblea constituyente originaria.

Fortaleciendo lo anterior, también dejamos prescrito, lo señalado por *Tena Ramírez*, cuando señala que la facilidad de realizar las reformas en un solo proceso, dentro de un solo ejercicio legislativo, sin consulta anterior ni posterior al pueblo, no solamente significa desvinculación entre el pueblo y los reformadores, sino también permite la prodigalidad de las reformas, que hasta la fecha alcanza, en la Constitución de 1917, un número excesivo

Como una salida a este punto toral, se plantea la intervención del pueblo para ciertas cuestiones nodales, a través de formas de participación directa en la modificación de leyes fundamentales, tales como el *referéndum*. Resulta deseable, que nuestra Carta Magna reconozca formalmente esta posibilidad, a fin de conciliar este aspecto aparentemente en contrapunto.

Así, el *referéndum*, surge como una salida intermedia al problema de la revisión de todas las materias o de algunas de ellas, que están comprendidas dentro de las limitaciones. Por tanto, la regla podría ser que para llevar a cabo una reforma sobre esas determinadas materias, dada su trascendencia, se llevaría la aprobación del proyecto de reformas a la instancia de un *referéndum*. Dicho *referéndum*, además de acentuar el carácter de rigidez del mismo principio de reformabilidad, nos lleva a la consideración que la propuesta de reforma sobre este tipo de materias esenciales, estaría afectando lo que ha quedado entendido como *asuntos o decisiones fundamentales del Estado*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así, hemos arribado a la noción de *asuntos fundamentales del Estado*, misma que nos resultaría de utilidad para definir los alcances de la Instancia Revisora, así como para determinar aquellos puntos que requieran para su reforma de la convalidación del pueblo a través del *referéndum*; siendo estos desde los primeros y originales, relativos a la organización del gobierno y a la preservación de las libertades individuales, hasta los de reciente adopción en las normas supremas, tales como las garantías establecidas a favor de grupos de personas; los principios reguladores de la actividad económica; ampliación de derechos humanos, etc.

Este razonamiento se sustenta en la siguiente consideración: si un asunto ha sido considerado por una comunidad estatal como digno de ser regulado al más alto nivel, es porque el Estado, entendido en su dimensión que incluye a la comunidad humana y a quienes gobierna, ha estimado que tal asunto es fundamental para dicho Estado, con independencia a que desde un punto de vista estrictamente legalista, no existe una jerarquía de leyes, al interior de la Constitución.

Para tal efecto, consideramos como asuntos o decisiones fundamentales y por ende, susceptibles de referéndum, los siguientes puntos:

1. La declaración de derechos humanos.
2. La soberanía.
3. La división de poderes.
4. El sistema representativo.
5. El régimen federal.
6. La Justicia Constitucional (integrada por las garantías principales, entre ellas el juicio de amparo); y
7. La supremacía del Estado sobre las Iglesias

Quizá para algunos deban incorporarse a este enlistado algunos otros aspectos, —lo cual es asequible y perfectible—, pero sin duda, estos puntos resultan congruentes con la postura del Poder Judicial Federal, cuando señala los límites de la Instancia Reformadora, el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre, así como con el propio Texto Constitucional, que reserva su soberanía, directamente al pueblo.

Ahora bien, para incorporar armónicamente la figura del *referéndum*, a nuestro Ordenamiento Fundamental, se propone hacer la siguiente adición al artículo 135 Constitucional:

Texto actual:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas...".

Propuesta:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas. Las reformas a esta Constitución que afecten sustancialmente la declaración de los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la supremacía del Estado sobre las iglesias, serán sometidas al referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento inmediato anterior, en los términos que establezca la ley reglamentaria que para el efecto se expida en el término de (¿?), a la entrada en vigor de la presente reforma y con cuya única aprobación podrán entrar en vigor."

Conforme lo anteriormente expuesto, consideramos que esta fórmula, permite conciliar las posturas en contrapunto, siendo acordes a la lectura actual del texto constitucional; es decir, resulta para confirmar la postura del Poder Judicial Federal, en el sentido que la Instancia Revisora, puede modificar "todo", pero a su vez concretiza de manera específica en algunos puntos, los límites precisos del Revisor, que también han sido establecidos por nuestro Máximo Tribunal pero de manera difusa, permitiendo también incorporar la intervención del pueblo que niega actualmente el artículo 41, mediante un mecanismo de democracia semidirecta, como lo es el *referéndum*.

Consideramos que esta propuesta, resulta una aproximación teórico jurídica, para salvar un problema de pronta aproximación, como lo es el cambio constitucional, sea cual sea su magnitud; pero a través de un mecanismo más estructurado y acorde al propio texto constitucional, intentando dejar de lado las experiencias pasadas, donde a la luz de una reforma, se modificó sustancialmente la Constitución, obviando los alcances de la instancia revisora y sin ningún sustento jurídico definido.

Por todo esto, retomando nuevamente la idea de *Montesquieu* de que "el cambio es constancia", habría que adicionar, que la constancia es responsabilidad, imaginación y determinación. Después de todo, se trata de cambios que conciernen al Estado, y el Estado como afirmaba *Rousseau*, es una obra de arte.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

148

Primera.- La idea de Constitución resulta mucho más antigua que su concepto, pues a través del tiempo, el término Constitución ha entrañado una amplia gama de usos y significados -tanto jurídicos como coloquiales-, sufriendo su evolución conceptual paralelamente al desarrollo de la sociedad misma; destacando de entre ellos, el de *pothos* usado en Grecia, y el de *constitutio*, que fuera utilizado en Roma. Ambos vocablos, nos llevaron hasta el término "Constitución", palabra utilizada desde la edad media hasta nuestros días. Sin embargo, actualmente no existe una uniformidad conceptual por parte de los principales tratadistas en la materia; más así, todos le identifican como aquel documento que contiene un conjunto de valores, de situaciones y de realidades, de carácter político, social, educativo, cultural, económico, representando los sentimientos de un pueblo; el conjunto de normas supremas que van a regir los destinos de una nación, y desde luego, que contiene los principios que rigen la estructura del Estado, su organización, competencia, atribuciones, los derechos humanos, las garantías económicas y sociales del ser humano y por ende, el órgano que modificará, reformará o adicionará a la ley suprema. Así, podemos definir a la Constitución, como la Ley Fundamental en la organización de un Estado, en la cual se encuentran plasmadas las decisiones políticas fundamentales, integradas con principios superiores y con normas soberanas que determinan su orientación política, económica y social, las cuales tienen la característica de ser superiores en su jerarquía, permanentes, escritas, generales y reformables.

Segunda.- Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución, se componen de aquéllas normas que determinan el ser y la manera de ser del Estado; resultando para la mayoría de los autores, la unidad de los siguientes principios: el pueblo como titular de la soberanía; la forma federal del Estado; la forma republicana del gobierno; el principio de la separación de poderes; la rectoría económica del Estado; el principio de no reelección, el municipio libre; la supremacía del Estado sobre las asociaciones religiosas denominadas iglesias; los derechos individuales del gobernado; la justicia social; y el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad.

Tercera.- Se entiende teóricamente, que una Constitución es rígida cuando para ser modificada, enmendada o adicionada, se desarrolla un procedimiento que contiene un mayor grado de dificultad que el procedimiento legislativo ordinario; y se considera flexible cuando el procedimiento para su modificación representa el mismo grado de dificultad que una reforma a una ley ordinaria. Sin embargo, dicha clasificación resulta más teórica que práctica, considerando que no es suficiente para determinar la rigidez de una Constitución, el hecho que en su modificación tenga que recurrirse a un Órgano Legislativo reforzado o diferente; bastando citar para ello, que en una Constitución consuetudinaria, en donde las modificaciones son paulatinas y sin procedimiento específico alguno, atendiendo al primer atributo, le haría más flexible, pero al propio tiempo, las más flexible, si atendemos al segundo. Por otra parte, en los casos de Constituciones escritas que no tienen un procedimiento definido de reforma, enmienda o adición, podría concluirse que ésta es la más rígida, por estimarse inmodificable, pero resultaría flexible, porque al no existir un procedimiento de revisión constitucional, cualquier órgano podría enmendarla o modificarla. En lo que respecta a nuestro Constitución, vemos que doctrinariamente, se ha clasificado como rígida, aunque de facto, ha resultado una Constitución flexible. Por otra parte, la teoría constitucional ha clasificado tradicionalmente el contenido de las Constituciones en dos partes; una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dogmática y otra *orgánica*, entendiendo la primera donde se contienen las normas relativas a los derechos individuales y esta última, como aquella donde se comprenden las normas que aluden a la organización del Estado; empero, vemos que en la realidad, el concepto de parte dogmática no es equivalente a capítulo de garantías individuales, ni la parte orgánica es todo lo que no está en los primeros 29 artículos, ya que existen disposiciones dogmáticas dispersas por todo el articulado. Además hay algunos preceptos orgánicos en el capítulo denominado "De las garantías individuales"; y viceversa; por tal, la separación conceptual entre parte orgánica y parte dogmática es ya insuficiente, poco clara y casi inútil para explicar el contenido de las Constituciones contemporáneas.

Cuarta.- A la fecha continúa en acalorada discusión la desafortunada redacción del artículo 135, que amén de cualquier polémica, no ha hecho mas que generar confusiones; principalmente en cuanto refiere dos de las formas en virtud de las cuales se pueden introducir modificaciones al texto constitucional; esto es, la de *reformer* y la de *añadir*. No obstante, la mayoría coincide en señalar, que se trata de una cuestión técnica legislativa, mas que a una cuestión lógico-interpretativa, la cual hubiese quedado subsanada con el simple hecho que nuestra Carta Magna, hubiese establecido lo siguiente: "...la presente Constitución puede ser reformada..."; término *reforma* que sería el continente de otras especies, como lo son las *reformas* propiamente dichas, así como las *adiciones* y *supresiones*.

Quinta.- Al margen de una estricta técnica jurídica, reiteradamente se dice que a lo largo de la historia hemos tenido diversas Constituciones; sin embargo, es de afirmarse que solamente hemos tenido una Constitución, esto es, la de 1824, con la que se inició la vida independiente del País, mas allá de lo discutible que pudieran ser sus reformas, de 1836, 1857 y 1917; pues ha existido una sola voluntad Constituyente, en la que "el Pueblo" ha actuado a través de sus representantes; aconteciendo que nunca las Constituciones han sustituido a sus predecesoras en términos de una abrogación; ya que únicamente se han derogado las disposiciones que se opusieran al nuevo orden normativo. Así tenemos que la Constitución de 1917 deja establecido: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la Constitución del 5 de Febrero de 1857".

Sexta.- Todas las Constituciones que han regido al Estado mexicano, han previsto la posibilidad de ser reformadas, sin que haya existido alguna con características de irreformabilidad; sin embargo tenemos algunas cláusulas temporales de irreformabilidad, como en la Constitución de 1824 que prohibió durante seis años, cualquier tipo de reforma (artículo 166); en igual sentido la de 1836. A su vez, tenemos casos donde la Constitución ha prohibido reformar ciertas partes de su contenido; así por ejemplo, la de 1824 que en su artículo 171 preceptuaba: "...jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y del Acta Constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los supremos poderes de la Federación y de los Estados...". Así hemos de señalar, que dentro de nuestra actual Constitución tenemos casos de flexibilidad, y otros de máxima rigidez. Varios autores, consideran que finalmente, nuestra Constitución únicamente contempla dos opciones para ser reformada, esto es, una posibilidad *flexible*, y otra, la *real*. Respecto de la primera, se refiere al artículo 39 Constitucional, que refiere: "...el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno..."; y en cuanto a la segunda, tenemos el artículo 135, Sin embargo,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para la primera, dada la ausencia de medios de participación democrática para el pueblo, esta última forma, es el procedimiento que ha servido de fundamento para la crecida acción reformadora con la que se ha alterado el texto original de 1917. Así tenemos, que el artículo 135, establece un procedimiento para hacer reformas, y determina cuales son los órganos competentes para realizarlas; no obstante ello, al hacer intervenir a diferentes cuerpos —órganos constituidos—, resulta dable estimar que sus autores quisieron que nuestro texto constitucional no tuviera la misma flexibilidad de cambio concedida a las leyes ordinarias.

Séptima.- El término soberanía aparece reiteradamente en el texto Constitucional, así por ejemplo el artículo 39, alude a su sentido propio, pero en la actualidad inexistente, referido a alguien inexistente, en el caso el pueblo, que es supremo en lo interior e independiente en lo exterior. Asimismo en los artículos 40 y 103 fracción II, el vocablo toma una connotación impropia, como sinónimo de autonomía, refiriéndose a la competencia o ámbito de acción de los Estados. Por otra parte, la doctrina le ha atribuido una significación no siempre coincidente, cuyo concepto se ha prestado mas a la confusión que a la comprensión de las Instituciones Públicas; bastando citar los compromisos internacionales contraídos por el Estado Mexicano, donde no se explica su existencia, al menos en cuanto a su acepción como independencia de lo exterior. Dicho así, podemos señalar que el concepto pareciera seguir siendo válido refiriéndonos a justificar la existencia de una relación sometimiento-obediencia, situación que de igual modo en la práctica no tiene verificativo, tomando en consideración por ejemplo, que el actual gobierno ha reconocido la beligerancia de un grupo rebelde, armado, y entablado negociaciones con él, situación que por mas justificada que lo fuera, no resulta propio de un Estado soberano. No obstante lo anterior, hemos de señalar como al término Soberanía a aquello que es supremo en lo interior e independiente en lo exterior. Por otra parte, suponer que existe algo que se denomina Soberanía, equivale a suponer también que existe un titular de la misma, quien la posee, la ejerce y eventualmente la transmite y puede ser privado de ella; así, teóricamente, en la Constitución mexicana el titular de la Soberanía, es el Pueblo, quien hizo uso de tal poder al momento que se constituyó en un Estado jurídicamente organizado, expidiendo su Ley Fundamental denominada Constitución, consignando en ella su forma de gobierno, sus poderes públicos, y reservando a los individuos una zona inmune contra la invasión de las autoridades, denominadas garantías individuales. Sin embargo en regímenes como el nuestro, donde no se contempla la apelación directa del pueblo, dicho acto de autodeterminación constituye la única oportunidad en que el titular de la Soberanía la ejerza en toda su pureza e integridad. Igualmente, sostener que en el caso mexicano el Pueblo ha depositado en forma transitoria su soberanía en una Asamblea Constituyente, es pasar por alto la realidad, ya que ello equivaldría a tomar a los revolucionarios o facciones triunfantes como intérpretes o colectores del auténtico sentir popular, o como representantes de un Pueblo, al que dominaron por medio de las armas.

Octava.- La mayoría de los tratadistas consideran al Poder, como el objeto y el fin de una Constitución; considerándole como un todo, como una universalidad que comprende todos los vínculos de denominación. Así, tenemos que en términos generales, la Constitución legaliza, sanciona, regula o prevé toda clase de dominación trascendente o importante, de manera preferente, norma el poder político; determina quien manda y quien obedece, establece los términos, condiciones, límites personales, territoriales y temporales de su ejercicio y de la obediencia de los particulares. Así vemos, que el sentido que considera la Constitución Mexicana, resulta un sinónimo de

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

autoridad, que actúa manda, ordena y sanciona el ejercicio de facultades o atribuciones, teóricamente limitadas, redundando a fin de cuentas en una forma de dominación política. Nuestra Constitución regula básicamente el Poder Político, así como otros campos, ya sea económico y el social, que al incorporarse a aquél, dejan su naturaleza para ser político; pero lo cierto es que en el caso de México, respecto al poder político, acontece como una realidad, donde las clases gobernantes sólo han sido desplazadas del Poder por la fuerza. Así, vemos que desde 1821 hasta nuestra última administración, las elecciones jamás han sido la vía para alcanzar cambios; ya que si bien el Poder Político se encuentra normado dentro de la Constitución, igualmente cierto es que al margen de dicha norma y aún en su contra, existe un número extenso de formas en virtud de las cuales los titulares del poder, que no son siempre los que señalan aquéllas, se imponen y se hacen obedecer. No obstante, la Constitución sólo hace alusión a tres Poderes, que a saber resultan el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Novena.- El Constituyente, tiene como finalidad la creación de la Constitución, pues no gobierna, sólo expide la ley fundamental — luego desaparece de la cual gobiernan los poderes constituidos. Ante tales características, todo parece como si el autor de la Constitución, no tuviera limitación alguna en la realización de su tarea. Lo dicho debe precisarse agregando que, si bien jurídicamente es cierto que el creador de la Máxima de las Leyes, por definición es ilimitado, pues es una manifestación de soberanía; también debe considerarse que, por la tarea misma que tiene encomendada, encuentra ciertas limitaciones lógicas e inherentes a su propia función, las que resultan intrínsecas a lo que debe fundar o promover: *a) Establecer un orden jurídico; b) Reconocer los Derechos Fundamentales de los Gobernados; c) La separación de funciones; d) Crear las instituciones procesales que garanticen los tres factores anteriores.* Por otra parte, y en cuanto a la legitimación del Poder Constituyente, desde la perspectiva sociológica se estipula que el Poder Constituyente y su legitimidad, dependerá de que esa fuerza social responda a los valores e intereses de los grupos más poderosos que evolucionan en la estructura social; en tanto que desde la perspectiva jurídica, la validez de la Constitución depende del grado que alcance que esta tenga, por lo que la legitimidad de la norma suprema dependerá de que la persona o asamblea que le da vida sea reconocida por la mayoría social, como el organismo propio y facultado para hacerlo; y lo más importante que el contenido de la Constitución sea afín con la ideología y los valores predominantes en la sociedad. Así, derivado de la existencia de un Poder Constituyente, — que integra, prescribe y ordena —, existen Poderes derivados — que son los que acatan y ejecutan —, los que reciben su investidura y facultades precisamente de esa fuente superior, como lo es la voluntad del Constituyente, plasmada en la Constitución, órganos a los que la doctrina ha tenido a bien llamar Poderes Constituidos; que no vienen a ser otra cosa que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; y que a su vez interactúan en los tres niveles de gobierno, esto es Federal, Estatal y Municipal.

Décima.- Lo relativo a la división de poderes en la teoría y en la práctica, es una Institución que viene desde la antigüedad, como es el caso de ciertas referencias Aristotélicas, tal y como en *La Política*. Otros autores, consideran que la distinción de poderes se originó en la organización constitucional norteamericana, misma que llevó a la práctica, la teoría de separación de los poderes planteada por *Montesquieu* y más anteriormente referida por *Locke*. Sin embargo, mas allá de las exposiciones teóricas de estos dos últimos autores, diversos constitucionalistas, esgrimen que fue *Maquiavelo*, quien desde una óptica mas pragmática, refirió los intereses reales de esa

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

división de poderes, pues incorpora un elemento más -la realidad-; cuando señala que en la práctica, el poder se ha dividido a fin de permitir al titular su ejercicio y evitarle los inconvenientes que su goce trae aparejado. Pese a las diversas teorías sobre su verdadero origen, la separación de poderes resulta algo común en el constitucionalismo moderno; y si bien surgió originalmente para permitir un adecuado ejercicio del Poder, pues atendía más a la división del trabajo que a permitir la especialización, al no dejar de reconocerse que quien legislaba o juzgaba lo hacía en nombre del rey, por lo que a fin de cuentas, seguía el monopolio de la actividad dominical. Así, la especialización con base en el principio de división de poderes, a pesar de su esencia jurídica, en la práctica facilitó y perpetuó la concentración del Poder. Sin embargo a despecho de estas teorías, las constituciones y entre ellas la mexicana, siguen hablando del la División de Poderes; a pesar que existe una multiplicidad de funciones, donde los distintos poderes, se vinculan y complementan recíprocamente, y que en ninguno de los casos, un poder se encuentra completamente aislado. Desde esta óptica, al menos teóricamente, la división de poderes haya su justificación, representando un sistema de pesos y contrapesos que procura alcanzar un equilibrio entre las tres ramas en que se divide la acción gubernativa, sin embargo, también resulta una realidad, que esos parámetros legales, se han visto transgredidos por líneas políticas y de poder, que sacan de todo marco el espíritu constitucional, el cual desde su texto, es incapaz de impedir su violación o desbordamiento; no debiendo olvidar, que nuestro país no ha sido un país de consensos, pues desde la conquista, nuestra patria se ha ido renovando a través de revoluciones y golpes violentos. Las Constituciones mexicanas, tanto la de 1824, como la de 1857, no fueron el fruto del consenso entre las fuerzas políticas, sino el resultado de la imposición de una fracción o un grupo triunfador. Por ejemplo, las "Leyes de Reforma" y la Constitución de 1857, fueron diseñadas por una minoría liberal educada, que intentó moldear a la sociedad en oposición a un proyecto contrario y opuesto: el de los conservadores. Generalmente, tanto las normas constitucionales como la legislación secundaria fueron evolucionando en la violencia y no en alguna creencia de legitimidad. La Constitución mexicana de 1917, profijada por la revolución mexicana, también fue impuesta por una facción triunfadora, en este caso, el grupo revolucionario. El objetivo del constituyente no fue lograr un pacto político sino derrotar a los enemigos y consolidar, de esta forma, el triunfo militar de Carranza y sus seguidores. En el discurso inaugural del Congreso Constituyente de 1917, Carranza centró su intervención en tres aspectos básicos para el futuro diseño constitucional: organizar un gobierno fuerte a partir de la preeminencia del Ejecutivo sobre el Legislativo, vigorizar el sistema de garantías individuales establecido desde 1857, e impulsar el mejoramiento económico y social del país. Este diseño evidentemente no fue concebido para establecer un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes; al contrario, fue pensado para incrementar las atribuciones del Ejecutivo sobre los demás poderes. Las garantías individuales se reconocieron y reconocieron sólo en la medida en que no afectarían al núcleo esencial del poder. Las reformas posteriores a 1917 consistieron en acotar las atribuciones del Congreso y en condenar a la inanición al Poder Judicial, el cual se ha venido fortaleciendo paulatinamente en los últimos años. Por tanto, queda expuesto que el equilibrio de poderes en nuestra Constitución, tiene una justificación sólo teórica, pues en la práctica, sólo ha servido como un instrumento para los intereses del grupo imperante; tan así, que el grupo de poder hegemónico que gobernó a este país durante los últimos setenta años y que siempre convalidó el centralismo presidencial, actualmente pugna desde la butaca de la oposición, por despojar al Ejecutivo del cúmulo de atribuciones personales.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Décima Primera.- Para reformar el texto constitucional mexicano, los autores del artículo 135 recurrieron a Órganos Constituidos; los que salvo disposición expresa en contrario, se atienen a los principios generales que regulan su particular funcionamiento. En otras palabras, los autores del artículo en mención no establecieron órganos especiales, ni reglas excepcionales. De manera por demás confusa, hay quienes sostienen que dentro del proceso de reforma constitucional, los órganos que intervienen en la función reformadora, al hacerlo se fusionan en uno y pierden su individualidad; circunstancia que resulta insostenible; dado que la función reformadora es una manera como se manifiesta la actividad legislativa ordinaria, solo que reforzada. Por tanto, el concepto del principio de la soberanía, es pues, el fundamento firme para calificar de poderes constituidos a todos los que se mencionan en la Constitución, considerando que ninguno de ellos goza ni puede gozar de poseer la plenitud de la soberanía, que el pueblo sólo transfiera al poder constituyente; segundo, porque las facultades que ejercen los poderes constituidos, son facultades encomendadas por la Constitución; tercero, porque no pueden dejar de respetar las formalidades, lo mismo que las limitaciones impuestas para el ejercicio de sus respectivas asignaciones de poder, y cuarto, porque todos los actos que emitan estarán sujetos, en cuanto a la forma y al fondo, a los controles establecidos por la misma Constitución. Por tal, no existe fundamento para suponer que la combinación de poderes prevista en el artículo 135 sea un Poder, como la han sostenido algunos connotados estudiosos, refiriéndole como *Poder Nacional Supremo* o *Constituyente Permanente*; pues la instancia reformadora, debe entenderse como referencia simplemente a una combinación de órganos, que unidos en uno solo, o en una instancia, tienen encomendada una función, que no es otra que la de reformar; sin que las partes que intervienen pierdan su identidad, ni mucho menos adquieran una diferente; pues suponer lo contrario, equivale a forzar la naturaleza de las Instituciones. Por otra parte, la terminología de la instancia reformadora es ambivalente, pues tanto la doctrina y la jurisprudencia, de manera ambigua le denominan *Poder Constituyente Permanente*; *Poder Reformador*, *Poder Revisor*, términos que erróneamente se emplean con una idéntica denominación o sentido. Solamente cuando se habla del poder constituyente, es claro que la referencia nos remite a la misma Asamblea Popular que en 1916-1917 dictó la Constitución vigente. Por tanto, la expresión poder constituyente, sí debe ser diferenciada de las demás expresiones con que se denomina a la instancia que tiene las facultades de revisar y reformar dicha Constitución. Por otra parte, los textos constitucionales, tanto el vigente cuanto los históricos, solamente enuncian los diversos procedimientos, a través de los cuales se deberán llevar a cabo las reformas y las adiciones, sin expresar denominación alguna o calificación de esta instancia. Sólo existe una excepción jurídica para llamar a la Instancia Revisora, Constituyente Permanente, en aquellas Constituciones que sus enunciados autoricen a la instancia revisora y reformadora, el poder —valga la repetición—, de revisar y reformar el texto fundamental, sin ninguna limitación, sólo así estaríamos frente a una instancia de constituyente permanente, reconociéndole una naturaleza comparable a la que acostumbramos darle a las asambleas populares que originalmente aprobaron la mencionada Constitución. Esto es, que si el concepto particular y concreto que se haya aceptado de la idea de la soberanía permite considerar a la instancia reformadora como un poder propiamente, o en sentido propio, de carácter constituyente, en términos de igualdad o de semejanza y analogía con respecto al carácter constituyente de la misma asamblea que haya expedido la Constitución de referencia, parecerá lógica y congruente aquella autorización para que dicho revisor se comporte precisamente como lo haría una asamblea constituyente (poco más o menos), y por tal razón parecerá también apropiado el llamar a esa instancia revisora, tal como ya lo refieren algunos doctrinarios, constituyente permanente. El caso

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

contrario, resulta cuando se señalan límites muy precisos a la actividad de esa instancia revisora. En todos estos casos, el poder constituyente originario, al establecer dichas limitaciones o prohibiciones, claramente está marcando la existencia de una diferencia específica con respecto a la instancia de revisión; en estos casos, la instancia revisora, tendrá la naturaleza de poder constituido y por lo tanto subordinado, con la obligación no sólo de acatar los procedimientos establecidos para la reforma, sino también respetar sus limitaciones. Refiriéndonos al caso mexicano, podemos decir que todas sus Constituciones, desde la histórica expedida en 1812 por la Cortes españolas, hasta la vigente de 1917, son Constituciones elaboradas por una asamblea popular que claramente expresa su diferencia con respecto a la tradicional instancia revisora.

Décima Segunda.- En mucho se discute la redacción constitucional, cuando señala que tratándose de una reforma, esta debe ser aprobada por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes; redacción que pasa por alto que en lugar de referirse a individuos, debería citar a los legisladores presentes, y otra que resulta casi imposible, es que en cada Cámara se logre el cuento exacto de dos terceras partes, sin mas ni menos, como lo dispone el artículo; y en cuanto se refiere el término voto, el legislador supuso que éste sería afirmativo, sin embargo, un voto también puede ser negativo. En ese sentido, sería más oportuno que el texto constitucional prescribiera: "...por el voto afirmativo de cuando menos dos terceras partes de los legisladores presentes en cada una de las Cámaras...". Igualmente podemos decir, que no existe duda, que el texto constitucional se refiere a las dos terceras partes de los legisladores presentes en cada Cámara y no al número total de miembros de cada una de ellas; sin pasar por alto que los ausentes no votan, y mucho menos en sentido negativo. En igual sentido, tenemos que el precepto constitucional, no alude a un *quórum* especial, al general que establece el artículo 63: mas de la mitad; misma regla que solo tiene las excepciones previstas en los artículos 84 y 85 en los que se refiere un *quórum* diferente. Sin embargo, son varios los autores, quienes plantean que la composición arriba referida, vulnera la teoría de la democracia, y esencialmente el principio de la "equivalencia de las opciones", ya que según este principio, en democracia todas las opciones deben tener las mismas posibilidades de realización, lo cual se asegura con el principio de la mayoría que garantiza el éxito para aquella opción que obtenga más votos. Pues bien, el hecho de que para reformar la Constitución se requiera de una mayoría cualificada rompe con esa igualdad de oportunidades, ya que para poner un ejemplo, si una Constitución para ser reformada requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras legislativas, para impedir la reforma (es decir, para que triunfe la opción que propugna por mantener el contenido vigente de la norma constitucional), se requiere solamente el voto del 33% de los legisladores (o incluso menos si se toman en cuenta las abstenciones).

Décima Tercera.- En América Latina y en la mayor parte del mundo se está identificando reforma con cambio constitucional, sobre todo cuando las Constituciones son de factura reciente. El decanato de la Constitución Mexicana de 1917 que se observa en la región, no implica necesariamente el liderazgo que tuvo cuando se expidió, sino observa una serie de retrasos, vacíos y contradicciones, producto de sus múltiples reformas parciales que por cientos se han acumulado en cada sexenio presidencial. Así, los errores de nuestra Constitución no han sido del todo corregidos por las constantes reformas. Para apuntar sólo algunos de los más notorios, podríamos mencionar la falta de definición de la jerarquía de las leyes federales y locales en nuestro sistema, la ausencia de límites y alcances de los tratados internacionales, la casi nula

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

participación de los jueces locales en la aplicación de leyes federales, los procedimientos alternos de reforma constitucional, mecanismos mejor definidos de frenos y contrapesos en los supuestos de gobiernos divididos, mayor autonomía para el municipio, definición de las autoridades estatales y municipales en la defensa y protección de los derechos humanos, abatimiento de las excesivas facultades de los Poderes Ejecutivos, mayores facultades al Poder Judicial en materia de iniciativa legislativa y afinamiento de algunos aspectos de su función jurisdiccional, entre otros de fundamental reforma que no han sido adaptados a la nueva realidad mexicana. Por lo anterior, prácticamente tenemos una Constitución con las mismas deficiencias que tenía el texto de 1857, cuando los constituyentes de Querétaro la reformaron integralmente, considerando que su texto se había transformado en un conjunto de principios meramente doctrinarios aderezado con principios declarativos. Por tal, la Constitución presente o futura, exige una recomposición sustancial, resultando su agenda es bastante amplia, bastando señalar la necesidad de perfeccionar el estatuto parlamentario; la reorganización interna de las cámaras, la ampliación en sus periodos de sesiones; la reelección parlamentaria; el refuerzo en sus atribuciones de control; la incorporación de controles sobre los medios de comunicación; su intervención en la planeación, en la administración de recursos económicos y en la educación; la posibilidad de censurar secretarios de Estado; la ampliación en el uso de las comisiones de investigación y de las comisiones ordinarias, definir mecanismos ante una eventual desaprobación del Congreso para el Plan de Egresos; juicio político para el Ejecutivo y estructurar su régimen de suplencias; la revisión del Poder Judicial; el fortalecimiento del control constitucional, la introducción de órganos realmente autónomos, como los electorales, de derechos humanos, de control económico y financiero; el banco central, coordinación federal, la información de datos oficiales; la exigencia de cambio en el federalismo mexicano; revisión de competencias, sobre todo las financieras y en lo relativo a la administración pública federal en los estados; a las garantías individuales; y por lo que hace a los derechos humanos, de la preeminencia del derecho internacional sobre el interno. Por tal, incorporar los anteriores y otros elementos a nuestra Constitución actual, harían un texto tan reformado, que de facto resultaría en un nuevo texto constitucional. También cabe decirse, que una reforma fundamental al texto constitucional vigente, no necesariamente debe implicar una ruptura o un alejamiento del "espíritu del Constituyente de 1917", pues incluso puede servir de pretexto para darar un retorno al "espíritu" y texto originales, conforme la necesidad actual. Por tal, no cabe duda, entonces, que dentro de la transición mexicana habrá de llegar el momento de la reforma constitucional. Y habrá de llegar tanto por la urgencia de ajustar el esquema constitucional a la nueva estructura de relaciones políticas surgidas de la propia transición, como por la necesidad de una estrategia de legitimación del nuevo sistema político. Aunado a las justificantes legales de reformar o crear un nuevo Texto Constitucional, para nadie es desconocido que la reforma constitucional surge asociada a la imagen de la "refundación" del Estado, como una respuesta a las expectativas políticas de cambio, y como parte de una necesaria estrategia de generación de confianza social y política, en el sentido de que las cosas habrán de ser distintas en el futuro; así como una ruptura con el pasado autoritario o el rompimiento con la democracia limitada, marcando el inicio de una nueva "normalidad democrática", quedando constancia escrita de ello en un nuevo texto constitucional. Por supuesto que esto tiene que ver con la necesidad de generar un grado de consenso lo más amplio posible en torno al nuevo orden político, y por lo tanto tiene que ver con el establecimiento de sus bases mismas de legitimidad; ya que sin un amplio consenso, el nuevo orden político no habrá de sobrevivir ni funcionar. Sin pretender despojar a la Constitución de su carácter esencialmente normativo, debemos aceptar que detrás de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

toda obra constituyente hay actores políticos concretos, que son quienes se sientan a negociar los términos de la nueva normalidad constitucional; por tal, inevitablemente cada uno de estos actores trae a la negociación sus propios intereses materiales e ideológicos; sus propias ambiciones, individuales o de grupo; sus propias concepciones del bien común, de la conveniencia nacional, y de los alcances y límites de la acción gubernamental y cada uno de ellos intentará incrustar en la Constitución garantías normativas de sus intereses. No son pocos los que piensan que si la restauración constitucional requiere de un notable esfuerzo consensual, cuan aún más sería, para elaborar una nueva Constitución. Sin embargo, concluiremos señalando, que tampoco podemos tener la vana pretensión, que con una reforma constitucional "adecuada" vayamos a tener una democracia consolidada, que además funcione y sea eficaz, pues si sólo se tratara de expedir una "buena" Constitución seguramente la democracia llevaría más de un siglo y medio reinando vigorosa en América Latina; ya que la democracia estable y eficaz, representa mucho más que un arreglo institucional.

Décima Cuarta.- Aunque nuestra Constitución Federal ha sido modelada fundamentalmente a partir de la Constitución de los Estados Unidos que es de 1787, la cual cuenta con tan sólo veintiséis enmiendas o modificaciones formales, este engañoso parangón no nos es aplicable con nuestra Constitución mexicana, ya que el sistema anglosajón es, en este punto, estructuralmente distinto al derecho codificado que es seguido en nuestro país, pues en aquél se escuchan opiniones en la doctrina americana, sobre la reforma formal y explícita de su bicentenaria Constitución, a pesar de las incessantes reformas que vía interpretación judicial se efectúan cotidianamente.

Décima Quinta.- De manera poco acertada, se ha pretendido encontrar en la parte final del artículo 39, una excepción a la regla general, que como procedimiento para introducir reformas, establece el artículo 135 y también una excepción al principio establecido en el artículo 41, que determina que sea a través de los poderes constituidos como se ejerza la autoridad. Ciertamente el artículo 39 declara que la soberanía nacional reside en el pueblo, y que éste tiene el derecho de modificar la forma de gobierno. Esta afirmación debe entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 41, que dispone cómo el pueblo puede ejercer lo que se ha llamado su soberanía. Los artículos 39 y 41, aparte de normar lo relativo a la organización de los Estados de la Federación, en lo demás su existencia es innecesaria dentro de la Constitución; pues su presencia sólo se explicaría teniendo en cuenta la tendencia, en parte superada, de atribuir al pueblo la suma de virtudes y facultades; en ese sentido, contribuiría a hacer, de alguna manera, inteligibles otros preceptos. Así, cuando se afirma que el ejercicio de la soberanía se logra mediante los poderes que se establecen en la constitución dentro de sus respectivas jurisdicciones, resulta que al conferirse la facultad de reformar a un cuerpo consignado en ella misma y al atribuir el ejercicio de eso que denomina soberanía a los Poderes Constituidos, lo que hace es negar la participación directa del pueblo en la modificación de la ley suprema. Conforme lo anterior, de estricto derecho no hay más procedimiento para reformar la ley suprema que el general previsto en el artículo 135, y los excepcionales contemplados en el artículo 73; pues es sólo por la vía del artículo 135, que pueden darse tanto reformas superficiales, como sustanciales; pues negar esa posibilidad, y al no existir otra vía, solo dejaría dos alternativas: la inamovilidad o la violencia; y pues ninguna de ellas resulta acorde a un sistema jurídico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Décima Sexta.- En cuanto a los límites de la Instancia Revisora en México, existen posturas que consideran que el Revisor tiene facultades ilimitadas, otras que se oponen a una reforma total, y una tercera vertiente que considera que la instancia revisora tiene limitaciones formales o de procedimiento, esto es, que cualquier reforma debe sujetar su desarrollo, a los procedimientos prescritos por el mismo texto fundamental; incluso nuestra Suprema Corte de Justicia dejó entrever dicha circunstancia (dentro del Amparo denominado "Camacho Solís"), dejando establecido que efectivamente podía ser revisable por la jurisdicción federal las formalidades del procedimiento de las reformas de Constitución, para verificar si la instancia revisora las guardó o no de manera precisa y exacta. Aun así, existe una cuarta postura, que considera que la instancia revisora, debe ser respetuosa con lo que se denominan decisiones fundamentales, aunque nuestro texto no contenga ninguna enunciación expresa a ese respecto. Por tanto, la única resultante es que tanto las posturas doctrinarias e incluso el propio poder judicial, han resultado ambiguos e imprecisos en cuanto a los alcances de la instancia revisora, pues mediante diversas ejecutorias, éste último ha señalado que la instancia revisora no tiene límites, y por otra parte refiere como límites de su función reformadora, el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre; lo que nuevamente vuelve a resultar en una ambigüedad al no definirlos.

Décimo Séptima.- En cuanto a la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, vemos que la Suprema Corte de Justicia, bajo un criterio excesivamente formalista y voluntarioso, prescribe en algunas escasas ejecutorias, que no es posible una reforma inconstitucional porque en la Constitución no hay jerarquía de preceptos y porque en el Poder Constituyente radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, y que ningún precepto puede ser contrario a la Carta Magna; sin embargo, en la realidad resulta difícil considerar que no hubiesen atentado contra el espíritu constitucional una multiplicidad de reformas realizadas a partir de su promulgación. Por otra parte, resulta paradójico que los juristas, con la sola excepción de la demanda de amparo promovida por Manuel Camacho Solís, no hayan impugnado posibles reformas inconstitucionales mediante el juicio de amparo, no obstante que dicho quejoso tuvo que "enmascarar" su moción, enderezando su juicio no en el sentido que las reformas constitucionales al artículo 122, afectaban sus derechos políticos y otros de distinta naturaleza, sino únicamente por aspectos formales de la reforma y no en cuanto al contenido de la misma; pues de haberlo hecho así, hubiese sido desechada su demanda, bajo el criterio inmutable del Poder Federal, que ha considerado que una reforma operada por la instancia revisora de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 135, nunca jamás puede ser inconstitucional, y que los derechos políticos, no son susceptibles de juicio de garantías, toda vez que no se trata de garantías individuales. Así, tuvo que impugnar sólo aspectos de competencia y procesales de la reforma, que sin duda, resultaban convalidables. No obstante de encomiable se ha calificado que la Suprema Corte haya sostenido dentro del amparo en revisión que revocó el auto que desechó por "notoriamente improcedente", la demanda de garantías promovida por Camacho Solís, los siguientes puntos: a) no existe en la legislación mexicana disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción de amparo, en contra del proceso de reformas de la Carta Magna, b) es innegable que los Tribunales de la Federación están facultados para intervenir en el conocimiento de cualquier problema relativo a la violación de derechos fundamentales, c) la función primordial encomendada al Poder Judicial de la Federación por el artículo 103, es la de resolver controversias por leyes o actos de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

autoridad, y d) las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional, que en su conjunto integran el Órgano Revisor, son autoridades constituidas, en tanto que se ha determinado que tienen tal carácter las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado; y no obstante el resultado del procedimiento reclamado, hubiera quedado elevado a la categoría de Norma Suprema, dicho procedimiento es impugnabile a través del Juicio de Amparo.

Décimo Octava.- Dada la ausencia de un órgano de control jurisdiccional de la Constitución, tratándose de la inconstitucionalidad de una reforma constitucional —valga la redundancia—, por el momento la Corte ha dejando entrever que sólo queda la vía de amparo y la jurisprudencia. Así, vemos que tratándose de la forma y la incompetencia del revisor, la inconstitucionalidad ya se encuentra regulada en vía de juicio de garantías, con efectos *erga omnes*. El problema persiste para el fondo, pues para su procedencia, salvo una reforma, actualmente tendría que hacerse bajo una interpretación extensiva de la fracción I del artículo 103 de la Constitución, para que el término "leyes", comprenda las reformas y adiciones constitucionales, y que el término "autoridad", consecuentemente incluyera a la instancia reformadora, cuando esas reformas o adiciones vulneraran las normas fundamentales; o bien, que la reforma antes señalada, explícitamente diera competencia al Poder Judicial Federal, para conocer en materia de reformas inconstitucionales, que violen garantías individuales. La Suprema Corte ha dado visos de asumir este criterio, cuando en uno de los Considerandos del Amparo Camacho Solís, atribuye a los Tribunales de la Federación la competencia para resolver toda controversia que se suscite por actos de autoridad o "leyes" —entendidas en sentido amplio—, que violen las garantías individuales, sin distinguir si son constitucionales, fundamentales, primarias, reglamentarias, orgánicas, secundarias o de cualquier otra índole, e independientemente de la relación jerárquica que existe entre ellas y de las diferencias de su proceso de creación. Una última vertiente, propone la creación de un instituto legal, que en las democracias europeas se llama Tribunal Constitucional, entendido como un árbitro constitucional, imparcial y autónomo que no se deje avasallar por mayorías futuras o presentes, capaz de resolver los conflictos entre los poderes y órganos del Estado, y con suficientes atribuciones para imponer las reglas constitucionales, pues muchos consideran que en México, ese árbitro no puede ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque ésta es parte del Poder Judicial federal, y el Poder Judicial federal, también es un actor dentro de la transición que requiere ser evaluado y puesto al día y que además, por el actual diseño constitucional, no es parte de las controversias constitucionales. Sin embargo, la existencia de un Tribunal de estas características implicaría revisar todo el sistema recursal para la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, en especial el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

Décimo Novena.- La mayoría de tratadistas, políticos y estudiosos, coinciden que no obstante la dirección o profundidad que asuma la instancia reformadora respecto a nuestra Constitución actual, esta deberá apuntar sin duda su quehacer, hacia la edificación de una Constitución Normativa; entendiendo esta, como aquella que efectivamente es vivida por los destinatarios y detentadores del poder. Sin embargo, la Constitución normativa, para ser real y efectiva, debe ser observada por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad y ésta, a su vez, en ella. Por lo tanto, la Constitución normativa, para ser tal, requiere de distintos elementos, algunos extrajurídicos y otros jurídicos. Entre los extrajurídicos hay que contemplar, de manera

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ilustrativa, la existencia de un régimen democrático, la legitimidad o aceptación social y política a la Constitución por parte de los actores nacionales, el consenso social y político que la Constitución expresa, una fuerte lealtad de los ciudadanos y las autoridades para con la Constitución, y una orientación hacia los elementos cambiantes de la sociedad y su modo específico de funcionamiento en el marco de una comunidad pluralista y antagonica. De los elementos jurídicos habría que mencionar, entre otros, una concepción jurídica que vea en la Constitución una norma plena y no principios de inspiración política y social, sin que esto signifique que la Constitución no esté orientada hacia fines y valores muy precisos, una visión de la validez jurídica no sólo formal, sino también material, un entendimiento de la norma constitucional como norma abierta y no cerrada a los distintos principios constitucionales que están en permanente conflicto y oposición; la creencia en la legitimidad de la Constitución; la lealtad de las autoridades y ciudadanos a la Constitución; su orientación hacia el futuro, pero también, a su capacidad para adaptarse a los vertiginosos cambios de las sociedades modernas. Aunado a lo anterior, no puede haber Constitución normativa sin cláusulas de intangibilidad y sin procedimientos de reforma y mutación constitucional que flexibilicen los sentidos de la Constitución, pero sin que estos puedan alterar su núcleo esencial que le da identidad de Carta Fundamental.

Vigésimo.- Nuestro Texto Constitucional vigente sin duda representó un momento histórico en la vida de nuestro País, resultando innegable la multiplicidad de aciertos e innovaciones que en su momento contempló, principalmente en cuanto a derechos sociales se refiere, sin embargo, no menos cierto es que para muchos ese ciclo ya concluyó, pues su actual estructura, ya resulta inapropiada para cimientar la proyección futura de nuestro País, resultando su diseño disfuncional para la nueva correlación de fuerzas, por lo que tenemos una Constitución con las mismas deficiencias o quizá mayores, que las que tenía el texto de 1857, cuando los Constituyentes de Querétaro la reformaron integralmente, apoyando la expedición de una nueva Constitución. Afortunadamente, nuestra Constitución actual contempla la posibilidad de ser reformada; sin embargo, de facto no dispone de otro procedimiento, más allá que el previsto en el artículo 135; empero, la doctrina, el Poder Judicial y el propio texto fundamental resultan ambiguos en cuanto al alcance de la instancia reformadora. Por lo que para conciliar estos extremos, se propone incorporar a nuestro Texto Constitucional, la figura del *referéndum*, el cual ya ha sido utilizado históricamente en nuestra Constitución. Así, el *referéndum* no sólo se convierte en una etapa del procedimiento rígido de la reforma por el que se inclinaron los Constituyentes, sino también en una concesión hecha al poder soberano, y limitado que se reserva la instancia popular para autogobernarse. Por otra parte, y para efectos de no desequilibrar la representatividad de los órganos constituidos y la intervención del pueblo, se propone que éste último sólo participe vía *referéndum*, cuando se trate de cuestiones nodales, que dada su trascendencia, justifiquen su intervención. Para tal efecto, y siendo congruente con el criterio de la Corte, que señala como límites de la Instancia Reformadora, el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre, se propone utilizar el *referéndum*, cuando una reforma verse sobre la declaración de los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la supremacía del Estado sobre las iglesias. Por último, para incorporar armónicamente la figura del *referéndum*, a la estructura actual de nuestro Ordenamiento Fundamental, se propone hacer una edición al artículo 135 Constitucional: que prescriba: "...La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las ediciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes acuerde las reformas o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas. Las reformas a esta Constitución que afecten sustancialmente la declaración de los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la supremacía del Estado sobre las iglesias, serán sometidas al referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento inmediato anterior, en los términos que establezca la ley reglamentaria que para el efecto se expida en el término de (¿?), a la entrada en vigor de la presente reforma y con cuya única aprobación podrán entrar en vigor..." Esta fórmula, permite conciliar las posturas en contrapunto, siendo acordes a la lectura actual del texto constitucional y para confirmar la postura del Poder Judicial Federal, en el sentido que la Instancia Revisora jurídicamente no tiene límites, pero a su vez concretiza de manera específica sus límites irmanentes, los cuales también han sido establecidos por nuestro Máximo Tribunal pero de manera difusa, permitiendo también incorporar la intervención del pueblo, mediante un mecanismo de democracia semidirecta, como lo es el *referéndum*. Este esquema, tiene la ventaja de servir de base, para la reforma pronta o futura de la Constitución, y sea cual sea, su profundidad.

"...por esto se ha dejado expedito el camino a la reforma del Código Político, sin más precaución que la seguridad de los cambios sean reclamados y aceptados por el pueblo. Siendo tan fácil la reforma para satisfacer las necesidades del País, ¿para que recurrir a nuevos trastornos, para qué devorarnos en la guerra civil, si los medios legales no cuestan sangre, ni aniquilan a la República, ni la deshonoran, ni ponen en peligro sus libertades y su existencia de nación soberana?. Persuadios mexicanos, de que la paz es el primero de todos los bienes y de que vuestra libertad y vuestra ventura dependen del respeto, del amor con que mantengáis vuestras instituciones..."

Francisco Zarco, en su Manifiesto a la Nación, aprobado por unanimidad por los integrantes de la Asamblea Constituyente el 5 de Febrero de 1857.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

101

Bibliografía

Aragón Reyes, Manuel. Constitución y control del poder. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1995. pp. 42-60.

Revista de Estudios Políticos, en "Nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional". núm. 50, marzo-abril, 1986.

Aristóteles, Las once comedias. Editorial Porrúa. México, 1966. p. 290.

Arteaga Nava, Elisur. Derecho Constitucional. Editorial Oxford University Press. México, 1995, pp. 116, 271, 336, 372y 554.

Derecho Constitucional. UNAM. México, 1994. t. III, pp. 19-31.

Bastida Colinas, Sabino. La reformabilidad de la Constitución en el Derecho Mexicano. Escuela Libre de Derecho. México, 1996.

Bidart Campos, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Ediar. Buenos Aires, 1995. p.58.

Manual de Derecho Constitucional. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1975. p.31.

Bidart Campos German. cit. por Raúl González Schmall, en ¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?. UNAM. México, 1988.

Biscaretti Paolo. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid, 1965. p. 361.

Borja, Rodrigo. Derecho político y constitucional. México 1987. p. 318.

Bryce, James. Constituciones flexibles y constituciones rígidas. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952. pp. 22 y 25.

Burdeau, Georges. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editora Nacional. Madrid, 1980.

Burgos Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1973. p.24, 365 y 236.

Carpijo Mc. Gregor, Jorge. Estudios Constitucionales. UNAM. México, 1980. pp. 52, 53, 290, 291, 430 y 461.

La Constitución mexicana de 1917. UNAM. México, 1969. p. 332.

Modern Constitutions. Londres, 1968, p. 16 y 22.

Cerroni Humberto y otros. Marx. El Derecho y el Estado. Editorial Oikos-Tau. Barcelona, 1989. p.32.

De la Cueva, Mario. Teoría de la Constitución. Editorial Porrúa. S.A., México, 1982. p. 127,174, 246.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- De la Torre Villar, Ernesto.** Obras, votos. t. III, Editorial Porrúa S.A. México, 1870. p.12.
- Fioravanti Mauricio.** Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones. Editorial Trotta. , Madrid, 1996. pp. 127-134.
- García Pelayo, Manuel.** Derecho constitucional comparado. Alianza Universidad. Madrid, 1991. pp. 79-98.
- Heller, Herman.** Teoría del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1963. p. 209 y 267.
- Hernández Gil, Antonio.** Sistema de valores en la Constitución, la Constitución de la Monarquía Parlamentaria. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983.
- Hesse, Konrad.** Escritos de derecho constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. pp. 57-78.
- Homero.** La Iliada, Editorial Espasa Calpe. México 1988. p.22.
- Jellinek, Jorge.** Teoría General del Estado. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1943. p. 413.
- Kelsen, Hans.** Teoría Pura del Derecho. UNAM, México, 1979, p. 89, 147 y 148.
- Lasalle, Ferdinand.** ¿Que es una Constitución?. Editorial Hispánica. México, 1989. p.30, 35 y 78.
- León Guzmán.** Cuestiones Constitucionales. Imprenta del Comercio de Nabor Chávez. México, 1870. p.12.
- Linares Quintana, Segundo.** Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires, 1958. T. II. p.94.
- Linz Juan J. L.** La quiebra de las democracias. Alianza Editorial Mexicana y CONACULTA. México, 1990. p. 38. Palabras de John F. Kennedy durante la crisis de 1962.
- Lowestein Karl.** Teoría de la Constitución. Editorial Ariel. Barcelona, 1979. pp. 27, 55, 150, 151, 205, 216, 222 y 231.
- Lucas Verdú, Pablo.** Curso de Derecho Político. Madrid, 1974. V. II, p.431.
- Lucio, Levi.** "voz gobierno", ob. cit. dirigida por Norberto Bobbio y Nicola Mattetucci, Diccionario de Política. Siglo XXI, México, 1984. p. 143.
- Machiavelli, Nicolás.** De Principatibus. Editorial Trillas, México, cap. XV, p. 3 y 5.
- Discursos sobre la primera década del Tito Livio, El Ateneo. Buenos Aires, 1965. p.108.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- Madison y Jay, Hamilton.** Teoría de la Constitución. Editorial Ariel. Barcelona, 1979. p. 45.
- Marx, Karl.** Manuscritos de París. Anuarios franco-alemanes (1844). Editorial Grijalbo, Barcelona. 1978. p.36.
- Marrán Laborde, Ignacio.** ¿Y después del presidencialismo? Reflexiones para la formación de un nuevo régimen. Editorial Océano. México, 1997. pp. 74-83.
- Neumann, Franz.** El Estado Democrático y el Estado Autoritario. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1968.
- Quiroga Lavié, Humberto.** Derecho Constitucional Latinoamericano. México, UNAM, 1991.
- Visita guiada a la Constitución Nacional. Buenos Aires, Editorial Zavallia, 1995.
- Rabasa, Emilio.** La Constitución y la Dictadura. México, p. 234, 237 y 302.
- Ruiz, Eduardo.** Derecho Constitucional. UNAM. México, 1978. p.41.
- Sánchez Meda, Ramón.** Las reformas demolitorias de la Constitución. México, 1998.
- Sartori Giovanni.** Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.
- Schmitt, Ulises.** El sistema de la Constitución mexicana. México, 1971. p. 150.
- Schmitt, Carl.** Teoría de la Constitución. Editorial Nacional. México, 1970. p.3, 13, 22, 23 y 24.
- Sttopino, Mario,** "voz poder", en Diccionario de Política, obra coordinada por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. Editorial Siglo XXI. México, 1982 T. II, p. 1217.
- Tamayo y Salmorán, Rolando.** Introducción al estudio de la Constitución. UNAM. México, 1979. p.33, 22 y 23.
- Tena Ramírez, Felipe.** Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México, 1988, pp. 10, 20, 21, 58, 60, 61, 63 y 68.
- Valedés, Diego.** La Constitución Reformada. Los derechos del pueblo Mexicano Congreso de la Unión. Manuel Porrúa Editor. México, 1980. p. 187.
- Weber, Max.,** Economía y Sociedad. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1964. T I, p.43.
- Zagrebel'sky, Gustavo.** El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia. Editorial Trotta. Madrid, 1997. p. 851.
- Zarco, Francisco.** Historia del Congreso Constituyente (1856-1857). El Colegio de México, 1956. pp. 316, 317, 1034 y 1507.

TPSIS CON
FALLA DE ORIGEN

Zarco, Francisco. "La Constitución y la prensa". El Siglo Diez y Nueve. México, 17¹⁶⁵
de marzo de 1857.

Legislación: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial
Sista S.A. de C.V. México D.F.

Otras obras: Enciclopedia Universal Ilustrada. Editorial Espasa Calpe. T.XV.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**