

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 879309

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD
QUE DESARROLLAN LAS FUERZAS
ARMADAS EN EL COMBATE AL
NARCOTRÁFICO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

GUILLERMO GALVÁN GONZÁLEZ

ASESOR:

LIC. ROBERTO JOSÉ NAVARRO GONZÁLEZ

CELAYA, GUANAJUATO.

AGOSTO DEL 2004



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A Dios nuestro Señor.

Por iluminarme en todo momento, dándome la vida, inteligencia, perseverancia, sabiduría y todo lo que tengo y lo que soy... gracias Señor, porque contigo, todo es posible.

A mi Padre.

Pues aunque Dios lo tenga en su gloria, sé que siempre está conmigo, se que por difícil que sea el camino, nunca se apartará de mi lado... lo lograste, puedes estar orgulloso de todos y cada uno de tus hijos... Dios te quiso a su lado por ser tan grande y espero que algún día pueda llegar a ser tan grande como tú.

A mi Madre.

Por encontrarse en los mejores momentos de mi vida y por brindarme su apoyo y su interminable amor hasta en los momentos más difíciles de mi vida... porque siempre se ha preocupado por hacer de sus hijos gente de bien... este triunfo te lo mereces.

A mis Hermanos.

Por apoyarme en todo momento y alentarme en todos mis proyectos, porque ese apoyo fue la fuerza motriz de este humilde trabajo, gracias... siempre estaré en deuda con todos ustedes.

A mis Maestros.

Por brindarme su sapiencia y experiencia... por su buena disposición para dar respuesta a toda pregunta, por ayudarme en mi formación profesional. De todos ellos me llevo, no solo un grato recuerdo, sino aún más, me llevo un conocimiento enriquecido, un criterio más amplio y ante todo su amistad; sepan ustedes que siempre estaré a sus muy apreciables órdenes.

A mi Despacho, Consorcio Jurídico Integral.

Gracias a este proyecto hemos logrado materializar un despacho jurídico sólido, hemos luchado por ganar un prestigio y ante la adversidad hemos luchado por salir adelante, porque ha sido un duro camino el que hemos recorrido, porque ha sido nuestro recinto profesional desde hace cuatro años, porque apostamos todo en este proyecto, porque aún cuando las circunstancias han llevado a la separación de dos de sus cuatro socios fundadores, seguiremos adelante, nunca nos detendremos... vamos por buen camino.

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO ESTADO Y GOBIERNO

1.1. Consideraciones previas.	1
1.2. Su realidad social y jurídica.	1
1.3. Concepto de Estado.	2
1.3.1. Análisis de los elementos del concepto.	3
1.3.1.1 Población.	3
1.3.1.2 Territorio.	3
1.3.1.3 Poder.	3
1.4. Personalidad jurídica del Estado.	4
1.4.1 Concepto de persona.	4
1.4.2 Clasificación de las personas.	4
1.4.3 Nacimiento de la personalidad del Estado.	5
1.4.4 Teorías que explican la personalidad jurídica del Estado 2 personalidad una sola provista de 2 voluntades.	5
1.4.5 Personalidad jurídica de derecho público.	6
1.4.6 Características de las personas jurídico colectivas de derecho público.	6
1.4.6.1 Capacidad.	7
1.4.6.2 Patrimonio.	7
1.4.6.3 Objeto.	7
1.4.6.4 Régimen jurídico específico.	7
1.5. Formas de Estado y formas de Gobierno.	8
1.5.1 Formas de Estado.	9
1.5.1.1 Federal.	9
1.5.1.2 Contrato Unitario.	9
1.5.2 Formas de Gobierno.	9
1.5.2.1 Régimen Parlamentario.	10
1.5.2.2 Régimen Presidencial.	10
1.6. Forma de Estado y Gobierno de Estado Mexicano.	11
1.6.1 La forma del Estado Mexicano.	11
1.6.2 La forma del Gobierno del Estado Mexicano.	12
1.6.3 Competencia: federal, local y municipal.	12
1.6.3.1 El gobierno de la federación.	13
1.6.3.2 La competencia local, o de las entidades federativas.	14
1.6.3.3 La competencia municipal.	15

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO TEORÍA CONSTITUCIONAL

1.1. Consideraciones previas.	16
1.2. Concepto y especies de Constituciones.	17
1.3. La legitimidad constitucional.	24
1.3.1. Exposición del principio.	24
1.3.2. La legitimidad de la Constitución mexicana de 1857.	26
1.3.3. La legitimidad de la Constitución mexicana de 1917.	28
1.4. Antología constitucional.	30
1.5. Los factores reales de poder y las decisiones fundamentales.	33
1.5.1 Los factores reales de poder.	33
1.5.2 Las decisiones fundamentales.	36
1.6. La fundamentalidad y la supremacía de la Constitución.	37
1.6.1 Consideraciones generales.	37
1.6.2 El principio de supremacía en el constitucionalismo mexicano.	39
1.7 El principio de rigidez constitucional.	43
1.7.1 Exposición del principio.	43
1.8. La reformabilidad constitucional.	45
1.8.1 Las reformas en general.	45
1.8.2 La reforma a los principios fundamentales.	47
1.9. La inviolabilidad de la constitución.	53
1.9.1 Consideraciones previas.	53
1.9.2 El derecho a la revolución.	54

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO EL SUPREMO PODER DE LA FEDERACIÓN.

1.1 . Consideraciones previas.	57
1.2 . Texto actual del Artículo 49 constitucional.	58
1.3 . Breve explicación del Artículo 49 constitucional.	58
1.4 . La doctrina de la división de poderes.	60
1.5 . La división de poderes en los ordenamientos constitucionales mexicanos del siglo XIX.	63

	Pág.
1.6 . La división de poderes en la constitución de 1917.	68
1.7 . Valor actual del principio de división de poderes.	70

TÍTULO IV

CAPÍTULO I LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA Y NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL.

1.1. En la insurgencia.	76
1.2. La Constitución de 1824.	79
1.3. La constitución de 1857.	81
1.4. Las reformas de 1900 sobre creación del Ministerio Público a nivel constitucional.	85
1.5. La constitución de 1917.	89
1.5.1. Texto actual del Art. 21 (Reformado en 1982).	95
1.5.2. Interpretación del Art. 21 Constitucional.	96
1.6. El Procurador General de la República y el Ministerio Público Federal.	97
1.6.1 Atribuciones del Ministerio Público.	98
1.6.2 Principios que caracterizan al Ministerio Público.	100
1.6.2.1 Jerarquía.	101
1.6.2.2 Individualidad.	101
1.6.2.3 Independencia.	101

CAPÍTULO II

LA ACTUAL PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN NUESTRO PAÍS.

2.1. Elementos que intervienen en la procuración de justicia.	103
2.1.1 Población.	104
2.1.2 Tasa de crecimiento.	104
2.1.3 Asentamientos humanos.	104
2.1.4 Antisocialidad.	105
2.1.5 Inflación monetaria y disminución del poder adquisitivo.	106
2.2. El constitucionalismo.	106
2.3. Los principios de prontitud, eficacia, expeditéz y gratitud de la justicia.	109

	Pág.
2.4. La paz en la procuración de justicia y la política criminal.	109
2.5. La legalidad en la procuración de justicia.	111
2.6. Las reformas constitucionales y el futuro de la procuración de justicia.	114

TÍTULO V

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DEL EJÉRCITO MEXICANO

1.1. Consideraciones previas.	127
1.2. La época precortesiana.	129
1.3. De la colonia al México Independiente.	134
1.3.1 La Colonia.	135
1.3.2 México Independiente.	137
1.4. De la constitución de 1824 a la Constitución de 1857.	138
1.4.1 La Constitución Federal de 1824.	138
1.4.2 La Constitución Federal de 1957.	139
1.5. Diversas leyes militares a finales de siglo XIX.	142
1.5.1 Legislación del Ejército de 1857-1900.	142
1.5.2 Legislación del ejército de 1900-1929.	142
1.5.2.1 Etapa inicial.	143
1.5.2.2 Legislación de 1926-1929.	144
1.6. La época contemporánea y el fuero de guerra.	145
1.6.1 La época contemporánea.	146
1.6.1.1 Leyes vigentes del Instituto Armado.	146
1.6.1.2 Reglamentos vigentes del Instituto Armado.	149

CAPÍTULO II

TEORÍA JURÍDICA Y ANÁLISIS FILOSÓFICO DEL EJÉRCITO.

2.1. Naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas.	152
2.2. Concepto de Ejército.	153
2.3. Elementos generales del Ejército.	156
	156

	Pág.
2.3.1 Estructura jurídica.	159
2.3.2 Organización.	160
2.3.3 Hombres.	161
2.3.4 Armamento.	162
2.3.5 Instalaciones.	163
2.4. Teleología del Instituto Armado.	

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN Y LAS FUERZAS ARMADAS.

3.1. Fuentes constitucionales de las Fuerzas Armadas.	166
3.1.1 Texto vigente del Artículo 13 Constitucional.	168
3.1.2 Texto vigente del Artículo 21 Constitucional.	168
3.1.3 Texto vigente del Artículo 89 Constitucional.	169
3.1.4 Texto vigente del Artículo 129 Constitucional y análisis del mismo.	172
3.2. El Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas.	179
3.2.1 El Poder Ejecutivo y el mando militar.	179
3.2.2 Mando supremo militar.	180
3.2.2.1 El Presidente de la República como Órgano político.	180
3.2.2.2 El Presidente de la República como Órgano administrativo.	181
3.2.2.3 El Presidente de la República, Jefe de las Fuerzas Armadas del país.	181
3.2.2.4 La Delegación del mando supremo militar.	181
3.2.3. Facultades del Poder Ejecutivo Federal.	182
3.2.3.1 Análisis del Artículo 89 Constitucional.	182
3.3 El Poder Legislativo, Facultades, respeto de las Fuerzas Armadas.	183
3.3.1 Facultades del Congreso General.	183
3.3.2 Ausencia de facultades de la Cámara de Diputados respecto a la milicia.	185
3.3.3 El Senado de la República y las Fuerzas Armadas.	185
3.3.4 La Comisión Permanente del Congreso de la Unión.	186
3.4. Las Garantías Individuales.	187
3.4.1 Servicio de las Armas.	187
3.4.2 Derecho de poseer armas.	187
3.4.3 Subsistencia del Fuero de Guerra.	188
3.4.4 Inviolabilidad domiciliaria en tiempo de paz.	188

	Pág.	
3.4.5	La pena de muerte en la legislación militar.	189
3.4.6	Suspensión de Garantías Individuales.	189
3.5	Derechos, obligaciones y prerrogativas de los mexicanos.	190
3.5.1	Derechos de los mexicanos.	190
3.5.2	Obligaciones de los mexicanos.	191
3.5.3	Prerrogativas de los ciudadanos.	192

CAPÍTULO IV

LAS FUERZAS ARMADAS, LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO Y LA LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL.

4.1.	El Ejército mexicano y la lucha contra el narcotráfico.	193
4.2.	Prohibición constitucional a las Fuerzas Armadas.	195
4.3.	Las Fuerzas Armadas en la lucha contra el narcotráfico, problemática y perjuicio.	198

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El narcotráfico es una actividad que entraña una problemática de gravedad extrema, de perfiles mundiales y una constante amenaza a la sanidad e integridad de toda nuestra sociedad. Por ende el narcotráfico es un problema de interés general.

El narcotráfico, no es un problema nuevo ni exclusivo de nuestro país. Al narcotráfico lo podemos considerar como un fenómeno generador de conductas delictuosas, ya que se ve acompañado de un sin número de delitos como lo son: operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, portación ilegal de armas de fuego, etcétera; además de que nuestra legislación federal vigente, ya lo enumera entre los considerados como Delincuencia Organizada.

El Código Penal Federal vigente, tipifica al narcotráfico como delito federal y lo contempla dentro de su Título Séptimo, denominado "Delitos contra la Salud", en especial en su Capítulo I primero, llamado "De la Producción, Tenencia, Tráfico, Proselitismo, y otros actos en Materia de Narcotráfico", artículos 193 al 199.

Debido a que el narcotráfico es considerado como delito, es el motivo por el cual le corresponde al Ministerio Público, por mandato expreso de nuestra Constitución Política en su artículo 21, conocer e investigar todo lo relacionado con este tipo de conductas delictuosas; el narcotráfico como conducta delictuosa prevista y sancionada por el Código Penal Federal y en virtud del mandato constitucional antes citado, le corresponde su conocimiento, investigación y persecución al Ministerio Público de la Federación, mismo que se auxiliará en todo lo conducente, por una policía que se encuentra bajo su autoridad y mando inmediato, esta policía es la Policía Federal Investigadora, antes denominada

Policía Judicial Federal, y dependiente de la Agencia Federal de Investigación de la Procuraduría General de la República.

El narcotráfico es un problema que rebasa a las instituciones encargadas de su combate, pero si bien las rebasa, es de considerarse que existen muchos otros motivos por los cuales el narcotráfico ha subsistido y no solo eso, sino que ha crecido y se ha perfeccionado en todos los aspectos, creando una organización con capacidades y recursos económicos mayores a los que se encuentran destinados para su combate, cuestiones que sin duda alguna le otorgan una fuerza y poderío de alcances mundiales exorbitantes.

Pero bien, la situación que nos interesa abordar en el presente estudio, no es el ¿porqué? de la existencia y subsistencia del narcotráfico en nuestro país, sino por el contrario, el presente estudio solo pretende servir como análisis, como investigación, tendiente a allegarnos los conocimientos suficientes para poder determinar si las Fuerzas Armadas están actuando realmente dentro de un marco de legalidad en el combate al narcotráfico, así como determinar la constitucionalidad, o en su defecto, inconstitucionalidad de ese actuar.

A colación del párrafo anterior, es un hecho conocido por todos que las Fuerzas Armadas han estado interviniendo en el combate al narcotráfico, pero de acuerdo a lo anterior, es donde surge la incógnita ¿las Fuerzas Armadas se encuentran legal y constitucionalmente facultadas para intervenir en dicho combate al narcotráfico?, pues sería totalmente aberrante afirmar lo contrario, ya que al hablar de Fuerzas Armadas, hablamos del Instituto Armado Mexicano mismo al que se le ha encomendado la protección y defensa del Estado Mexicano, hablamos de la Secretaría de la Defensa Nacional.

En la presente investigación, se tratará de precisar algunos aspectos de importancia referentes no solo a las Fuerzas Armadas, sus atribuciones, facultades y objetivos, sino también respecto de la Procuraduría General de la República

como responsable directa del combate al narcotráfico, de la institución del Ministerio Público Federal y de la policía que esta bajo su autoridad y mando inmediato la Policía Federal Investigadora, dependiente de la Agencia Federal de Investigación y anteriormente denominada y reconocida como Policía Judicial Federal.

Cabe resaltar que desde administraciones anteriores se venían proponiendo como estrategias y líneas de acción para hacer frente a delitos como el narcotráfico, la coordinación entre las dependencias, entidades de la administración pública federal y de los estados de la federación con otras naciones, para efectos de unir criterios que conlleven al combate frontal de éste delito y de otras conductas conexas, delimitando la esfera de acción de todas las dependencias del gobierno federal.

En la presente obra, inminentemente se aborda el análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues siendo la norma Suprema del Estado Mexicano, sería jurídicamente irracional no tocar tal tema, ya que es de ella, de donde emanan las atribuciones y facultades tanto de las Fuerzas Armadas como de la Procuraduría General de la República, así como las leyes secundarias que regulan su respectivo actuar.

No debe pasar desapercibido el punto referente a la conveniencia, ventajas y desventajas que trae implícito el hecho de que el máximo Instituto Armado de nuestro país, se encuentre combatiendo un fenómeno con tal capacidad económica, poderío y organización como lo es el narcotráfico, cuestión que se aborda desde el punto de vista muy personal, pretendiendo lograr total objetividad, e imparcialidad respecto al particular.

Con la presente Tesis, no obstante el objetivo principal de la misma, espero lograr la concientización de la comunidad jurídica por el interés en el estudio del derecho y doctrina castrenses, ya que a la fecha, este tema parece encontrarse en

completa oscuridad; al efecto, se tocan algunos aspectos de la doctrina y derecho castrenses, pero no se profundiza por razones obvias, ya que aun y cuando para un servidor sea un tema muy interesante, el tratar a fondo el tema del derecho militar, implicaría realizar un estudio pormenorizado sobre el particular. Además, es importante resaltar, que para la elaboración de la presente, se encontró como problema principal, la escasa bibliografía respecto a las Fuerzas Armadas, pero no resulta nada raro, si partimos del supuesto de que no existe interés de parte de la gente por conocer más a fondo a las Fuerzas Armadas.

Debe dejarse muy en claro, que el objetivo de esta obra y de quien la sustenta, no es el dañar la imagen de ninguna institución de las que aquí se citan, ello al momento de señalar si éstas se encuentran actuando dentro del marco de la legalidad o no, pero en caso de que alguien así lo considerase, le ruego acepte una muy sentida disculpa.

Por último, antes de entrar de lleno al estudio de nuestro tema central, solo me permitiré agregar la opinión muy personal de un servidor respecto de las Fuerzas Armadas y de la importancia que tienen hoy en día en nuestro país:

“La historia y evolución de México, nunca se hubiese podido escribir, ni mucho menos sería la misma, sin la existencia de sus Fuerzas Armadas”.

TÍTULO I

ESTADO Y GOBIERNO

CAPÍTULO ÚNICO

1.1. Consideraciones previas.

Es conveniente precisar que, para hablar del estado y entender a fondo a este fenómeno jurídico, tendríamos que abocarnos a la elaboración de un estudio individualizado de dicho tema, pues resulta un tema muy vasto, del cual existen un sin número de estudios y de diferentes teorías, motivo por el cual, por obviedad de razones, en el presente estudio no abundaré más de lo que, en lo personal, consideró estrictamente necesario.

Podemos considerar que la aparición del Estado nacional es relativamente reciente en la historia de la humanidad, pues emerge en el siglo XII, en Europa, cuando es identificado como una nueva forma de organización política, la cual surge y se va desarrollando en las sociedades de la época, conforme sus necesidades y limitaciones específicas, se consolida a lo largo de un proceso que alcanza el siglo XIX y que aún continúa avanzando en nuestros días, en busca de su perfeccionamiento.

1.2. Su realidad Social y Jurídica.

Hablar del origen, la integración y las tareas del Estado es entrar en un área polémica, en razón de la gran cantidad de acepciones generadas por los expertos en materia, quienes pretenden describir con exactitud este fenómeno, el cual ha

sido un protagonista importantísimo de la vida social, y que se hace presente en los aspectos más insignificantes de la cotidianidad mediante mecanismos de control que se renuevan de acuerdo con la creciente complejidad de las relaciones humanas.

Para alcanzar esta relevancia, el Estado, en su fase moderna, tuvo que trascender, y enterrar a las viejas estructuras políticas que le precedieron (los feudos principalmente), para lo que se valió de los nuevos valores e intereses que conformaron al Renacimiento (siglo XV) y que ubicaron al hombre como centro del universo.

Resulta imprescindible destacar la importancia del derecho como factor de organización del Estado, ya que es él quien asigna atribuciones a los entes estatales, establece sus mecanismos de acción, y les fija los límites conforme a los cuales deben conducirse en su contacto con los particulares, asimismo, él organiza a la comunidad al establecer las bases sobre las que se da su interrelación.

Para realizar sus funciones, el Estado, tiene la posibilidad de imponer sus mandatos por medio de la fuerza, que él mismo ha institucionalizado, y que es lo que distingue de los otros sistemas normativos.

1.3. Concepto de Estado.

La prodigalidad de conceptos en este punto, es tan variada como los criterios que han servido de base para formularlos, razón por la cual se ha optado por acogerse al tradicional concepto jurídico de Jellinek, quien lo defiende como:

La corporación formada por un pueblo dotada de un poder de mando originado y asentada en un determinado territorio.

1.3.1. Análisis de los elementos del concepto.

De la definición de George Jellinek podemos inferir que son tres los elementos fundamentales que conforman al Estado, siendo estos Población, Territorio y Gobierno, mismos que a continuación se analizan.

1.3.1.1. Población.

Integrada por los hombres que se encuentran organizados en torno al propio Estado, entiéndase el término “hombres”, en su sentido amplio, esto es, como genero, comprendiendo en dicho término a todo ser humano, y no como especie refiriendo al ser racional del sexo masculino.

1.3.1.2. Territorio.

Espacio vital de la población, en el cual, el Estado excluye cualquier otro poder superior o igual al suyo y que, a la vez, es el ámbito de aplicación de las normas expedidas por sus órganos competentes.

1.3.1.3. Poder.

Es la capacidad de imponer la voluntad propia, a sí mismo y a los demás. En el caso del Estado, esta voluntad se manifiesta mediante las normas jurídicas, dicha voluntad cuenta con la posibilidad de ser acatada incluso con la intervención de la llamada fuerza pública, monopolizada ésta por el Estado, Max Weber ha definido a este fenómeno como poder legal.

Muchos tratadistas incluyen otros elementos que consideran esenciales como: la soberanía, el orden jurídico, la unidad, etc., pero a título personal, es de considerarse que éstos últimos se encuentran implícitos en los anteriores.

1.4. Personalidad jurídica del Estado.

1.4.1. Concepto de persona.

Jurídicamente se designa con este término todo entre que la ley ha investido con capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Está considerado por algunos tratadistas no solo como un concepto jurídico fundamental, sino también como el primer objeto del derecho, en, virtud del cual se ha establecido todo en orden jurídico.

1.4.2. Clasificación de las personas.

Nuestra legislación civil, sigue la doctrina y reconoce dos clases:

Persona física, Ser humano, jurídicamente considerado como aquél al que la ley ha dotado de derechos y obligaciones,

Persona moral o jurídico colectiva, acepción esta última, que considero es la más correcta, que es la agrupación de individuos, a la que, en cuanto tal, la ley le ha reconocido capacidad jurídica independiente de la de sus integrantes, para adquirir derechos y contraer obligaciones.

1.4.3. Nacimiento de la personalidad del Estado.

La concepción de persona jurídico colectiva, lleva a concluir que efectivamente es el orden jurídico el que atribuye a los individuos o a ciertas agrupaciones de éstos, la capacidad para tener derechos y asumir obligaciones; la personalidad jurídica del Estado (como persona jurídico colectiva) nace única y exclusivamente cuando el orden legal ha determinado el correspondiente conocimiento.

Esta afirmación se ve apoyada en que el concepto comentado es, por definición, de carácter jurídico y sólo puede provenir de un orden legal creado por el Estado, mediante el establecimiento de las bases sobre las cuales se desarrollará su actuación y la de su población, fijan dichas bases los límites de tal actuación, los cuales no podrán ser transgredidos validamente ni por el propio Estado. Cabe señalar que nos encontramos ante un Estado de derecho (la fase más evolucionada de la organización política).

1.4.4. Teorías que explican la personalidad jurídica del Estado. Dos personalidades o una sola provista de dos voluntades.

La incursión del Estado en actividades que antes estaban reservadas de manera exclusiva a los particulares, así como la propia necesidad de acogerse a normas de derecho privado en sus relaciones con la población, ha planteado la problemática de dilucidar si el Estado cuando se relaciona en un plano de igualdad con los ciudadanos, por ejemplo, con motivo de una compraventa, lo hace ostentándose como un simple particular y, por tanto, con una personalidad jurídica de derecho privado, o bien lo hace sin despojarse de su investidura de ente sujeta al derecho público.

Esto nos lleva a mencionar la controversia que ha ocupado la atención de la doctrina durante un buen tiempo y que se centra en determinar si el Estado cuenta con dos personalidades jurídicas (una de derecho público y otra de derecho privado), o bien, con una sola personalidad, la cual se manifiesta en dos aspectos o voluntades, según la circunstancia en que aquél le toque actuar.

1.4.5. Personalidad jurídica de derecho público del Estado.

El Estado figura como la persona jurídica primigenia de todos los sistemas de derechos vigentes; ya que es a él al que le ha correspondido crearlos, para lo que comienza por legitimarse a sí mismo por medio de ellos. De tal suerte que su capacidad legal para ser sujeto de derechos y obligaciones derivará de la ley. Por razones de método, y de acuerdo con nuestra legislación, se ha aceptado que dicha capacidad proviene del derecho público, no obstante lo discutible que resulta esta afirmación porque, como se ha sostenido, parte en dos al sistema de derecho (derecho público y derecho privado), lo que ya no es universalmente permitido.

1.4.6. Características de las personas jurídicas colectivas de derecho público.

En correspondencia con los atributos que los tratadistas y la legislación le han reconocido en materia civil, a las personas jurídicas, sean éstas físicas o jurídico colectivas, debemos, asimismo, aceptar que los órganos conformantes del aparato del Estado, y que conocemos como personas jurídicas de derecho público, poseen sus propios atributos o características, los cuales le proveen de la capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones y cuya diferencia, con respecto de las primeras, consiste en los fines perseguidos por los unos y las otras, que, en última instancia, en las personas jurídicas de derecho público, es el interés público.

Basado en ello, se tiene que los atributos o características de dichas personas jurídicas de derecho público son cuatro a saber: Capacidad, Patrimonio, Objeto, Régimen jurídico específico.

1.4.6.1. Capacidad.

Que en estos casos se limita a la necesidad para cumplir, dentro de un espacio territorial, con el objeto específico para el cual han sido creadas.

1.4.5.2. Patrimonio.

Constituido por los recursos de los que han sido provistos para el cumplimiento de ese objeto.

1.4.5.3. Objeto.

Son las atribuciones y tareas que le han sido asignadas, de acuerdo con la normatividad, a cada persona jurídica de derecho público.

1.4.5.4. Régimen jurídico específico.

Es el conjunto de reglas que crean a la persona jurídica de derecho público, delimitan en su competencia, mediante la asignación de las tareas por desempeñar y en algunas ocasiones, también determinan su duración.

1.5. Formas de Estado y formas de Gobierno.

Si hemos considerado al Estado como una estructura permanente de la organización de una sociedad, asentada ésta en un territorio determinado, y sobre donde aquella ejerce su poder con exclusión de cualquier otra y de conformidad a un orden jurídico; por gobierno, entenderemos al conjunto de órganos al que el Estado institucionalmente le ha conferido el ejercicio de ese poder.

Vale la pena aclarar, respecto de esta estrecha relación, que la misma ha motivado una gran confusión en torno a estos dos entes sociales, que han llegado a ser considerados como uno mismo, no obstante que, en realidad, el Estado es solo una de las tantas formas como la humanidad se ha organizado políticamente a través de la historia, y que el gobierno ha estado presente en todas ellas.

En efecto, y esto ya ha sido expresado en el desarrollo del tema correspondiente, la aparición del Estado, en tanto fenómeno social, se remonta al siglo XV de n. e.; al gobierno en cambio lo podemos situar desde los orígenes mismos de las sociedades humanas, porque surge como respuesta a la necesidad de mantener la cohesión del grupo, que es la mejor herramienta de supervivencia. En ninguna sociedad se ha encontrado la aceptación espontánea e inmediata, por parte de sus integrantes, de las reglas de convivencia establecidas, lo que ha requerido siempre de un órgano (seguramente primero fue un jefe o jefes) que las imponga y tome las decisiones, a efecto de evitar las consecuencias disgregatorias que pudieran acarrear los frecuentes conflictos y, además, que se encargue de la organización de la defensa contra los peligros externos (principalmente la amenaza de otro grupo).

La formación de las relaciones sociales cada día más complejas, propició la intensa evolución de estos dos entes, configurando formas cada vez más elaboradas y de acuerdo con las necesidades sociales de la organización política, ello ha motivado que los estudiosos de la materia, los fueran clasificando en

atención a distintos criterios. En este trabajo se han recogido únicamente aquellas que se han considerado vigentes y aplicables a la realidad actual.

1.5.1. Formas de Estado.

1.5.1.1. Federal.

Es aquel constituido por varios Estados originalmente autónomos que han supeditado el ejercicio de sus soberanías a la del nuevo Estado federal. Un ejemplo clásico de éste es el de la integración de las antiguas colonias inglesas en nuestro continente, para conformar a los Estados Unidos de América.

1.5.1.2. Central o unitario.

En contraposición al anterior, esta forma de organización política se refiere al Estado que no se ha integrado mediante una federación y, por ende, conserva su autonomía y soberanía plenas de manera unificada.

1.5.2. Formas de Gobierno.

Aparte de las formas de gobierno parlamentario y presidencial, históricamente se han dado otros, como la monarquía moderada, la autocracia, la teocracia, etcétera.

En la actualidad, y atendiendo a un criterio eminentemente orgánico, las formas de gobierno son la parlamentaria y la presidencial, según sea el titular que ejerza el poder.

1.5.2.1. Régimen Parlamentario.

Surge progresivamente como una respuesta antagónica al poder centralizado de otra forma de gobierno ya superada, la monarquía absoluta, a efecto de participar del poder político que antes se encontraba en manos de un solo hombre, quien paulatinamente es obligado a compartirlo ante el influjo de una creciente fuerza modernizante representada por la burguesía, fuerza ésta que torna a la monarquía absoluta en constitucional, al hacerla responsable de sus actos de gobierno ante el parlamento, organismo que alcanzó su apogeo político en los umbrales del siglo XX.

En un intento por definir al parlamento, podrá decirse que es una asamblea, la cual, basada en un principio de representación de diversos estratos sociales, cuenta con funciones principalmente referidas a la actividad legislativa del Estado, así como a la elección de los funcionarios encargados de las tareas ejecutivas (generalmente miembros del propio parlamento), y quienes pueden ser removidos por la misma asamblea cuando así lo considere conveniente.

1.5.2.2. Régimen Presidencial.

A diferencia del anterior, esta forma de gobierno se caracteriza porque la hegemonía política del Estado ya no recae en una asamblea, sino en un solo hombre al que el pueblo elige, ya sea de manera directa o por intermedio de representantes y al que se le ha denominado presidente.

Las exigencias propias de la dinámica del Estado contemporáneo, implican que el orden jurídico, en un sistema presidencial, otorgue a su titular facultades discrecionales que le permitan afrontar con solvencia la problemática socioeconómica imperante en su país.

1.6. Forma de Estado y de Gobierno del Estado mexicano.

1.6.1. La forma del Estado Mexicano.

Según las categorías expresadas en los párrafos anteriores y de acuerdo con lo preceptuado por la Constitución Política, la forma adoptada por el Estado mexicano es la federal, cuya naturaleza jurídica está definida por el artículo 40 de dicha Ley Suprema al disponer que está compuesto por “... *estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior pero unidos en una Federación...*” No se considera que este sea el espacio adecuado para polemizar acerca del tema, solo se enuncia que para algunos tratadistas no se está frente a una federación, en el sentido estricto del término, ya que esta forma de Estado supone requisitos, los cuales no han sido observados en el proceso de conformación de la organización política mexicana, como la existencia previa de verdaderos estados independientes, los cuales asumen la decisión de establecer una alianza o unión, en virtud de lo cual supeditan su soberanía a la del nuevo Estado federal.

Sin embargo, hay quien sostiene la real existencia de dos tipos de Estados federales. Aquellos que han surgido según el proceso referido y que generalmente se caracterizan en que los estados miembros conservan su poder originario, asignándole al Estado federal determinadas atribuciones más bien limitadas. Por otra parte, los Estados que, como México han seguido el proceso inverso, al partir de un Estado central o unitario que mediante su constitución se organiza en federación, para lo que le reconoce autonomía a ciertos conglomerados humanos asentados en extensiones territoriales determinadas, a los cuales denomina “estados libres”, y a los que les reparte tareas específicas, por lo que el Estado federal se reserva facultades más amplias y discrecionales.

1.6.2. La forma de Gobierno del Estado mexicano.

Si la forma de Estado de la organización política mexicana se ha prestado a polémicas entre los estudiosos, de lo que no existe la menor duda es de la forma de gobierno adoptada, pues el régimen presidencial delineado en su Carta Magna, se ha visto confirmado a cada momento en el plano de los hechos, ya que, no obstante la voluntad sostenida por las diversas actas constitucionales que lo han regido a lo largo de la vida independiente, en el sentido de adoptar la tesis de la existencia de un solo poder supremo, dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, la figura del ejercicio ha traspasado el umbral del equilibrio, y se ha asentado como el rector de la vida política nacional y ha supeditado a su proyecto de gobierno a los órganos encargados de las funciones legislativa y judicial.

En el presidente de la República coinciden las facultades de jefe de Estado y jefe de gobierno, reservadas en el régimen parlamentario a distintas personas, debiéndose señalar que la diferenciación más común entre ellas, es que el primero tiene a su cargo actos básicamente protocolarios, y el segundo ejerce efectivamente el poder que le ha sido conferido.

1.6.3. Competencia: Federal, Local y Municipal.

El concepto de competencia, desde el punto de vista jurídico tiene su expresión más técnica en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, la cual en México es privativa del poder judicial (con las excepciones que en su oportunidad serán tratadas). Sin embargo, su aplicación se ha extendido a todos los actos de gobierno, lo cual indudablemente deriva de nuestra Constitución como un requisito de validez y eficacia de éstos (Art. 14 constitucional), el cual consiste en que todo

órgano que emita actos deberá estar autorizado para ello por la ley, es decir, deberá ser competente.

Es así como la Constitución mexicana ha delimitado los respectivos ámbitos de competencia, para lo que ha establecido una pirámide de tres niveles: la Federación, los estados miembros y los municipios, y ah reservado a cada uno de ellos determinadas materias y un territorio para sus actividades.

1.6.3.1. El Gobierno de la Federación.

El artículo 124 constitucional contiene un primer principio de distribución de competencia entre la Federación y los estados miembros, al determinar que las facultades no otorgadas de manera expresa a los funcionarios federales, se consideren reservadas a favor de los estados.

Dichas atribuciones, a su vez son ejercidas por medio de los órganos en que residen el Poder Ejecutivo (presidencia de la República), el Poder Legislativo (Congreso de la Unión) y el Poder Judicial (Suprema Corte de Justicia de la Nación principalmente), lo que constituye una adjudicación de competencias.

Las materias, cuya competencia es de naturaleza federal, están básicamente contenidas en el Art. 73 de la Constitución Política, el que fija las cuestiones acerca de las cuales puede legislar el Congreso de la Unión.

Los artículos 74, 76, 89 y 103 a 106, establecen también, disposiciones relativas a qué asuntos competen a la Federación.

A título de ejemplo, citaremos los siguientes rubros cuyas atribuciones están reservadas al gobierno federal: admisión de nuevas entidades federativas, símbolos nacionales con otros países, hidrocarburos, minería, energía eléctrica y

nuclear, espacio aéreo, mares banca instituciones de crédito, nacionalidad y extranjería, vías generales de comunicación, emisión de moneda, solución de controversias entre los estados y entre los poderes de un mismo estado.

El ámbito espacial de los actos jurídicos de la Federación es todo el territorio nacional con las modalidades previstas en el derecho.

1.6.3.2. La competencia Local, o de las Entidades Federativas.

Territorialmente, las entidades federativas, mediante sus órganos gubernamentales gozan de una competencia circunscrita a los límites que histórica y legalmente se les han reconocido. Es decir, cada entidad federativa posee un determinado territorio, y sólo dentro de él pueden actuar sus autoridades, aunque sus actos tengan validez y deban ser reconocidos en las demás partes de la Federación.

La competencia local por materia está determinada por el principio constitucional ya enunciado: todos los asuntos que no están claramente concedidos a la Federación, se entienden reservados a favor de los estados.

Es pertinente observar lo siguiente: la mayoría de los aspectos de la actividad social se han ido considerando insertos dentro del ámbito federal, por lo que la competencia local sobre ellos es raquítica. Existen materias concurrentes, es decir, materias que tanto la Federación como los estados las pueden regular: educación, conflictos laborales, algunas cuestiones de salud, asistencia social, carreteras, etcétera.

1.6.3.3. La competencia Municipal.

1.- La competencia por territorio está limitada a la superficie que la constitución y leyes locales le reconozcan a cada municipio, con base, principalmente en razones históricas.

2.- La competencia por materia la señala, en principio el artículo 115 de la Constitución Federal.

A pesar que desde el inicio de la Revolución de 1910, se insistió en fortalecer y otorgar libertad de acción al municipio, la realidad es que a éste se le han dejado pocos asuntos en su ámbito competencial y, también menos recursos económicos para que sobreviva.

De los escasos rubros destinados a la administración municipal, podemos mencionar: mercados, agua potable, alumbrado, calles, parques, panteones, rastros, gendarmería, tránsito vehicular, entre otros.

TÍTULO II

LA TEORÍA CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO ÚNICO

1.1. Consideraciones previas.

La Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo en que se proclaman los fines primordiales del Estado y se establecen las normas básicas a las que se debe ajustarse su poder público de imperio para realizarlos, el estudio cabal de la misma no debe prescindir del tratamiento de la finalidad estatal.

La Constitución, es un tema que sin duda alguna merece nuestra atención y análisis dentro del presente estudio, pues como ya se citó a supralíneas, es la Constitución quien establece las normas básicas a que debe ajustarse el poder público de imperio de cada estado para lograr sus fines.

Ahora bien, en ese mismo orden de ideas, debemos entender que al hablar del Ejército, como autoridad militar y dependiente del Poder Ejecutivo Federal, al igual que cualquier otra autoridad que ejerza su poder dentro del territorio nacional, tiene como normatividad suprema la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues es esta la norma fundamental en la que se finca toda la pirámide jurídica, así como la propia existencia del Ejército; por lo tanto, siendo la autoridad militar y la actividad que desempeña la misma, el eje central del presente estudio, es indiscutible la importancia de tocar el presente tema.

1.2. Concepto y especies de Constitución.

El concepto de "Constitución" presenta diversas acepciones que han sido señaladas por la doctrina. Esta diversidad obedece a diferentes puntos de vista desde los cuales se ha tratado de definirlo.

"La Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado".¹

"La Constitución vivida o creada es la fuente formal del derecho, y en verdad la única que posee carácter de fuente primaria colocada por encima del Estado, porque contiene la esencia del orden político y jurídico, por lo tanto, la fuente de la que van a manar todas las normas de la conducta de los hombres y que determinan la estructura y actividad del Estado".²

Prescindiendo de la múltiple tipología y de la variadísima clasificación de "las constituciones" a que conduce intrincadamente la doctrina, nos atrevemos a sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre dicho concepto pueden subsumirse en dos tipos genéricos, que son: La constitución real, ontológica, social y deontológica, por una parte, y la jurídico-positiva, por la otra.

El primer tipo se implica en el ser y modo de ser de un pueblo, e su existencia social dentro del devenir histórico, la cual, a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (elemento ontológico); así como desideratum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico o "querer ser"). Este tipo de constitución se da en la vista misma de un pueblo como condición *sine qua non* de

¹ Jellinek George. Teoría General del Estado, p. 413.

² Cueva de la Mario. Teoría de la Constitución. Edición 1982, p.58.

su identidad (constitución real), así como e su propia finalidad (constitución teológica), con abstracción de toda estructura jurídica.

El término y el concepto de “constitución real” fueron empleados en el siglo pasado por Fernando Lasalle para designar a la estructura ontológica misma de un pueblo, es decir, su ser y su modo de ser. “Una constitución real y efectiva la tienen y han tenido siempre todos los países”, afirmaba, agregando que “Del mismo modo por la misma ley y necesidad que todo cuerpo tiene una constitución, su propia constitución, buena o mal, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean”³. La presencia necesaria, esencial, innegable, *sine quan non*, de la constitución real de un pueblo, que expresa la “quididad” misma de éste, no puede inadvertirse; y tan es así que la doctrina, con diferentes denominaciones, se ha referido a ella.

Por lo que concierne a lo que hemos llamado “constitución teológica”, ésta no tiene una dimensión óptica 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 teológica responde a lo que el pueblo “quiere” y “debe” ser o a lo que se “quiere” que el pueblo sea o “deba ser”. De ello se concluye que la “constitución teológica” no consiste sino en los objetivos de la constitución real, demarcados, sustantivados y condicionados por dichos factores.

En la constitución real, según se habrá observado, se encuentra la vasta problemática de un pueblo como resultante de una múltiple gama de circunstancias y elementos que también, obviamente, se localizan en ella. Por su parte, en la constitución teológica se comprenden las soluciones que a dicha problemática

³ ¿Qué es una Constitución?. Lasalle Fernando. Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires, p. 70 y 71.

pretenden dar los factores reales de poder desde distintos puntos de vista, tales como el político, el cultural y el socioeconómico principalmente.

La constitución jurídico-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido puede o no reflejar la constitución real o teológica. Es dicha constitución, en su primariedad histórica, la que da origen al Estado, según lo hemos afirmado con antelación. En la primera hipótesis que se acaba de señalar, la vinculación entre la constitución real y teológica, por un lado, y la constitución jurídico-positiva, por el otro, es indudable, en cuanto que ésta no es la forma normativa de la materia normada, que es aquélla. En la segunda hipótesis no hay adecuación entre ambas, en el sentido de que la constitución real y teológica no se convierte en el substratum de la constitución jurídico-positiva, o sea, que una y otra se oponen o difieren, circunstancia que históricamente ha provocado la ruptura del orden social, político y económico establecido normativamente. De esto se infiere que la vinculación de que hemos hablado extraña la legitimidad o autenticidad de una constitución jurídico-positiva y la inadecuación que también mencionamos, su ilegitimidad o su carácter obsoleto, ya que se impone a la constitución real o no responde a la constitución teológica de un pueblo.⁴

Conforme a la lógica jurídica, toda constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación y autoeliminación de la soberanía popular, mismas que traducen el poder constituyente. En efecto, la autodeterminación del pueblo se manifiesta en la existencia de un orden jurídico, que por sí solo excluye la idea de arbitrariedad. El Derecho, pues, en relación con el concepto de poder soberano, se ostenta como el medio de realización normativa de la capacidad autodeterminativa.

Ahora bien, la autodeterminación, lo mismo que la autoeliminación, pueden operar por el derecho positivo en forma directa o indirecta o, mejor dicho originaria o derivada. En efecto, el orden jurídico de un Estado que implica uno de los

⁴ Op. cit., p. 81 y 82.

elementos de su sustantividad, comprende todo un régimen normativo que suele clasificarse en dos grandes grupos o categorías de disposiciones de derecho, las constitucionales, que forman un todo preceptivo llamado Constitución en sentido jurídico- positivo y las secundarias, emanadas de ésta, que a su vez se subdividen en varios cuerpos legales de diversa índole, a saber: sustantivas, orgánicas, adjetivas, federales, locales, etc. Pues bien, es la Constitución la que directa y primordialmente objetiva y actualiza las facultades de autodeterminación y autoeliminación de la soberanía popular, por lo que recibe también el nombre de Ley Fundamental, en vista de que finca las bases de calificación, organización y funcionamiento del gobierno del Estado o del pueblo (autodeterminación) y establece las normas que encauzan el poder soberano (autoeliminación), consignando, en primer término, derechos públicos subjetivos que el gobernado puede oponer al poder público estatal, y en segundo lugar, competencias expresas y determinadas, como condición *sine qua non* de la actuación de los órganos del gobierno.

En efecto, refiriéndonos a nuestra Constitución, ésta, en su artículo 124, establece el principio de facultades expresas o limitadas para las autoridades federales y, no obstante que dispone de las facultades o atribuciones que no se encuentren dadas expresamente a la Federación se entienden reservadas a los Estados, también para la actuación pública de éstos consignan un principio de delimitación de competencias para sus órganos correspondientes en el artículo 43, cuya parte conducente dice: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados...”, mandamiento que encierra un evidente principio de régimen de legalidad por lo que toca a las competencias federal y local.

El orden constitucional, es decir, aquel que se establece por las normas fundamentales del Estado, puede manifestarse, desde el punto de vista formal, en

dos tipos de constituciones: las escritas y las consuetudinarias, cuyos caracteres no se presentan con absoluta independencia y aislamiento en los regímenes en los cuales respectivamente existen, pues en éstos suelen combinarse las notas características de ambos sistemas constitucionales, siendo la preeminencia de unas u otras lo que engendra la calificación constitucional de un determinado régimen de derecho.

Las constituciones escritas, generalmente adoptadas según los modelos americano y principalmente francés, son aquellas cuyas disposiciones se encuentran plasmadas en un texto normativo más o menos unitario, en forma de articulado, en el cual las materias que componen la regulación constitucional están normadas con cierta precisión. El carácter escrito de una constitución es una garantía para la soberanía popular y para la actuación jurídica de los órganos y autoridades estatales, quienes de esa manera encuentran bien delimitados sus deberes, obligaciones y facultades, siendo, por ende, fácil de advertir cuando surja una extralimitación o trasgresión en su actividad pública.

La constitución de tipo consuetudinario implica un conjunto de normas basadas en prácticas jurídicas y sociales de constante realización, cuyo escenario protagonista es el pueblo o la comunidad misma. La constitución consuetudinaria, a diferencia de la escrita, no se plasma en un todo normativo, sino que la regulación que establece radica en la conciencia popular formada a través de la costumbre y en el espíritu de los jueces. Sin embargo, en los países en los que se haya adoptado o, mejor dicho, en los que exista un orden constitucional consuetudinario, no se excluye totalmente la existencia de leyes o normas escritas, que componen una mínima parte de orden jurídico estatal respectivo. Así, verbigracia, en Inglaterra, donde hay una constitución consuetudinaria, coexisten con ésta varios cuerpos legales que, en unión del *comon law* o derecho común inglés, forman el status jurídico que se caracteriza por su hibridismo.

En nuestra opinión, son patentes las ventajas que presenta la constitución escrita sobre la del tipo consuetudinario, principalmente por lo que se refiere a la violabilidad de sus normas o disposiciones. En efecto, a diferencia de las constituciones escritas, en las consuetudinarias es más difícil establecer la competencia de los órganos del Estado y saber que no están integradas por textos precisos, dificultad que se agrava cuando los pueblos en los que existen no tienen cultura o espíritu jurídico.

Un criterio muy importante para clasificar las constituciones se funda en el contenido ideológico de las mismas. Ya hemos aseverado que la constitución teleológica como conjunto de objetivos que persiguen a los factores reales de poder, proclaman diferentes principios que tienden a convertirse en declaraciones fundamentales de la constitución jurídico-positiva. Ahora bien, según tales principios y las declaraciones que los expresan, las constituciones de este último tipo suelen clasificarse como “burguesas”, “socialistas”, “individualistas”, “colectivistas” y en otras varias subespecies, cuya índole ideológica deriva de las tendencias de los factores reales del poder que en el acto constituyente o de producción constitucional hayan tenido hegemonía.

Prescindiendo de su contenido ideológico, la constitución jurídico-positiva ha tenido en el desarrollo del constitucionalismo diversa extensión normativa. Con esta afirmación queremos dar a entender que las materias suprema y fundamentalmente normadas por la constitución han variado en el decurso de la historia. Primeramente se pensó que la constitución jurídico-positiva debía ser exclusivamente política, en el sentido de que sólo debía ocuparse de la organización del Estado, o sea, de establecer sus órganos primarios, de demarcar su respectiva competencia, de señalar los lineamientos básicos de su funcionamiento y de proclamar la forma estatal y la forma gubernativa. Además, merced a la influencia del individualismo y liberalismo surgió la tendencia de consignar en el texto constitucional los llamados “derechos del hombre”, “derechos fundamentales de la persona humana” o las “garantías individuales o del

governado". Con el reconocimiento o la institución de estos elementos, la constitución jurídico-positiva dejó de ser únicamente política, es decir, que a la mera estructuración del Estado y su gobierno se agregó un conjunto de disposiciones jurídicas cuya finalidad estribó en limitar en beneficio de los gobernados el poder público estatal y los actos de autoridad en que éste se manifiesta, regulando así las relaciones de supra a subordinación, o sea, las de gobierno propiamente dichas o relaciones entre detentadores y destinatarios del mencionado poder. En otras palabras, a través de este aspecto normativo, la constitución jurídico-positiva se convirtió en instrumento de control del poder público del Estado. Este sistema sustantivo de garantía o de seguridad jurídica a favor de los gobernados tuvo que complementarse con un régimen de protección adjetivo, generalmente de carácter jurisdiccional, como entre nosotros el juicio de amparo, con la finalidad de mantener en beneficio de aquellos el orden constitucional.

Cuando la corriente liberal-individualista dejó de ser la ideología predominantemente influyente en la estructuración sustancial de las constituciones jurídico-positivas contemporáneas, el contenido normativo de éstas se enriqueció por la incorporación, en su texto, de lo que se llama "derechos públicos subjetivos de carácter social" o "garantías sociales" a favor de la clase trabajadora en general y de sus miembros componentes en lo particular. Esa incorporación, resultante de los principios socioeconómicos derivados de la natural evolución de los pueblos enfocada hacia la superación de las condiciones vitales de sus grupos mayoritarios, ha transformado la constitución jurídico-positiva meramente política en constitución jurídico-social. Merced a este fenómeno, el orden constitucional ya no sólo descansa en lo que tradicionalmente se conoce como "decisiones políticas fundamentales", que se refieren por lo general a la forma del Estado y forma de gobierno, sino que se apoya en "principios socioeconómicos básicos", cuya extensión e implicación están sujetas a circunstancias de tiempo y lugar y a las condiciones específicas de cada Estado en concreto. La objetivación de esos principios, o sea, su aplicación en la realidad social y económica, extraña uno de

los fines primordiales del Estado, cuyo instrumento jurídico es la constitución misma que los preconiza.

Así, nos es dable afirmar que dicha Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) establece su forma y la de su gobierno; b) crea y estructura sus órganos primarios; c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales, y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados.

1.3. La Legitimidad Constitucional.

1.3.1. Exposición del principio.

La legitimidad de una constitución deriva puntualmente de la genuinidad del órgano que la crea, toda vez que el efecto participa de la naturaleza de la causa. Por consiguiente, para determinar si una constitución es legítima, hay que establecer si su autor también lo fue; y como la producción constitucional reconoce diversas fuentes según el régimen jurídico-político de que se trate, la metodología para solucionar dicha cuestión debe ser de carácter histórico.

La legitimidad en sentido amplio denota una cualidad contraria a lo falso o espurio; y aplicada esta idea a la constitución, resulta que ésta es “legítima” cuando no proviene del usurpador del poder constituyente, y que puede ser autócrata o un cuerpo oligárquico. Fácilmente se advierte que la legitimidad de la constitución y de su creador depende, a su vez, de que éste sea reconocido por la conciencia colectiva de los gobernados como ente en que se deposite la potestad constituyente, en forma genuina. Esta “genuinidad” obedece, por su parte, a concesiones de carácter filosófico-político, y otrora teleológicas, que han tendido a justificar ese depósito.

En los Estados modernos no puede ejercerse la democracia directa como se practicó en las antiguas polis griegas. Además, la asamblea constituyente no puede tener la representación total, unánime o “*nénime discrepante*” de todos y cada uno de los individuos o grupos que integran el cuerpo político de una nación. A mayor abundamiento, cualquier constitución jurídico-positiva nunca carece de adversarios críticos y hasta violentos que la impugnan y atacan de diversos modos y para quienes no tiene validez ni legitimidad. La historia nos suministra ejemplos abundantes de casos específicos que elocuentemente confirman estas apreciaciones, sin excluir, claro está, a México, cuyas Constituciones de 1857 y de 1917 fueron duramente controvertidas.

Ante la casi inalcanzable legitimidad constitucional dentro de los regímenes democráticos asentados sobre la idea de que la soberanía radica en el pueblo, la doctrina ha proclamado el principio de legitimación de la Ley Fundamental. Este principio no requiere que la constitución jurídico-positiva deba ser necesariamente la manifestación genuina y auténtica de la voluntad soberana ni que se haya expedido por un cuerpo constituyente en el que verdaderamente hubiese estado representada la mayoría, por no decir la totalidad, del pueblo, sino que se funda la aceptación consciente, voluntaria y espontánea, tácita o expresa, de esa mayoría respecto del orden jurídico, político y social por ella establecido.

El principio de legitimidad constitucional, cuya preconización obedece a imperativos fácticos insoslayables de la realidad política misma, ha sido sostenido, entre otros autores, por *Luis Recaséns Siches*, para quien la legitimación surge de la circunstancia de que el orden constitucional implantado “cuenta con un apoyo sociológico en la conciencia de los obligados; por lo menos que éstos se conformen con él, sin oponerse de un modo activo, pues no todo aquello que cae bajo el concepto formal de lo jurídico es Derecho vigente; sólo cabe considerarlo tal en cuanto cuenta con la posibilidad efectiva de su realización normal, esto es, con la

adhesión o por lo menos con la aceptación o conformidad de la voluntad social predominante".⁵

Desde el punto de vista sociológico, la legitimidad no es simplemente un elemento formal, como la validez de que habla *Kelsen*, sino que en cierto modo se revela en la adecuación entre la constitución jurídico-positiva y la constitución real y teleológica a que ya hemos hecho referencia.

Estas ideas revelan que existen dos tipos de legitimidad constitucional: la formal y la substancial. La primera está ligada estrechamente a la representatividad auténtica de los grupos mayoritarios de la sociedad por delegados o diputados que formen la asamblea constituyente en un momento histórico determinado. La segunda, en cambio, es más profunda, pues como acabamos de decir, significa la adecuación de la constitución escrita o jurídica a la constitución real, ontológica, teleológica y deontológica del pueblo que reside primordialmente en la cultura que comprende ideologías, tradicionales y sistemas de valores que se registran en la comunidad humana.

1.3.2. La Legitimidad de la Constitución Mexicana de 1857.

Casi ninguna constitución del mundo, por más perfecta y legítima que se suponga, deja de provocar reacciones contrarias de diversa índole y alcance en la realidad política, social y económica en que va a regir, a esta propensión no pudo sustraerse, evidentemente, nuestra Constitución Federal de 1857. Como se sabe, en la historia de México hizo estallar una lucha armada entre sus sostenedores, los republicanos y liberales, y los enemigos de la reforma que implantó, conocidos como conservadores, apoyados por el alto clero, que fue su principal adversario. El Código fundamental de 57 concitó a tal extremo los odios, el fanatismo y la pasión de la clerecía, que se anatematizó a los que le pretasen obediencia, a tal extremo

⁵ Recaséns Siches Luis. Filosofía del Derecho, p. 159.

de que siendo católicos, se les negaba la impartición de los sacramentos como si estuviesen excomulgados.

Uno de los críticos más severos de la Constitución de 57, aunque no exento de apasionamiento, fue nada menos que don Emilio Rabasa, quien la censuró fulgurantemente en su demoledora obra “La Constitución y la Dictadura”, aparecida en 1912, y a través de la que trató de explicar y hasta justificar el gobierno porfirista que se caracterizó por haberse desempeñado al margen de las instituciones establecidas por nuestro citado Código fundamental.

La Ley Fundamental de 57 fue legítima por haberse legitimado. Para sostener esta afirmación no debemos identificar la ilegitimidad de una constitución jurídico-positiva con su incumplimiento. Legitimidad no entraña necesariamente observancia total, cabal o puntual del ordenamiento constitucional, hipótesis ésta que no se presenta nunca en la realidad de ningún país. Tan es así, que las constituciones se precaven contra su propia inobservancia por parte de los órganos del Estado y consignan diversos medios para invalidar los actos de autoridad en que esa inobservancia se traduce o puede traducirse.

Hay varios hechos que registra la historia de México para adjudicar a nuestra citada Ley Fundamental la doctrina de la legitimación constitucional. Desde que se restauró la República en 1867 con el aniquilamiento del llamado “Imperio” de Maximiliano de Habsburgo, el gobierno del Licenciado Don Benito Juárez expidió diversas circulares en las que se manifestaba la reiterada tendencia para que tuviesen aplicación y vigencia positivas las instituciones constitucionales y entre ellas, principalmente, las relativas a las garantías individuales. Además, durante el régimen establecido por la Constitución de 57 no sólo surgió ningún pronunciamiento armado en contra de sus principios e instituciones, sino que, por lo contrario, los que se conocen como las “revoluciones” de La Noria y Tuxtepec tuvieron como razón o pretexto la violación a dicho ordenamiento por los gobiernos de Juárez y Lerdo de Tejada.

Por otra parte, es de suma importancia, para demostrar la legitimación de la Constitución de 57, el hecho de que, a raíz de haberse restaurado la República, los tribunales de la Federación ejercieran sus funciones de control constitucional a través del juicio de amparo, mismas que desempeñaron interrumpidamente hasta antes de los sucesos revolucionarios de 1813, situación que fácilmente se comprueba con la sola consulta del Semanario Judicial respectivo, fundado en diciembre de 1870. por último, debemos hacer la observación, aparentemente paradójica, de que la legitimación de la Constitución de 57 se corrobora definitivamente por el Proyecto de Reformas a la misma presentando al Congreso Constituyente de Querétaro por don Venustiano Carranza el primero de diciembre de 1916 y por la propia Ley Fundamental vigente. Lógicamente, en efecto, no se reforma un documento que se considera falso, ilegítimo o espurio, sino que lisa y llanamente se suprime, desdeña o margina. Por tanto, al expedirse la Constitución de 1917 como ordenamiento reformador de la de 1857, legitimó a ésta y, tácitamente, le rindió el merecido homenaje como bandera que fue de la Revolución constitucionalista acaudillada por el ilustre Varón de Cuatro Ciénegas.

1.3.3. La Legitimidad de la Constitución Mexicana de 1917.

Es bien conocido el momento histórico en que se gestó nuestra actual Ley Fundamental. Aunque la lucha fratricida entre las diversas facciones revolucionarias había cesado con el triunfo del grupo constitucionalista acaudillado por Carranza, las pasiones enconadas y encontradas no se habían calmado. El Congreso de Querétaro, acto pre-culminatorio de la obra revolucionaria de don Venustiano, lógicamente estuvo integrado por diputados que le eran adictos, que simpatizaban con él, o cuando menos, que no eran sus adversarios declarados. Era fácilmente previsible, en consecuencia, que la Constitución de 1917 hubiese sido vista ominosa indiferencia por los jefes revolucionarios no carrancistas, entre ellos Francisco Villa y Emiliano Zapata.

Uno de los que más apasionada hostilidad mostró contra la Constitución de Querétaro fue el obcecado e iracundo don Jorge Vera Estañol, sosteniendo que ésta es ilegítima desde el punto de vista jurídico, político y revolucionario y lanzando sus saetas furibundas contra don Venustiano Carranza y el Congreso Constituyente que representó, dice, a un "pueblo" que no era sino "el conjunto de los cien mil ciudadanos armados y de las comparsas a quienes podrán (pusieron) en movimiento, valiéndose del terror o el fraude".

La crítica principal que Vera Estañol dirige contra la legitimidad de la Constitución de 1917, consiste en que ésta fue producto de una asamblea que no estuvo facultada, de acuerdo con la Constitución de 57, para reformar o revisar este Código Político, atribución que correspondía al Congreso Federal y a las Legislaturas de los Estados, según el artículo 127.

La refutación que nos proponemos formular proponemos formular a las opiniones de Vera Estañol la haremos desde dos puntos de vista: histórico el uno y jurídico- constitucional el otro.

En el Plan de Guadalupe, bajo la bandera del constitucionalismo, don Venustiano Carranza propugnó el restablecimiento del orden constitucional. Evidentemente se refería al instituido por la Constitución de 1857. El jefe del movimiento constitucionalista, al lanzar su proclama al pueblo mexicano, ofreció como lo hizo, reimplantar el orden constitucional alterado, reimplantación que se llevó a cabo por medio de la promulgación de la Constitución de 1917, con las consiguientes reformas e innovaciones, cuyo establecimiento aconsejaron el progreso social y la realidad mexicana.

En efecto, ya expusimos anteriormente lo que debe entenderse por legitimidad. Aplicando, pues, este concepto al caso de la Constitución de 1917, resulta que este ordenamiento constitucional sí es legítimo, ya que se ha aplicado

desde su promulgación y se sigue aplicando interrumpidamente para regir la vida de la nación, teniendo, además, una realización normal, no sólo por la circunstancia antes mencionada, sino también por la expresa adhesión que hacia él asumen los gobernados en sus constantes invocaciones contra los abusos y arbitrariedades del poder público.

Por otra parte, por si no fuere suficiente el anterior argumento, la autoridad legislativa del Congreso Constituyente de Querétaro fue y es plenamente reconocida, lo cual se manifiesta principalmente en la adhesión a su obra.

1.4. La Deontología Constitucional.

Las aspiraciones de los pueblos generalmente se han traducido y se traducen en una tendencia a implantar la igualdad social bajo múltiples y variados aspectos. En efecto, sin hipérbole podemos afirmar que la mayoría de los acontecimientos históricos que se han realizado en el decurso de los tiempos han perseguido como finalidad el establecimiento de un régimen o sistema de justicia social, fincada sobre la base de una ansiada igualdad humana, cuya consecución , desde diversos puntos de vista, ha sido el móvil invariable de las principales conmociones humanas.

Pues bien, los postulados e ideas integrantes de toda ideología auténticamente revolucionaria, o sea, del ideario de todo impulso social que persiga, en su afán evolutivo y de progreso, el establecimiento de la igualdad humana, el equilibrio armónico entre los componentes del todo social y las fuerzas vivas de un pueblo, han cristalizado en los derechos positivos fundamentales de los países en que las revoluciones se hubieren registrado, es decir, en sus constituciones, que participando de lo jurídico sólo en cuanto conjuntos normativos sistemáticos, implican la seguridad y permanencia, como principios ordenadores, de las aspiraciones populares. Por tanto, al convertirse la ideología presupuestal de

toda revolución, cualquiera que sea la finalidad específica pretendida por ésta, en normas jurídicas fundamentales, tanto en lo político- orgánico, como en lo socioeconómico y religiosos, el ideario que orienta tal movimiento deja de ser una mera aspiración para devenir en la pauta directriz de los destinos del pueblo con la eficacia que le confieren, como materia o contenido de normación constitucional, los atributos esenciales de lo jurídico: la imperatividad y la coercitividad.

Si pues, desde un ángulo deontológico, la Constitución es la estructuración jurídica de toda ideología auténticamente revolucionaria y teniendo cualquier revolución una finalidad igualitaria, traducida ésta en diversas igualdades específicas (religiosas, políticas o económicas), es evidente que la Ley fundamental de un país para no incidir en el anatema del “injustum jus” de los romanos, debe instituir normativamente, mediante una adecuada regulación, los principios sustentadores de dicha finalidad.

Hasta ahora nos hemos referido constantemente a la idea de igualdad como común aspiración de las revoluciones y como causa motivadora de elaboración constitucional.

Ahora bien, la igualdad, este concepto, es el supuesto indispensable del Derecho, cuya idea romana ya lo establecía al afirmar que éste es “el arte de lo bueno y delos equitativo” (“igualitario”).

La Constitución y las disposiciones legales secundarias que no se le opongan son, pues, conductos normativos de realización del desideratum valorativo del Estado o pueblo, consistente en implantar la igualdad entre los hombres bajo la idea de que hemos expuesto, y en hacer posible, mediante dicha implantación, el logro de la justicia. Por tanto, toda Constitución vigente tiene a su favor la presunción de ser un ordenamiento igualitario y justo, mientras la realidad en que impere no autorice a suponer lo contrario, en cuyo caso se justifica su reforma o adición o, inclusive, su abolición mediante el quebrantamiento o subversión del

orden por ella instituido, lo que no es otra cosa que el llamado “derecho de la revolución”, que sólo será tal cuando su finalidad estribe, con vistas a disímiles factores reales de motivación (económicos, políticos, religiosos o sociales) en la procuración de una igualdad y una justicia verdaderas.

Si muchas constituciones positivas históricamente dadas no han respondido al ideal de constitución tal como lo hemos esbozado, a mayor abundamiento las reformas y adiciones a las mismas no han tenido, en múltiples casos, una verdadera fundamentación social en sentido genérico, puesto que, como ya advertimos, la alteración normativa constitucional ha reconocido como móvil primordial las conveniencias políticas (bajo la acepción desfigurada o degenerada del concepto clásico de “lo político”), religiosas o económicas de ciertos grupos o sectores prepotentes de la sociedad o las ambiciones desmedidas de poder de los llamados “jefes de Estado”.

Sin embargo, a título de autodefensa frente a la alterabilidad fácil, sencilla y, por ende, peligrosa de sus disposiciones, varias constituciones han establecido un sistema especial conforme al cual deben introducirse reformas o adiciones a sus preceptos. Desgraciadamente, ese sistema, que en la teoría jurídico-constitucional ha sugerido el principio de “rigidez constitucional”, ha sido por lo general muy poco eficaz en la práctica, no implicando sino un mero conjunto de formalismos que fácil y hasta vergonzosamente se satisfacen por la inconsciencia cívica, la falta de patriotismo y la indignidad de los organismos y autoridades a los que constitucionalmente incumbe la modificación preceptiva de la Ley Fundamental. De ello resulta que, pese a dicho principio de rigidez, la Constitución se reforma o adiciona, incluso, lo que es peor, se transforma, con la misma facilidad, celeridad y sin que la alteración constitucional obedezca a una verdadera motivación real orientada hacia los ideales de igualdad y justicia.

Esta triste situación, desafortunadamente, se ha dado con frecuencia en México. Puede afirmarse que entre todas las constituciones o leyes

constitucionales que han imperado en nuestro país, sólo tres pueden resistir airoso un análisis serio de justificación sociológico-valorativa, a saber: los ordenamientos fundamentales de 1824, de 1857 y el vigente de 1917, todos ellos de carácter federal. Los demás, desde el punto de vista de la teoría constitucional sólo han sido constituciones en sentido positivo, impuestas por conveniencias políticas, religiosas o económicas particulares de grupos privilegiados y, por tanto, conservadores, sin haber estado orientadas hacia la realización de verdaderos valores de igualdad y justicia, de lo que es prueba irrefutable su efímera duración.

Por otra parte, la fuente deontológica de formación constitucional, que estriba en la voluntad o desideratum popular, puede decirse que rara vez se ha registrado en países históricamente dados. Generalmente, en efecto, las constituciones se han elaborado por grupos de juristas, de técnicos en Derecho, surgidos de los movimientos revolucionarios o de francos “golpes de Estado”, habiendo actuado, en unos y otros casos respectivamente, bajo el ideario de los directores de la revolución u obsequiando servilmente, bajo el ideario de los directores de la revolución u obsequiando servilmente los espurios deseos del usurpador. Sólo en países como Inglaterra puede hablarse de una constitución directamente gestada en la vida popular, formada gradual y paulatinamente a través de la costumbre.

1.5. Los factores reales de poder y las decisiones fundamentales.

1.5.1. Los factores reales de poder.

Atendiendo a la etimología de la palabra “factor”, el concepto respectivo significa “el que hace alguna cosa”. La idea de “real” denota lo objetivo, lo trascendente, lo “fenoménico” según la terminología kantiana, es decir, “lo que está en la cosa pertenece a ella”. Por ende, los factores reales de poder son los elementos de diversos y variables que se dan en la dinámica social de las

comunidades humanas y que determinan la creación constitucional en un cierto momento histórico y condicionan la actuación de los titulares de los órganos del Estado en lo que respecta a las decisiones que éstos toman en el ejercicio de las funciones públicas que tienen encomendadas.

Ha sido Fernando Lasalle, como se sabe, quien aludió a dichos factores adscribiéndoles la expresión con que se les designa. Sin embargo, los factores reales de poder siempre han existido y existirán en toda sociedad humana.

Un pueblo sin movimiento es un pueblo muerto, inerte, pues su presencia vital se revela en un permanente impulso de superación, de transformación y de cambio, bien para perfeccionar los logros que en determinada etapa de su vida histórica haya alcanzado, o bien para corregir sus defectos, colmar sus necesidades y resolver sus problemas. Con toda razón ha dicho Lasalle que “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad con una fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal como son.”⁶

Ahora bien, es evidente que, a pesar de que el pueblo sea una unidad real, no está compuesto por una colectividad monolítica. Por lo contrario, dentro de esa unidad existen y actúan clases, entidades y grupos sociales, económicos, culturales, religiosos y políticos diferentes que desarrollan, dentro de la dinámica total del pueblo, una actividad tendiente a conservar, defender o mejorar su posición dentro de la sociedad como un todo colectivo. En otras palabras, tales clases, entidades o grupos, individualizadamente considerados, tienen intereses propios que pueden ser, y frecuentemente son, diferentes y hasta opuestos o antagónicos entre sí. El juego interdependiente y recíproco de esos intereses es lo que produce la dinámica social, la cual, a su vez, se manifiesta en los factores reales de poder. Dicho de otra manera, estos factores no son sino las conductas distintas divergentes o convergentes, de las diferentes clases, entidades o grupos

⁶ ¿Qué es una Constitución?. Lasalle Fernando. Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires, p. 55.

que existen y actúan dentro de la sociedad de que forman parte, para conservar, defender o mejorar las infraestructuras variadas en las que viven y se mueven. Tales tendencias actuantes, que traducen un conjunto de objetivos y medios para realizarlos, presionan políticamente para reflejarse en el ordenamiento jurídico fundamental del estado, que es la Constitución, es decir, para normativizarse como contenido dogmático e ideológico de ésta.

Dichos factores sólo son ponderables en función de un momento histórico determinado y en relación con un cierto pueblo o Estado, siendo susceptibles de cambiar con el tiempo e incluso desaparecer y de ser reemplazados por otros en la evolución transformativa gradual y súbita de las sociedades humanas. Sin embargo, *grosso modo*, nos aventuramos a indicar que generalmente los factores reales de poder que han influido e influyen no sólo en la creación de la Constitución, sino también en sus reformas sustanciales y en la actividad de los órganos del Estado, inciden y se registran en los ámbitos económico, cultural, religiosos y político pudiendo actuar combinadamente en todos ellos. En el campo económico, tales factores están representados por los banqueros, industriales, obreros, campesinos, propietarios urbanos y rurales, comerciantes y demás grupos vinculados a la producción, comercio, consumo y servicios de profesionistas y técnicos de diversas especialidades, así como los estudiantes y universitarios en general; en el ámbito religioso, evidentemente el clero, las diferentes organizaciones eclesiásticas y las agrupaciones conexas pueden asumir la expresada naturaleza; y en el terreno político, como es lógico, los partidos y el ejército.

El estudio de los factores de poder corresponde principalmente a la sociología, que por éste y otros muchos motivos guarda estrecha relación con el Derecho Constitucional, pues esta rama de la ciencia jurídica tiene indispensablemente que valerse de ciencias sociales para explicar el contenido de las instituciones establecidas y reguladas por una determinada Ley Fundamental vigente o que haya estado en vigor en un cierto país. La sociología y las disciplinas

conexas proporcionan la metodología para estudiar los fenómenos que en la dinámica de las colectividades humanas reflejan la presencia y acción de los factores reales de poder que hayan condicionado el orden constitucional desde el punto de vista de su contenido sustancial.

1.5.2. Las decisiones fundamentales.

Las decisiones fundamentales que sustentan y caracterizan a un orden constitucional determinado están en íntima relación con los factores reales de poder. Tales decisiones son los principios básicos declarados o proclamados en la Constitución, expresando los postulados ideológico-normativos que denotan condensadamente los objetivos mismos de los mencionados factores. Así, cuando en la historia de un país y en cierto momento de su vida predomina en la asamblea constituyente la influencia de alguno o algunos de los propios factores, el ordenamiento constitucional recoge los principios económicos, sociales, políticos o religiosos que preconizan. Este acto implica la juridización de los citados principios, o sea, su erección en el contenido de las declaraciones normativas básicas y supremas del Estado, declaraciones que no son sino las decisiones fundamentales proclamadas por la Constitución. Nítidamente se deduce que estas decisiones pueden ser políticas, económicas, sociales o religiosas, adoptadas aislada o combinadamente, que es lo que sucede con más frecuencia, teniendo como atributo relevante su variabilidad en el tiempo y en el espacio, ya que su contenido sustancial depende de la facticidad diversa y de las distintas corrientes de pensamiento en in momento histórico dado actúen en un determinado país. En otras palabras, y como dice Jorge Carpizo, “Las decisiones fundamentales no son universales están determinadas por la historia y la realidad sociopolítica de cada comunidad”, considerándose como “principios que se han logrado a través de luchas” y como “parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad”.⁷

⁷ La Constitución Mexicana de 1917. edición de Coordinación de Humanidades de la U. N. A. M., 1969, p. 158.

Según Heller “La Constitución normada, consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar. Porque también se roba y se asesina con regularidad estadísticamente previsible sin que, en ese caso, la normalidad convierte en normatividad, aquella normalidad respecto de la cual se cree que es una regla empírica de la existencia real, una condición de existencia ya de la Humanidad en general, ya de un grupo humano.”

Consideramos que las decisiones fundamentales, según lo hemos aseverado, pueden ser políticas, sociales, económicas, culturales y religiosas desde el punto de vista de su contenido, mismo que atribuye una cierta tónica ideológica a un cierto orden constitucional y marca los fines del Estado y los medios para realizarlos. A estos tipos estimamos pertinente añadir las decisiones fundamentales de carácter jurídico.

1.6. La Fundamentalidad y la Supremacía de la Constitución.

1.6.1. Consideraciones Generales.

La fundamentalidad denota una cualidad de la Constitución jurídico-positiva que, lógicamente, hace que ésta se califique como “Ley Fundamental del Estado”. Entraña, por ende, que dicha Constitución sea el ordenamiento básico de toda estructura jurídica estatal, es decir, el crecimiento sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho de en su integridad. Consiguientemente el concepto de fundamentalidad equivale al de primariedad, o sea, que si la Constitución es la “Ley Fundamental”, al mismo tiempo es “La Ley primaria”.

Ahora bien, si la Constitución es la “ley fundamental” en los términos antes expresados, al mismo tiempo y por medio inescindible es la “ley suprema” del Estado. Fundamentalidad y supremacía, por ende, son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda Constitución jurídico - positiva, o sea, que ésta es suprema por ser fundamental y es fundamental porque es suprema.

El principio de supremacía constitucional se explica lógicamente por el carácter de “ley fundamental” que ostenta la Constitución, ya que sin él no habría razón para que fuese suprema.

El principio de supremacía constitucional descansa en sólidas consideraciones lógico-jurídicas. En efecto, atendiendo a que la Constitución es la expresión normativa de las decisiones fundamentales de carácter político, social, económico, cultural y religioso, así como la base misma de la estructura jurídica del Estado que sobre éstas se organiza, debe autopreservarse frente a la actuación toda de los órganos estatales que ella misma crea –órganos– primarios o derivados.

Obviamente la supremacía de la Constitución implica que ésta sea el ordenamiento “cúspide” de todo el derecho positivo del Estado, situación que la convierte en el índice de validez formal de todas las leyes secundarias u ordinarias que forman el sistema jurídico estatal, en cuanto que a ninguna de ellas debe oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones constitucionales. Por ende, si esta oposición, violación o dicho apartamiento se registran, la ley que provoque estos fenómenos carece de “validez formal”, siendo susceptible de declararse “nula”, “invalida”, “inoperante” o “ineficaz” por vía jurisdiccional o política que cada orden constitucional concreto y específico establezca.

1.6.2. El principio de Supremacía en el Constitucionalismo Mexicano.

Este principio se consagra en el artículo 133 de la Constitución de 1917 que corresponde con el artículo 126 de nuestra Ley Fundamental de 1857, siendo el texto de dicho precepto el siguiente:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Parece ser que la primera parte del propio artículo otorga el carácter de supremacía no sólo a la Constitución, sino también a las leyes dadas por el Congreso federal que emanen de ella y a los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República con aprobación del Senado. No obstante, a pesar de esta declaración, la supremacía se reserva al ordenamiento constitucional, pues tanto dichas leyes como los mencionados tratados, en cuanto a su carácter supremo, están sujetos a la condición de que no sean contrarios a la Constitución, condición que omitió el artículo 126 del Código Fundamental de 1857.

La hegemonía de la Constitución, es decir, del derecho fundamental interno de México, sobre los convenios y tratados en que se manifiesta el Derecho Internacional Público, se corrobora por lo que establece el artículo 15 de nuestra Ley Suprema, en el sentido de que no son autorizables, o sea, concertables, tales convenios o tratados si en éstos se alteran las garantías y los derechos establecidos constitucionalmente para el hombre y el ciudadano.⁸ La mencionada hegemonía confirma, pues el proverbio iglesista que proclama que “sobre la Constitución nada ni nadie”. En conclusión, reservándose el principio de

⁸ Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, Edit. Porrúa, México, 1996, p. 373.

supremacía a la Constitución Federal, frente al régimen que instituye no tiene validez formal ni aplicabilidad las convenciones internacionales que la contravengan.

Por lo que concierne a la segunda parte del artículo 133, cuyo sentido irreflexivo e inconsultamente fue tomado por los constituyentes de 1856-57 de la flexiva Constitución Federal norteamericana y reproducido por el Congreso de Querétaro de 1917, apunta lo que en la doctrina se llama “control difuso” o “autocontrol constitucional” por parte de las autoridades judiciales, cuestión ésta que estudiamos en nuestra obra “El juicio de Amparo”, a cuyas consideraciones nos remitimos, ya que atañe a la temática de la misma.

Hemos aseverado anteriormente que, siendo la Constitución la Ley Fundamental, no puede estar supeditada a otra y, en caso de que se la repute como la prolongación de un régimen jurídico constitucional anterior, no por esta circunstancia debe ser sometida a los imperativos de éste. El supuesto contrario haría nugatorio el principio de supremacía, ya que la Constitución posterior estaría siempre ligada, en una relación de subordinación inadmisibles, a la Constitución anterior. Dicho principio en consecuencia, contribuye a fundar lógicamente y jurídicamente la legitimidad constitucional de que ya hemos hablado, y proyectada esta idea a la Constitución de 1917, jamás puede sostenerse con validez que es espuria, porque su elaboración y expedición no se ajustaron a las normas de la Constitución de 1857, toda vez que, si bien es verdad que reformó a éstas siguiendo sus lineamientos generales en lo que a algunas decisiones fundamentales se refiere, surgió con absoluta independencia, sin la cual no hubiese sido la expresión de poder constituyente del pueblo mexicano ejercido por el Congreso de Querétaro. La doctrina proclama, según se ha dicho ya, que este poder constituyente no debe estar restringido por normas anteriores o, como dice *Recaséns Siches*,⁹ “el poder constituyente no puede hallarse sometido a ningún precepto positivo, porque es superior y previo a toda norma establecida; por eso el

⁹ Recaséns Siches Luis, *Filosofía del Derecho*, p. 160

poder constituyente, cuando surge *in actu*, no reconoce colaboraciones ni tutelas extrañas, ni está ligado por ninguna traba; la voluntad constituyente es una voluntad inmediata, previa y superior a todo procedimiento estatuido; como no procede de ninguna ley positiva, no puede ser regulado en sus trámites por normas jurídicas anteriores”.

Pues bien, en la Constitución se crean órganos (o poderes) encargados del ejercicio del poder público del Estado. Estos órganos o “poderes” son, por consiguiente, engendrados por la Ley Fundamental, a la cual deben su existencia y cuya actuación, por tal motivo, debe estar subordinada a los mandatos constitucionales. Es por esto por lo que los órganos estatales, de creación y vida derivadas de la Constitución, nunca deben, jurídicamente hablando, violar o contravenir sus disposiciones, pues sería un tremendo absurdo que a una autoridad constituida por un ordenamiento le fuera dable infringirlo.

De acuerdo con estas ideas, la actividad del legislador ordinario, originado por y en la Constitución, debe estar sometida a los imperativos de ella y los fundamentales o efectos objetivos de dicha actividad, o sea las leyes, tienen, consiguientemente, supeditárseles también, y, en caso de contradicción, debe optarse por la aplicación de la Ley Fundamental, lo cual no es otra cosa que la expresión del principio de la supremacía constitucional.

El artículo 133 de la Constitución, que consagra el principio de la supremacía de la Ley Fundamental, está compuesto de dos partes según hemos dicho: una en que se contiene dicho principio por modo eminentemente declarativo o dogmático, y otra en la que impone de manera expresa la observancia del mismo a los jueces de cada Estado. Estimamos que esta segunda parte del mencionado precepto constitucional es incompleta, ya que no alude a las demás autoridades distintas de los jueces locales, como obligadas a acatar preferentemente la Constitución sobre disposiciones secundarias que la contraríen. Además, tampoco en dicha segunda

parte se expresa que la Constitución debe ser acatada con preferencia a las leyes federales, cualquiera que sea su naturaleza.

Esas dos omisiones notorias que afectan al artículo 133 constitucional en cuanto que no previene que toda autoridad del Estado debe observar preferentemente las disposiciones de la Ley Fundamental sobre las secundarias, ni establece dicha obligación en el caso de las normas contraventoras sean de índole federal, pueden subsanarse mediante una recta interpretación del aludido precepto, tomando en cuenta el dicho principio de la supremacía constitucional tal como se ha expuesto con antelación y cohonstando aquél con la disposición contenida en el artículo 128 del Código Supremo, que ordena: "Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que la emanen." En Efecto, el principio de supremacía constitucional implica que la Constitución tiene en todo caso preferencia aplicativa sobre cualquier disposición de índole secundaria que la contraríe, principio que tiene eficacia y validez absoluta tanto por lo que respecta a todas las autoridades del país, como por lo que atañe a todas las leyes no constitucionales. De lo contrario, esto es, si dicho principio sólo operara frente a una sola categoría de autoridades y ante cierta índole de leyes, la observancia de la Constitución sería tan relativa, que prácticamente se rompería el régimen por ella instituido. Por otra parte, si en el artículo 128 constitucional se impone a todo funcionario la obligación de guardar sin distinciones de ninguna especie la Constitución, es evidente que la intención del legislador constituyente fue en el sentido de revestir al ordenamiento supremo de primacía aplicativa sobre cualquier norma secundaria, así como de constreñir a toda autoridad, y no sólo a los jueces locales como inexplicablemente se expresa en el artículo 133, a acatar los mandatos de la Ley Fundamental contra disposiciones no constitucionales que la contraríen.¹⁰

¹⁰ Apéndice al tomo CXVIII, tesis 268, de la quinta época del Semanario Judicial de la Federación; y tesis 78 de la Compilación 1917 – 1965, materia general. Tesis 77 del Apéndice 1975, volumen general. Tesis 112 del Apéndice 1985, materia general.

1.7. El principio de Rigidez Constitucional.

1.7.1. Exposición del principio.

La supremacía no opera sola para conseguir el aseguramiento o la efectividad de la Constitución, sino que, con vista a este objetivo, se complementa con otro principio: el de rigidez. Este principio se opone al llamado de flexibilidad constitucional, que significa que la Ley Fundamental es susceptible de ser reformada, modificada y adicionada por el legislador ordinario, siguiendo el mismo procedimiento que se adopta para la creación y alteración de la legislación secundaria.

Por el contrario, el principio de rigidez constitucional indica que para llevar a cabo alguna modificación o reforma a la Constitución, es necesario seguir un procedimiento especial, en el que las diversas autoridades y organismos que tienen injerencia integran un "poder" extraordinario, *sui géneris*, al que se ha denominado, por algunos autores, "constituyente permanente". Como se ve, pues, el principio de rigidez constitucional evita la posibilidad de que la Ley Fundamental sea alterada en forma análoga a las leyes secundarias, esto es, (refiriéndonos ya a nuestro orden jurídico), por el Congreso de la Unión cuando se trate de leyes federales o por las legislaturas de los Estados cuando sean locales, poniendo de esta manera a la Constitución General a salvo de las actividades legislativas del poder ordinario respetivo.

El principio de que tratamos se encuentra contenido en el artículo 135, que expresa: "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

hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas” (Art. 127 de la Constitución del 57). Al precepto, como puede verse, compone al poder encargado de llevar a cabo las modificaciones, alteraciones o reformas a la Constitución, con el Legislativo Federal (Congreso de la Unión) y las legislaturas locales de las entidades federativas.

El principio de rigidez de una Constitución, opuesto a la flexibilidad, garantiza la efectividad de la supremacía de la misma, como ya dijimos. En efecto, de nada serviría que una Ley Fundamental fuera suprema, si fácilmente y siguiendo el procedimiento común establecido para la alteración de una ley secundaria, pudiera modificarse, ya que, en el supuesto de que el legislador insistiera en que rigiera una ley opuesta a las normas constitucionales, podría sin ningún inconveniente realizar su objetivo, reformando simplemente la disposición de la Constitución que fuese contraria al contenido de la ley secundaria. Son, por tanto, los principios de supremacía y rigidez constitucionales los que deben concurrir para hacer efectivo el imperio de la Constitución.

De acuerdo con la interpretación gramatical del artículo 135 constitucional (127 de la Constitución del 57), se desprende que, teniendo el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados la facultad de “reformular” la Constitución, sin restricción o salvedad alguna, es lógico que pueden modificarse totalmente, desde el momento en que una reforma, en el sentido amplio de la palabra, implica toda alteración.

Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con esta interpretación meramente gramatical de los términos relativos del precepto constitucional aludido, en primer término, porque la interpretación de tal índole es la menos idónea de las interpretaciones y, en segundo lugar, porque las conclusiones a que nos conduce están desmentidas por diversas consideraciones, tanto de índole constitucional como doctrina.

Por otra parte, el único soberano, o el único capaz de alterar o modificar la forma de gobierno (que sería el caso de una alteración total o transformación) es el pueblo, como lo dispone el artículo 39 constitucional en su norma respectiva, que textualmente dice: “El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de modificar o alterar la forma de su gobierno”. Interpretando, pues, los artículos 135 y 39 constitucionales, en la relación lógica que entre ambos debe existir, resulta que el primero de ellos no se refiere a ninguna facultad de alterar el régimen gubernativo que el pueblo ha elegido como titular real del poder soberano, posibilidad que concede el segundo a la nación, por lo que debemos concluir que las atribuciones de modificar y reformar la Constitución con que están investidos el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, en manera alguna involucran la de sustituir los principios políticos que informan a dicho ordenamiento, los cuales en su conjunto integran la forma de gobierno, o sea, la representativa, democrática y federal (Art. 40).

1.8. La reformabilidad constitucional.

1.8.1. Las reformas en general.

Casi todas las constituciones del mundo prevén su “reformabilidad”, es decir, la modificabilidad de sus preceptos respecto de aquellos puntos normativos que no versen sobre los principios que componen la esencia o sustancia del orden por ellas establecido. Ahora bien, la función reformativa de la Constitución, como de cualquier ley secundaria, no debe quedar al arbitrio irrestricto de los órganos estatales a los que se atribuya la facultad respectiva, sino que tiene que estar encauzada por factores de diferente tipo que justifiquen, bajo diversos aspectos, de sus resultados positivos. En otras palabras, toda reforma a la Ley Fundamental debe tener una justa causa final, o sea, un motivo y un fin que realmente respondan a los imperativos sociales que la reclamen. Sin esta legitimación, cualquiera modificación que se introduzca a la Constitución no sería sino un mero subterfugio

para encubrir, tras la apariencia de una forma jurídica, todo un propósito espurio, antisocial o demagógico. Por tanto, ¿en qué medida debe reformarse la Ley Suprema para que las enmiendas a sus preceptos verdaderamente se justifiquen desde el punto de vista de la realidad social? ¿Cuál sería el criterio deontológico que normara su modificabilidad?

La norma jurídica positiva traduce una forma o manera de regulación bilateral, imperativa y coercitiva de múltiples situaciones dadas en el mundo ontológico, en la objetividad social. Por eso en el Estado existen dos órdenes fundamentales: el fáctico y el jurídico, entre los cuales se debe haber una leal adecuación, una verdadera correspondencia de tal suerte que el precepto no sea sino el elemento formal de ordenación de hecho. Pero la norma de derecho no sólo debe ser continente de los muy variados aspectos de la realidad social, sino que, dada su tendencia valorativa enfocada primordialmente hacia la consecución de la igualdad y la justicia, debe asimismo consistir en un índice de modificación social con miras a un mejoramiento o a una superación de las relaciones humanas dentro del Estado. Si no se atribuyese esa virtud a la norma jurídica, ésta sería únicamente simple reflejo de la realidad, en la que predominan las desigualdades y las injusticias, que, de esa guisa, serían sancionadas por el Derecho.

La normación está en razón directa con el objeto o la materia normados que inciden en distintos ámbitos de la realidad social, de tal manera que siendo por esta naturaleza cambiante, el Derecho tampoco debe ser estático o inmodificable. Por ende, uno de los atributos naturales de la ley en su reformabilidad, pero para que una reforma legal se justifique plenamente debe de propender hacia la obtención de cualquiera de estos dos objetivos: sentar las bases o principios de un mejoramiento o perfeccionamiento social o brindar las reglas según las cuales pueda solucionarse satisfactoria y eficazmente un problema que afecte al pueblo o subsanarse una necesidad pública. Por el contrario, si la alteración al ordenamiento jurídico no obedece a dichas causas finales, que implican su auténtica motivación real, será patentemente injustificada y sólo explicable como mera fórmula para

encubrir o sancionar, con toda la fuerza del derecho, propósitos mezquinos y conveniencias de hombres o de grupos interesados. La susceptibilidad reformativa de las leyes ha denotado siempre un serio peligro para los pueblos, ya que, radicando la facultad respectiva en sus llamados órganos representativos, queda al arbitrio de éstos la introducción de alteraciones al orden jurídico, las cuales muchas veces no sólo no se justifican, sino que abiertamente se contraponen a las auténticas aspiraciones sociales y son lesivas del ser y del modo de ser de la sociedad.

El peligro de que la regla no responda a la realidad, de que el Derecho positivo no sea sino un obstáculo para la evolución social progresiva y un factor de infelicidad popular, se agiganta cuando el ordenamiento reformable es la Constitución, puesto que es ésta, como Ley Suprema, la que organiza el ser y el deber ser de las sociedades, cristalizando preceptivamente sus más caros anhelos y tendencias. Es por ello por lo que, según afirmábamos con antelación, se ha implantado en los ordenamientos constitucionales un sistema para su reforma y adición que ha sugerido al llamado principio de la rigidez constitucional, el cual no siempre se ha dado los resultados apetecidos, consistentes en que cualquier alteración a la Constitución haya sido debidamente ponderada y meditada y tenga una verdadera motivación real, ya que en cuántas ocasiones no ha servido sino para volver texto constitucional conveniencias o propósitos bastardos de gobernantes y sectores privilegiados, consolidando jurídicamente sus impopulares intereses económicos o políticos.

1.8.2. La reforma a los principios fundamentales.

Hemos aseverado que la Constitución es la Ley Fundamental y Suprema del país, ya que implica la base sobre la que sustenta todo el derecho positivo, al establecer las normas torales que rigen la vida del Estado, su organización y las relaciones de las autoridades entre sí y frente a los gobernados. “Sobre la

Constitución ningún ordenamiento secundario debe prevalecer y en el caso de que éste se oponga a sus mandamientos, ostenta el vicio de nulidad “*ab origine*”.¹¹

La fundamentalidad y la supremacía o explican por sí solas el ser sustancial de la Constitución, pues ésta no es simplemente un documento jurídico en que se contengan sistematizadamente diversas normas básicas del Estado. La Constitución, para merecer con autenticidad de este nombre, debe tener alma y ésta se expresa en un conjunto de principios políticos, sociales y económicos que no son el producto de la imaginación de sus autores, sino que se encuentran arraigados en el ser, el modo de ser y el querer ser de un pueblo. En otras palabras, una verdadera Constitución, que con exhaustividad amerite este calificativo y que no sea un mero documento jurídico- forma, debe traducir en preceptos supremos y fundamentales los atributos, modalidades o características ontológicas de un pueblo, así como sus designios, aspiraciones o ideales que vaya forjando a través de su polifacética vida histórica. Todos estos elementos, existentes en la ontología y teleología populares, se convierten en el contenido y alma de la constitución positiva, es decir, en el substratum de sus normas jurídicas esenciales, según hemos sostenido reiteradamente.

Prescindiendo deliberadamente de diversas opiniones doctrinarias que corroboran las anteriores aseveraciones, puede afirmarse que sobre la Constitución y como factores determinantes de su contenido, existen diferentes principios que se derivan por inferencia lógica del ser, del modo de ser y del querer ser de un pueblo. A estos principios los autores de Derecho Constitucional suelen designarlos con el nombre de “decisiones políticas fundamentales”, debiéndose agregar que no sólo ese calificativo los caracteriza, pues las “decisiones fundamentales” pueden ser, y de hecho son, de índole social y económica, según hemos indicado con antelación.

La modificabilidad de los principios esenciales que se contienen en una Constitución, o sea, de los que implican la sustancia o contextura misma del ser

¹¹ Burgoa Orihuela Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1996, p. 380

ontológico y teleológico del pueblo, y la facultad de sustituir dicho ordenamiento, son inherentes al poder constituyente. Por ende, sólo el pueblo puede modificar tales principios o darse una nueva Constitución. Ni el congreso constituyente, cuya tarea concluye con la elaboración constitucional, ni, por mayoría de razón, los órganos constituidos, es decir, los que se hayan creado en la Constitución, tienen semejantes atribuciones. Suponer lo contrario equivaldría a admitir aberraciones inexcusables, tales como la de que el consabido poder no pertenece al pueblo, de que la asamblea constituyente, una vez cumplida su misión, subsistiese, y de que los órganos existentes a virtud del ordenamiento constitucional pudiesen alterar las bases en que éste descansa sin destruirse ellos mismos. En resumen, si el poder constituyente es un aspecto inseparable, inescindible de la soberanía, si dicho poder consiste en la potestad de darse una Constitución, de cambiarla, esto es, de reemplazar los principios cardinales que le atribuyen su tónica específica, o de sustituirla por otra, no es concebible, y mucho menos admisible, que nadie ni nada, fuera del pueblo, tenga las facultades anteriormente apuntadas.

Estas consideraciones plantean, según también hemos afirmado, un problema de trascendental importancia que estriba en determinar la vía o el medio que el pueblo puede utilizar para realizar esa potestad. Tal problema se trata en las siguientes interrogaciones: ¿Cómo puede el pueblo cambiar su Constitución? ¿Cómo puede sustituirla por una nueva que refleje el estado evolutivo que en los distintos órdenes de su vida haya alcanzado? ¿Cómo puede reemplazar los principios esenciales políticos, sociales, económicos o jurídicos que en un determinado ordenamiento constitucional se han plasmado? Las formas como estos objetivos pueden lograrse son generalmente las de derecho y las de hecho. Dentro de las primeras se comprende el referéndum popular, o sea, la manifestación de la voluntad mayoritaria del pueblo, a través de una votación extraordinaria, que apruebe o rechace no sólo la variación de los consabidos principios y la adopción de distintos o contrarios a las constitucionalmente establecidos, sino la sustitución de la Ley Fundamental. Además, en la misma Constitución puede disponerse que los órganos que ostenten la representación

popular convoquen, bajo determinadas condiciones, a la integración de un congreso o asamblea constituyente para el efecto de que el pueblo, por conducto de los diputados que elija, se dé una nueva Ley Suprema. Sin que constitucionalmente se prevean cualesquiera de las dos formas mencionadas, que es lo que sucede en México, el poder constituyente del pueblo sólo puede actualizarse mediante la revolución, es decir, por modo cruento, rebelándose contra el orden jurídico- político establecido para conseguir la implantación de otro, informado por principios o ideas que su evolución real vaya imponiendo. En la lucha civil así concebida, los contendientes serían los grupos que respectivamente pugnen por el mandamiento del orden constitucional existente o por la renovación de éste. El triunfo de unos u otros en dicha contienda originará la realización de estos objetivos, afirmación que está corroborada por múltiples ejemplos que la historia universal y la de nuestro país nos ofrece prolijamente. Así debe entenderse el artículo 136 de nuestra Constitución vigente, similar al artículo 128 de la Ley Fundamental de 1857. Su aplicación depende de elementos fácticos que se registren en la realidad, pues “la fuerza y vigor” de dicho ordenamiento están supeditados a la circunstancia de que los inconformes con él, los que se subleven contra sus instituciones, formen una mayoría popular que derrote a los que lo sostienen. La victoria de los defensores de la Constitución traería concomitantemente aparejada la aplicación del consabido precepto, el cual quedaría definitivamente sin observancia en el supuesto contrario.

Igualmente hemos indicado que no debe confundirse el poder constituyente que, según lo hemos aseverado hasta el cansancio, pertenece al pueblo, con la facultad de adicionar o reformar la Constitución que en nuestro orden jurídico corresponde al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados conforme a su Artículo 135 (procedimiento de revisión constitucional según Maurice Hauriou). Entre dicho poder y tal facultad hay una diferencia sustancial, pues mientras que aquél se manifiesta en la potestad de variar o alterar los principios esenciales sobre los que el ordenamiento constitucional se asienta, es decir, los que se expresan el ser y el modo de ser de la Constitución y sin los cuales ésta perdería su unidad

específica, su consistencia íntima, su individualidad, la mencionada facultad únicamente debe ser entendida como la atribución de modificar los preceptos constitucionales que estructuran dichos principios o las instituciones políticas, sociales, económicas o jurídicas que en la Ley Fundamental se establecen, sin afectar en su esencia a unos o a otras. Concebir fuera de estos límites a la citada facultad equivaldría a desplazar a favor de órganos constituidos el poder constituyente, lo que además de configurar un paralogismo, entrañaría la usurpación de la soberanía popular.

De la exposición que antecede, y que no es sino la reiteración de ideas anteriormente emitidas, se deduce la ineluctable conclusión de que la facultad prevista en el artículo 135 constitucional a favor del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados para reformar y adicionar la Constitución debe contraerse a modificar o ampliar las disposiciones contenidas en ella que no proclamen los principios básicos derivados del ser, modo de ser y querer ser del pueblo, sino que simplemente lo regulen. De ello se infiere que los citados órganos no pueden cambiar la esencia de la Constitución al punto de transformarlas en una nueva mediante la alteración, supresión o sustitución de a los aludidos principios. Como hemos afirmado insistentemente, la permisión jurídica contraria a esa prohibición significaría desplazar el poder constituyente, o sea, la soberanía misma del pueblo, hacia órganos constituidos que deben actuar conforme a la Constitución que instituye su existencia y no con la tendencia a destruirla.

Los principios políticos, económicos y sociales que preconiza la Constitución de 17 y sobre los cuales se sustenta el orden jurídico fundamental y supremo que establece, se descubren sin gran dificultad en la implicación ontológica y teológica del pueblo mexicano, modelada por su vida histórica misma. Desde la Constitución de 1824, México se organizó en una república después del efímero imperio de Iturbide, para no abandonar jamás esta forma de gobierno, que quedó definitivamente consolidada al triunfo de las armas constitucionalistas en 1867 sobre el postizo régimen de Maximiliano. Aunque la historia política de nuestro país

haya alternativamente oscilado entre el centralismo y el federalismo, esta última forma estatal, con las modalidades vernáculas que no viene al caso tratar, quedó consagrada desde la Constitución de 1857 y en los documentos jurídico-políticos que la precedieron. La democracia, como aspecto orgánico y funcional de la soberanía popular y como sistema de normativización del poder público, o sea, en cuanto que traduce un régimen de gobierno en que dicho poder se desempeña dentro de normas de derecho, siempre ha sido el anhelo que el pueblo mexicano ha pretendido realizar, no sin innumerables luchas políticas y civiles que no hace mucho tiempo convulsionaron constantemente su vida como nación independiente.

Se ha hablado muy frecuentemente y en múltiples ocasiones de la potestad autodeterminativa de los pueblos como una de las facetas inherentes a su soberanía. Pero en México, esa capacidad resulta exigua y muy limitada sin referéndum, ya que nuestro pueblo solamente la ejercita al elegir a sus gobernantes, y una vez efectuada la elección y durante los periodos funcionales que marca la Constitución, está condenado a sufrir los riesgos de que, a pretexto de reformar o adicionar la Ley Suprema, los órganos del Estado investidos con esta facultad supriman, restrinjan o sustituyan los citados principios fundamentales que con su vida y sacrificio ha proclamado en las distintas etapas de su historia. Hay que reconocer que dentro de nuestro actual orden constitucional, el pueblo de México caree de la posibilidad de autodeterminarse exhaustivamente, puesto que la autodeterminación no equivale solamente a la mera potestad de elegir gobernantes, sino a la externación de la voluntad popular para aceptar o rechazar cualquier innovación normativa sustancial a tales principios. Si el pueblo, por medios no violentos, no puede impedir su vulneración, carece obviamente de capacidad autodeterminativa y esta situación entraña una ominosa limitación de soberanía.

Es inconcluso la eficacia real y positiva del referéndum depende directamente de la madurez cívica del pueblo y ésta, a su vez, de su educación. Y es que el referéndum es la más alta y elocuente expresión de la democracia y el

más importante instrumento de seguridad para la soberanía popular. Sin él, una y otra permanecen mutiladas, como acaece desgraciadamente en nuestro país. Se ha observado el alentador y edificante fenómeno de que nuestro pueblo paulatinamente va adquiriendo esa madurez cívica. Sin embargo, está aún lejos de alcanzarla en plenitud, mientras no se erradiquen el analfabetismo y la inconsciencia de los derechos ciudadanos y sociales que todavía afectan a grandes sectores de la población nacional. Ante esta triste pero no irremediable realidad, el referéndum quizá sería actualmente no sólo ineficaz sino negativo; pero esta consideración no excluye su bondad como institución jurídico-política y cuya implantación, en su debida y conveniente oportunidad, vendría a colmar una grave omisión en que ha incurrido nuestra Ley Fundamental.

1.9. La inviolabilidad de la Constitución.

1.9.1. Consideraciones previas.

Toda Constitución es susceptible de infringirse por multitud de actos del poder público, posibilidad que ella misma prevé. Tan es así que establece los medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones que las autoridades del Estado suelen cometer cotidianamente a sus mandamientos por una gama de múltiples causas que sería prolijo enunciar siquiera. En otras palabras, toda Constitución provee a su autodefensa instituyendo sistemas de control de diversos tipos, control que en México se ejerce primordialmente a través del juicio de amparo. En efecto, además de las declaraciones dogmáticas que proclaman las decisiones fundamentales de que ya hemos hablado, de la institución de garantías a favor de del gobernado frente al poder público estatal y de la estructura gubernativa básica del Estado, la Constitución establece un conjunto de instrumentos adjetivos o procesales de diferente carácter para que, mediante su operatividad, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea y del cual es la Ley

Fundamental y suprema, como ya dijimos, traduciéndose dichos instrumentos en lo que se llama la jurisdicción constitucional.

La inviolabilidad de la Constitución denota un concepto que se vincula estrechamente a los de poder constituyente, supremacía, fundamentalidad y legitimidad de tal ordenamiento jurídico- político. Se afirma que la Constitución es “inviolable” porque sólo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía. “Inviolabilidad”, por ende, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo. Esta imposibilidad se basa en la fundamentalidad y supremacía del ordenamiento constitucional, ya que el supuesto contrario equivaldría a admitir que las decisiones fundamentales que preconiza la Constitución y su hegemonía normativa estuviesen supeditadas a tales grupos o personas, circunstancias que, además de contrariar el principio de soberanía nacional, manifestarían un caso absurdo en el ámbito del derecho.

1.9.2. El “derecho” a la Revolución.

Fácilmente se advierte que el principio de inviolabilidad constitucional no está reñido con él proclama el “**derecho a la revolución**” que corresponde al pueblo como potestad natural de su misma implicación dinámica, pues no debe olvidarse que “inviolabilidad” no entraña “insustituibilidad” de la Constitución. En cambio, la Constitución es “inviolable” frente a cualesquiera movimientos que, sin ser auténticamente revolucionarios, la desconozcan, suspendan o reemplacen por un “status” político diferente. En otras palabras, toda Constitución, ante las aspiraciones populares frente a la vida social en constante evolución, es evidentemente susceptible de abolirse y de ser sustituida por otra. Y es que la Constitución, que hipotéticamente se supone como fruto de la voluntad popular

expresada a través de sus representantes (congreso o asamblea constituyente) no debe encadenar a sus mandamientos, o sea, a someterse a los principios jurídicos, políticos, filosóficos, económicos o sociales que en un momento determinado puedan oponerse a la evolución nacional y a los sentimientos de justicia. Por tanto, cuando dicho fenómeno discordante acontece, cuando un orden constitucional determinado experimenta el consiguiente periodo crítico, cuando no se ha legitimado ni existe la posibilidad de que se legitime por la adhesión popular a sus disposiciones, el pueblo tiene siempre la potestad (por no decidir el "derecho") de desconocer la normación constitucional que le sea compatible, rebelándose contra el poder gubernamental que la sostenga, a efecto de organizarse jurídicamente conforme a sus designios mediante una nueva constitución.

En la implicación de la esencia misma de todo movimiento revolucionario genuino pueden observarse distintos atributos concurrentes que lo peculiarizan, pues faltando alguno de ellos en cualquier fenómeno insurgente, éste no tiene el carácter de una verdadera revolución. En nuestro modesto concepto, tales atributos pueden ser los siguientes:

- a) Tendencia a romper o sustituir un estado de cosas jurídico o fáctico imperante por medios no autorizados o reprobados por éste;
- b) Que tal tendencia se manifieste en el designio fundamental de lograr el mejoramiento de las mayorías populares en los aspectos sociales, políticos, culturales o económicos de su vida;
- c) Que las ideas o principios sobre los que dicho designio se sustente cristalicen en una normación jurídica fundamental (Constitución); o se reimplanten mediante el restablecimiento del orden constitucional quebrantando o subvertido que los consagre;

Que el movimiento de que se trate, una vez que haya triunfado sobre sus adversarios u opositores o conseguido la dominación de la situación anormal y violenta por él provocada, sea respaldado por una mayoría popular o al menos aceptado expresa o tácitamente por ella.

TÍTULO III

EL SUPREMO PODER DE LA FEDERACIÓN.

CAPÍTULO ÚNICO.

1.1. Consideraciones previas.

Mucho se ha hablado respecto del tema del capítulo que nos ocupa, e inclusive, hay quienes se han aventurado en cuestionar si existen tres poderes distintos o es simplemente uno.

Al respecto, cabe precisar que solo existe, y de conformidad a la lógica jurídica solo puede existir, un supremo poder de la federación, mismo que se divide para su ejercicio y a efecto de lograr todos sus fines y objetivos en: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tal y como lo precisa el numeral 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Hablar del supremo poder de la federación es fundamental para el estudio de investigación que se ha abordado, pues resulta necesario, al hablar de alguna autoridad como lo es, en la especie, la autoridad militar (SEDENA), así como de autoridades dependientes de la Procuraduría General de la República (PGR), tales como el Ministerio Público Federal y la Agencia Federal de Investigaciones, antes Policía Judicial Federal, ya que se requiere hacer puntual aclaración respecto a cual de los tres poderes pertenecen dichas autoridades.

De igual manera, no debe pasar desapercibido que si bien, se esta hablando de autoridades, también se esta hablando de las leyes, reglamentos y en general, las normas jurídicas que regulan su actuación, atribuciones, facultades, así como

limitaciones; en tales circunstancias, es necesario analizar a quien corresponde, o quien se encuentra facultado para emitir dichas normas jurídicas.

1.2. Texto actual del Artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El texto actual del artículo 49 de nuestra Constitución Política, no ha sufrido cambios recientemente por tanto, sin mayor comentario, pasamos a reproducir íntegramente el texto de dicho artículo, mismo que se encuentra en el Título Tercero, Capítulo Primero, de la propia Constitución Política:

“Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

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

1.3. Breve explicación del Artículo 49 Constitucional.

El artículo 49 constitucional consagra el principio de la llamada "División de Poderes", por lo que es uno de los preceptos más importantes de nuestra Constitución. Como ya explicaré más adelante, el artículo en comento se reforma el 12 de Agosto de 1938 y el 28 de Marzo de 1951, correspondiendo esta última enmienda al texto vigente.

Los términos del texto en vigor recogen la tradición que data desde nuestros primeros ordenamientos constitucionales generados a partir del movimiento de independencia y, específicamente, lo previsto en el artículo 9° del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, al establecer que "El Supremo Poder de la Federación" se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para después prohibir, con ciertas salvedades, que dos o más de estos "poderes" -estrictamente, funciones o competencias- se reúnan en una sola persona o corporación o que el Legislativo se deposite en un individuo.

Cabe señalar que, de acuerdo con nuestra Constitución vigente, el "Supremo Poder de la Federación", es decir, *El Poder Público del Estado Federal Mexicano*, se encuentra dividido, para su ejercicio, en el Legislativo, depositado en un Congreso General integrado por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores (artículo 50), el Ejecutivo, depositado en un Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 80), y el Judicial, depositado en una Suprema Corte de Justicia, en tribunales de circuito, colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación, y en juzgados de distrito (artículo 94). Así pues, el conjunto de competencias asignadas a los órganos federales mencionados constituye el llamado "Supremo Poder de la Federación".

Es ampliamente conocido que la doctrina de la "división de poderes" representa uno de los dogmas políticos más importantes del constitucionalismo moderno. Sin embargo, la así llamada "división de poderes" no constituye meramente un principio doctrinario inmóvil y perenne sino una institución jurídico-política dinámica que se ha desarrollado en la historia y que ha variado según la época y el lugar, por lo que para su mejor comprensión es necesario aludir brevemente a la evolución que ha tenido en la doctrina y en la experiencia jurídica institucional, especialmente en México.

En términos generales y como se explica en el desarrollo de este trabajo, se puede afirmar que después de la adopción del principio de "división de poderes",

por primera vez, en la Constitución de Apatzingán de 1814, en donde se consagró cierta preeminencia del Legislativo respecto del resto de los poderes, con la Constitución Federal de 1824, que estableció un sistema presidencial similar al de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, se previó un presunto equilibrio entre los órganos del poder público bajo un sistema de frenos y contrapesos pero que, al igual que los ordenamientos constitucionales posteriores, debido a las continuas luchas fratricidas entre liberales y conservadores y la permanente inestabilidad de esos años, se tradujo en la preponderancia fáctica del Ejecutivo-. Por su parte, la Constitución Federal de 1857 nuevamente contempló un sistema presidencial, pero con cierta preeminencia del órgano Legislativo, en tanto que a partir de las reformas constitucionales de 1874 y de manera especial con la Constitución de 1917 y las reformas a la misma durante el régimen posrevolucionario, se advierte un continuo reforzamiento del Poder Ejecutivo, solamente matizado por diversas reformas durante los últimos veinte años.

1.4. La doctrina de la división de poderes.

Aun cuando desde Aristóteles aparecen antecedentes sobre las diversas funciones que corresponden a los órganos del poder público y otros autores posteriores también lo han destacado, no fue sino a partir de su formulación por el ilustre Carlos de Secondat, barón de Montesquieu - quien, a su vez, se había inspirado fundamentalmente en Locke— cuando la doctrina de la "división de poderes" se difundió y adquirió el carácter de un auténtico dogma constitucional: "En cada Estado hay tres clases de poderes: el Legislativo, el Ejecutivo para las cosas relativas al hecho de gentes y el Ejecutivo para las materias que dependen Derecho Civil [...] Al último lo llamaremos el Poder Judicial y al otro, simplemente, el Poder Ejecutivo del Estado".

Previamente, en su misma célebre obra *El espíritu de las leyes*, Montesquieu puntualizaba la ideología que lo animaba:

"La libertad política sólo reside en los gobiernos moderados y, aun ellos, no siempre se encuentra. La libertad política sólo existe ando no se abusa del poder, pero la experiencia nos muestra constantemente que todo hombre investido de autoridad abusa de ella [...] para impedir este abuso, es necesario que, por la naturaleza misma de , cosas, el poder limite al poder [...] Cuando los poderes Legislativo Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no debe haber libertad [...] Asimismo, no hay libertad si el Poder Judicial no se encuentra separado del Legislativo y Ejecutivo [...] Todo se habría perdido si el mismo hombre o el mismo organismo, ya sea de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes; el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar las causas y los pleitos entre particulares."¹²

Así pues, lo que en realidad significa la así llamada "división de poderes" no es más que el reconocimiento de que, por una parte, el Estado tiene que cumplir determinadas funciones el problema técnico la división de trabajo- y que, por otra, los destinatarios del derecho salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la "división de poderes".¹³

En este sentido, a pesar de que el propósito primordial de Montesquieu era encontrar una fórmula político-constitucional que evitara el uso del poder, a través de su no-confusión en una sola persona o entidad – como una reacción del liberalismo político ante el absolutismo monárquico de los siglos XVII y XVIII -, en lugar de establecer un principio perenne y rígido de separación entre los "poderes" formales del Estado, sus postulados sobre la división tripartita del poder se transformaron en un ideal dogmático del constitucionalismo clásico. Fue así como el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció: "Toda sociedad la cual no esté asegurada la

¹² Carpizo Jorge, Estudios Constitucionales, 3ª ed. Ed. U. N. A. M. – Porrúa, México, 1991.

¹³ Op. cit.

garantía de los derechos ni determinada separación de poderes carece de Constitución". Previamente, varias de las Constituciones de los nuevos estados que integraron la confederación de las colonias americanas habían consagrado tal principio en términos similarmente dogmáticos y categóricos, para quedar por fin plasmado, aunque sólo de manera implícita, en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, de acuerdo con un principio mecanicista de "frenos y contrapesos" (*checks and balances*). Evitar la concentración del poder y controlar su ejercicio.

Asimismo, las ideas de Montesquieu y las de Rousseau – este último propugnador de que el poder supremo descansara en el órgano Legislativo, en tanto presunto depositario de la "voluntad general" – se combinaron en diversas proporciones en las Constituciones francesas y, mientras la ley suprema de 1791 mantenía en equilibrio la influencia de ambos pensadores, por el contrario, la carta de 1793 se inclinó por el espíritu roussoniano de la absoluta supremacía del cuerpo Legislativo y la subordinación de las otras ramas del poder, en tanto que la Constitución del año III (1795) -inspirada en buena parte en Sieyès- llevó a sus últimos extremos la técnica divisoria del poder público.

Desde entonces, puede afirmarse que de modo expreso o tácito el principio de la "división de poderes" pasó a formar parte integrante del derecho constitucional liberal y característica esencial de todo "Estado de derecho", con ciertos matices eventuales en los diversos sistemas que no cabe mencionar aquí, salvo la introducida en 1815 por Benjamín Constant, quien a los "tres poderes" de Montesquieu añade un "cuarto poder" o *pouvoir neutre* y al que Constant le asigna una función moderadora o reguladora del funcionamiento de los restantes "poderes", en tanto que para Montesquieu la regulación se producía inmanentemente por la simple interacción de la trinidad de "poderes". Tal "poder" neutral o moderador pertenece, por lo general, al jefe de Estado como órgano diferenciado del gobierno o Ejecutivo y, actualmente, es ejercido por los tribunales constitucionales en algunos sistemas.

1.5. La “*división de poderes*”, en los ordenamientos constitucionales mexicanos del siglo XIX.

El principio de la "división de poderes" penetró en el derecho público mexicano a través de su consagración dogmática en la Constitución de Apatzingán de 1814, en la cual si bien predominó la idea roussoniana sobre la preeminencia del Legislativo, se advierte, en general, la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, de las Constituciones francesas; particularmente de 1793 y 1795, así como de la Constitución de Cádiz de 1812 - esta última, a su vez, influida por los revolucionarios franceses, pero un tanto atenuada por la tradición hispánica, previendo así un sistema de monarquía limitada. Entre los antecedentes mexicanos de esta ley fundamental a la que se llamó Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana se mencionan a los Elementos Constitucionales de don Ignacio López Rayón, los Sentimientos de la Nación de don José María Morelos y Pavón, así como al Regimiento para la Reunión del Congreso, expedido por el propio Morelos el 11 de septiembre de 1813. A partir de allí, aparece insistentemente el principio de la "división de poderes" en todos los documentos constitucionales surgidos con posterioridad a la independencia de México, claro que con cambios en la estructura y funciones de los diversos órganos, según predominaran las ideas de Montesquieu o de Rousseau.

En la Constitución de Apatzingán, que sólo llegó a tener una vigencia limitada en el territorio nacional por no existir todavía un Estado mexicano independiente en 1814, se incorporaron los principios revolucionarios de la soberanía popular y la "división de poderes". En este sentido, el artículo 11 estableció: "Tres son las atribuciones de la soberanía; la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares".

Por su parte, el artículo 12: "Estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación".¹⁴

Las tres potestades se depositaron en tres corporaciones: el Supremo Congreso mexicano, cuerpo representativo de la soberanía, compuesto de diputados elegidos uno por cada provincia e iguales en autoridad; el Supremo Gobierno, corporación colegiada, integrada por tres individuos designados por el Congreso, iguales entre sí en autoridad, alternos en la presidencia cada cuatro meses y por sorteo efectuado por el Congreso, y el Supremo Tribunal de Justicia, compuesto por lo pronto de cinco individuos, también designados por el Congreso e iguales en autoridad, y alternos en la presidencia trimestralmente, por sorteo efectuado por el Congreso. En principio, pues, la técnica de la "división de poderes" se adoptó formalmente al distribuir en tres corporaciones las funciones típicas del Estado, si bien bajo la supremacía casi absoluta del Legislativo y presentándose en la práctica diversos casos de colaboración.

Asimismo, se puede señalar que la "división de poderes" se estableció de manera expresa en los artículos 23 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de enero de 1823, y 9° del Acta Constitutiva de la Federación de 31 de enero de 1824, este último en los siguientes términos: "El poder supremo de la federación se divide para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo".

Es conveniente destacar que; en términos similares a lo dispuesto por el referido artículo 9° del Acta Constitutiva de la Federación, o la modalidad del Supremo Poder Conservador establecido en la segunda ley constitucional de 1836, se adoptó el principio de la "división de poderes" en todos nuestros posteriores documentos constitucionales: en la Constitución Federal de 1824 (artículo 6°); en

¹⁴ Orozco Henríquez José de Jesús, Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, 1985.

las Bases Constitucionales de 1835 (artículo 4°); en los Proyectos de Reformas Constitucionales de 1840 (artículo 6°) y de 1842 (artículos 5° del proyecto de la mayoría, 27 de la minoría y 33 del tercer proyecto), y en las Bases de Organización Política de 1843 (artículo 5°), con excepción del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, que no lo consagró expresamente, ya que se trataba de una carta transitoria, que tuvo escasa vigencia, en tanto se promulgó la Constitución definitiva, que lo fue la de 5 de febrero de 1857, que sí lo consagró (artículo 59), al igual que la Constitución de 1917 (artículo 49).

Cabe mencionar que la Constitución Federal de 1824 es la que mejor se apegó, en cuanto al sistema de "división de poderes" y particularmente con respecto a la estructuración del régimen presidencial, al modelo estadounidense – ya que en otros aspectos recibió fuerte influencia de la Constitución española de 1812 –, si se toma en cuenta, para citar algunos ejemplos, que al lado del cargo de presidente de la República se estableció la vicepresidencia (artículo 75), que en nuestro país tuvo resultados desastrosos, contrariamente a la experiencia norteamericana; la duración del periodo presidencial era de cuatro años (artículo 94); el Congreso se dividió en dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores, y estos últimos eran representantes de las entidades federativas, ya que eran designados por las legislaturas locales (artículo 25); se siguió la estructura del Poder Judicial de los Estados Unidos de América, tanto según la Constitución federal norteamericana como la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que se estableció una Corte Suprema de Justicia; tribunales de circuito y juzgados de distrito (artículo 123).¹⁵

Por otra parte, como se apuntó, si bien en México el "Supremo Poder de la Federación" siempre se ha dividido para su ejercicio el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ocasión hubo en que la fórmula, sufrió alteración. El artículo 4° de las Bases Constitucionales del 15 de Diciembre de 1835 estableció: "El ejercicio del

¹⁵ Fix – Zamudio Héctor, "El Sistema Presidencialista y La División de Poderes", La Universidad Nacional y los problemas nacionales, Edit. U. N. A. M., México, 1979, Vol. IX, Tomo III.

supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, que no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueden pasar los límites de sus atribuciones". Precisamente, de aquí se deriva la idea que se detalló en la segunda ley constitucional de 1836: la creación del "Supremo Poder Conservador", compuesto por individuos, y al que trató de hacer todopoderoso. El artículo 12 de la segunda ley le señaló sus atribuciones: anular los actos de cualquier "poder", excitado para ello por cualquiera de los otros "poderes"; excitado por el Congreso, declarar la incapacidad física o moral del presidente de la República; excitado por el Ejecutivo, suspender hasta por dos meses las sesiones del Legislativo; excitado por la mayoría de las juntas departamentales, declarar cuando el presidente deberá renovar su gabinete; otorgar o negar la sanción a presuntas reformas constitucionales, y calificar las elecciones de los senadores.

En cuanto al texto primitivo de la Constitución federal de 1857, el régimen presidencial adoptado contempló ciertos matices parlamentarios, pudiéndose considerar como un sistema intermedio entre el de la Constitución de los Estados Unidos y el parlamentario de tipo europeo, entonces en boga. En efecto, por una parte y bajo la influencia roussoniana del predominio de la "voluntad general" supuestamente radicada en el Órgano Legislativo, se depositó el Ejecutivo en un presidente de la República, a quien se le subordinó teóricamente al Congreso federal, el cual estaba constituido únicamente por la Cámara de Diputados, en tanto que el Constituyente consideró que el Senado -que había venido funcionando, incluso, bajo los regímenes centralistas era un órgano conservador y aristocratizante, adverso a los intereses de la República federal. Asimismo, se derogó el veto presidencial y se establecieron diversos controles del Legislativo sobre la administración; como el refrendo ministerial y la obligación de los secretarios de informar al Congreso. Por otra parte, se facultó a la diputación permanente para convocar de oficio o a petición del presidente de la República a sesiones extraordinarias y se restringió el otorgamiento de facultades legislativas delegadas al Ejecutivo para los casos de situaciones de emergencia y de

"suspensión de garantías", en los términos del artículo 29 constitucional. Finalmente, se advierte que no obstante el predominio roussoniano del órgano Legislativo, se introduce definitivamente la institución del juicio de amparo, que significaba una sutil preeminencia del poder Judicial Federal sobre los otros dos, y que se aceptó por el Constituyente sin una ciencia clara del alcance de este control judicial.

A partir de las reformas constitucionales de 1874, se consolida definitivamente el sistema presidencial al reforzarse la posición del Ejecutivo Federal, a través del restablecimiento del Senado de la República y del veto suspensivo en beneficio del propio Ejecutivo (si bien se conservaron algunos matices contradictorios de carácter parlamentario), precisándose las facultades exclusivas de cada una de las Cámaras. Sin embargo, este sistema no duró más de dos años, pues, con motivo de la revolución de Tuxtepec, dio inicio la dictadura de treinta años del general Porfirio Díaz.

Bajo la dictadura de Díaz se reforzó, una vez más, la posición del Ejecutivo a través de diversas reformas constitucionales formales (en particular, las relativas al artículo 78, que en 1887, 1890 y 1904 pretendieron legitimar las sucesivas reelecciones presidenciales, la última de las cuales elevó de cuatro a seis años el periodo presidencial, y la de 1900 a los artículos 91 y 96 que suprimieron de la integración de la Suprema Corte al procurador general y al fiscal a efecto de que, según el modelo francés, los funcionarios del Ministerio Público y el procurador general, quien lo presidía, fueran nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo Federal), así como por el establecimiento de costumbres y prácticas políticas que menoscabaron gravemente la división de las funciones de los órganos del poder, particularmente con la reiterada delegación de facultades extraordinarias al Ejecutivo para legislar fuera de los casos previstos en el artículo 29 constitucional. En realidad; sólo conservaron un resto de autonomía los tribunales federales, en particular la Suprema Corte de Justicia, a través del juicio de amparo, que entonces adquirió el prestigio de máxima institución procesal, ya que tuteló en

numerosas ocasiones con éxito los derechos fundamentales de los particulares, contra el creciente despotismo político y administrativo de la dictadura.

1.6. La "división de poderes" en la Constitución de 1917.

El artículo 49 del texto constitucional de 1917, como se apuntó, consagró la "división de poderes" entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, conforme a la tradición del artículo 9° del Acta Constitutiva de la Federación de 1824 y siguiendo textualmente el artículo 59 de la Constitución de 1857, prohibiendo la reunión de dos o más de ellos en una sola persona o corporación y que se depositara el Legislativo en un solo individuo, con la salvedad de que se concedieran facultades extraordinarias al Ejecutivo en los términos del artículo 29.

Sin embargo y a pesar de la dura experiencia de la dictadura de Díaz, el Constituyente de Querétaro se inclinó por un nuevo reforzamiento del Ejecutivo, probablemente influido por las ideas de Emilio Rabasa en el sentido de que la sujeción teórica del presidente al Congreso lo había llevado a utilizar métodos dictatoriales para poder gobernar.

Entre los instrumentos adoptados por el Constituyente de 1917 para afianzar el predominio del Ejecutivo, cabe citar el establecimiento de la elección directa del presidente de la República (artículo 81 de la Constitución actual) frente a la indirecta que preveía la Constitución de 1857 (si bien el artículo 83, "como una conquista revolucionaria", prohibió la reelección presidencial); la restricción de las causales del juicio de responsabilidad al presidente de la República, concretándolo a los delitos graves del orden común y la traición a la patria (artículo 109 del texto original de 1917) y derogando las causas de violación expresa de la Constitución y ataques a la libertad lectoral (artículo 103 de la ley fundamental de 1857), a la vez que se aumentó la instancia ante el Senado de la República para considerar culpable al funcionario (artículos 111 del texto de 1917 y 110 del vigente) y no

como en la de 1857 que bastaba la resolución de la Cámara de Diputados; la reducción a un solo periodo de sesiones, en lugar de dos, del Órgano Legislativo (artículo 62 de la Constitución de 1857 y 66 de la de 1917), si bien, como se analiza más adelante, en 1986 se restableció el doble periodo de sesiones, así como la restricción de la facultad de la Comisión Permanente para convocar oficiosamente a sesiones extraordinarias (si bien, de acuerdo con el artículo 67 en vigor, se devolvió a partir de 1923 a la referida Comisión Permanente la facultad para convocar a sesiones extraordinarias sin consultar al presidente de la República).¹⁶

Pero si se reforzó en forma tal vez exagerada la posición constitucional del Ejecutivo Federal en sus relaciones con el Congreso de la Unión, paralelamente se vigorizó en el texto primitivo de la Constitución de 1917 la posición de los tribunales federales, en particular la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: se suprimió el sistema artificial de la elección popular en segundo grado de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, previsto por el artículo 92 de la Constitución de 1857, y se adoptó el nombramiento por el Congreso de la Unión; se establecieron requisitos más severos sobre la idoneidad técnica para ser designado ministro de la Suprema Corte, ya que la Constitución anterior (artículo 93) requería únicamente estar instruido en la ciencia del derecho, a juicio de los electores, mientras que el artículo 95 de la Constitución de 1917 exigió la posesión de título profesional de abogado; se estableció la inamovilidad no sólo de los propios ministros de la Suprema Corte, sino también la de los magistrados de circuito y jueces de distrito, a partir del año de 1923, con posterioridad al cual sólo podían ser removidos por "mala conducta" y previo el juicio de responsabilidad correspondiente (artículo 94, en su texto primitivo de la Constitución de 1917), en tanto que el artículo 92 de la ley suprema de 1857 determinaba que los referidos ministros de la Corte durarían en su encargo únicamente seis años; se suprimió la Secretaría de Justicia, a la cual se le atribuyeron intromisiones y consignas durante el régimen del general Díaz, según lo

¹⁶ Orozco Henríquez José de Jesús, "La División de Poderes", Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones, 3ª ed. Edit. Porrúa, México, 1985.

dispuesto en el artículo 14 transitorio de la Constitución de 1917, con lo cual se pretendió liberar al organismo Judicial federal de toda injerencia del Ejecutivo.

1.7. Valor actual del principio de "división de poderes".

Cabe advertir que el objetivo primordial de Montesquieu –consistente, como se apuntó, en el establecimiento de mecanismos constitucionales operativos que evitaran el abuso del poder y aseguraran la libertad de los ciudadanos–, no siempre ha sido comprendido y aplicado cabalmente por la posteridad. En general y casi desde su formulación, la teoría de la "división de poderes" de Montesquieu ha sido objeto de severas críticas, la mayor parte de las cuales toman como punto de partida la interpretación que Eisenmann denomina tradicional o "jurídica" -la cual se inclina por sostener erróneamente que el pensador francés pugnaba por una separación rígida de "poderes" con funciones propias e independientes entre sí-; igualmente, como resultado de la simple evolución sociopolítica y constitucional, se ha cuestionado reiteradamente la vigencia actual del principio bajo análisis.

Así, por ejemplo, Rousseau mismo lo atacó, en *El contrato social*, a nombre de la indivisibilidad de la soberanía; lo que se denominaba "poderes", diría el ginebrino, no son sino emanaciones de la autoridad soberana, a la cual están supeditados. Al respecto, la tesis mexicana y que, como se apuntó, fue adoptada en todas nuestras Constituciones, salvo la de 1814, consiste en que efectivamente no hay división de "poderes", sino que existe un solo poder: El "Supremo Poder de la Federación", que se divide para su ejercicio; así, lo que en realidad está dividido es el ejercicio del poder. Asimismo, a fines del siglo anterior, el destacado jurista alemán George Jellinek señaló que la pretensión de adscribir a cada uno de los grandes órganos del Estado el ejercicio exclusivo de alguna de las respectivas tres funciones tradicionales resulta imposible en la práctica. Durante la primera posguerra, Schmitt advirtió que, propiamente, debía hablarse de una distinción, mas no de una "división de poderes", cuyo objetivo primordial era lograr el equilibrio

entre los órganos del mismo poder. Carré de Malberg, por su parte, después de criticar la "división de poderes" por estimarla destructiva de la unidad del Estado y, por ende, de su fuerza, señaló que la igualdad o equilibrio de poderes, de hecho, no ha existido jamás, en tanto que la experiencia demuestra que es inevitable que alguno de los "poderes" tenga preponderancia sobre los demás.

Por otra parte, los críticos de la "división de poderes" señalan la imposibilidad y hasta la imprudencia de pretender la absoluta separación de los órganos del poder público, situación que, como se ha insistido, no era el propósito de Montesquieu –, sin tener en cuenta que para la subsistencia misma del Estado y para su eficaz desarrollo se requiere de la permanente y ágil coordinación entre los distintos cuerpos que integran al gobierno. Es así como se impone a veces la indispensable colaboración de dos órganos para el eficaz desempeño de una misma función, por lo que se concluye que cada uno de los distintos órganos no sólo acumula funciones materiales diversas, sino que interfiere y se ve interferido en numerosas facultades que no son atribución exclusiva de algún "poder". De este modo, se ha afirmado que es preferible hablar de "colaboración o coordinación de poderes" y, cuando más, de cierta "separación de funciones". En realidad, la propia Constitución mexicana construye la colaboración entre las ramas del poder, o sea, que dos o las tres ramas del poder realizan parte de una misma facultad o función. Como ejemplos se pueden señalar: en el procedimiento legislativo, el presidente tiene la iniciativa de ley, la facultad de veto y la publicación de la ley; el presidente resuelve, cuando las dos cámaras legislativas no se ponen de acuerdo, sobre la terminación anticipada del periodo de sesiones; el Senado ratifica los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo; el Senado aprueba o no los nombramientos de embajadores, agentes diplomáticos y cónsules, así como generales, coroneles y demás jefes superiores del ejército, la armada y la fuerza etcétera, etcétera.

Asimismo, si bien el principio de "división de poderes" perduró a lo largo del siglo XIX en las Constituciones democráticas liberales, por lo menos en la letra de

la ley suprema, desde su inicio las necesidades sociales, económicas y políticas con las que tuvo que enfrentarse el Estado hicieron imposible una aplicación rígida y formalista del referido principio, por lo que hubo que admitir moderaciones. Particularmente en el terreno legislativo se vio la necesidad de que el Ejecutivo, más en contacto con las realidades y problemas del país, a través de la administración pública, se diera a la tarea de redactar los proyectos de ley, mientras el Legislativo se conformaba con aprobar esas leyes elaboradas de antemano. La praxis política y de gobierno fue desbaratando, paulatina e implacablemente, la rígida "división de poderes" y convirtiéndola en una decidida colaboración.

Es necesario mencionar también la influencia ejercida en estos problemas por los modernos partidos políticos, quienes al intervenir en todos los aspectos de la integración de los "poderes" constituidos con frecuencia han hecho ilusoria la pretendida "división de poderes", sobre todo cuando obtienen mayorías que les permiten cubrir con sus miembros, simultáneamente, los puestos del Ejecutivo y los del Legislativo, lo cual repercute fatalmente en la composición de las magistraturas judiciales, aun cuando éstas no se cubran por elecciones directas. El jefe del partido, al menos virtualmente, es entonces el titular máximo del Ejecutivo, que impone por la vía de la disciplina partidista su criterio político sobre aquellos de sus correligionarios que ocupan puestos dentro de los demás órganos del Estado.

Además, se ha sostenido que, especialmente en los sistemas parlamentarios, el Parlamento y el gobierno no son fácilmente distinguibles en cuanto al ámbito real y efectivo de sus atribuciones ni en cuanto a las fuerzas políticas que representan, ya que ambos están bajo el control del partido político o de la coalición de partidos a que pertenecen, en cuyas instancias superiores se asienta, quizá, la decisión última sobre la orientación política del Estado. Ambos, se afirma, tienen en común ser órganos políticos frente a los que se contraponen el órgano Judicial, principalmente en tanto su función de garantizar la constitucionalidad y la legalidad de los actos de los órganos del poder público. De

allí, se ha concebido un modelo meramente dualista consistente en una división capital entre los órganos de decisión política y el órgano fiscalizador de la juridicidad de tales decisiones.

Con todo, pese a las críticas de que ha sido objeto y las transformaciones que ha sufrido la organización estatal, la "división de poderes" sigue siendo considerada como un principio esencial de los ordenamientos constitucionales contemporáneos de los países occidentales. Así, Biscaretti di Ruffia señala como una característica principal de los Estados de democracia clásica u occidental, la pluralidad de los órganos constitucionales y la aceptación de la teoría de la "división de poderes", a diferencia de los Estados socialistas, en los que la pluralidad y división de "poderes" fueron sustituidas por una serie de órganos colegiados de elección popular directa (los *soviets*), representantes de la colectividad en forma cada vez más amplia y con atribuciones proporcionalmente siempre más relevantes, y a diferencia también de los Estados autoritarios –como el fascista, italiano, y el nazi, alemán–, en los que se adoptó el principio opuesto de la concentración de todas las funciones públicas esenciales en el jefe de Estado, del gobierno y del partido único.¹⁷

En el mismo sentido emite su opinión el distinguido tratadista español Manuel García Pelayo, en cuanto considera que no puede afirmarse que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la "división clásica de los poderes" carezcan de sentido, sino que simplemente lo han modificado y actualizado en cuanto tienen la función de contribuir a la racionalidad del Estado democrático, siendo necesario liberarse de la trinidad dogmática y abrir la vía para una nueva concepción global de la pluralidad de posibilidades de dividir el poder público.¹⁸

¹⁷ *Op. Cit.*

¹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas U. N. A. M., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 14ª ed. Ed. Porrúa, México, 1999, Tomo I.

En este último sentido, cabe distinguir los siguientes principios de la "división de poderes": a) la distinción entre órgano constituyente y órgano constituido; b) la distinción entre la esfera del poder del Estado y la esfera autónoma de la sociedad y de los individuos, a través de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados; c) la división horizontal del poder público, que coincide con las directrices de Montesquieu, al distinguir entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, distribuyéndolas entre diversos órganos; d) la división vertical o federal, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales, las cuales se traducen en diversos grados de autonomía; e) la división temporal, es decir, la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder público en la división decisoria; mientras que las divisiones anteriores tienen carácter normativo, ésta, en cambio, se refiere a los actores que intervienen en la práctica de la toma de decisiones políticas, y g) la división social del poder entre los diversos estratos y grupos de la sociedad.¹⁹

Así pues, podemos estimar que es posible todavía rescatar del llamado principio de "división de poderes" la idea primordial consistente en el reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos respectivamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros; esto no sólo para impedir la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano la – concentración que sería peligrosa para la democracia– sino para garantizar la regularidad del funcionamiento de diferentes órganos. Consecuentemente, la división de poderes" no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político a efecto de impedir el abuso del poder en beneficio de la libertad y el desarrollo democrático, en pleno acatamiento del Estado social de derecho.

¹⁹ Orozco Henríquez José de Jesús, Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, 1985.

El precepto que se comenta guarda relación con los artículos 50 al 107, correspondientes al presente título tercero de la Constitución, así como 108 al 114, relativos al título cuarto.

TÍTULO IV

LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.

CAPÍTULO I

LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA Y NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL.

1.1. En la Insurgencia.

En su propósito por crear el nuevo estado mexicano, Morelos promovió la integración del congreso de Chilpancingo cuyas actividades se iniciaron el 13 de Septiembre de 1814; el día 14 Morelos leyó el documento conocido como "Sentimientos de la Nación", que en sus veintitrés puntos contiene los propósitos de justicia como aspiraciones de un pueblo sojuzgado, entre los que destacan los siguientes:

11.- Que la patria no será del todo libre y nuestra, mientras no se reforme el gobierno, abatiendo el tiránico, sustituyendo el liberal y echando de nuestro país el enemigo español que tanto se ha declarado contra nuestra nación.

12.- Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso, deben ser tales que obliguen a constancia y patrimonio, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto.

13.- Que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que estos solo sean en cuanto al uso de su ministerio.

14.- Que para dictar una ley se discuta en el Congreso, y decida a pluralidad de votos.

15.- Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y solo distinguirán a un americano de otro, el vicio y la virtud.

17.- Que en cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado señalando penas para los infractores.

18.- Que en la nueva legislación no se admitirá la tortura.

23.- Que igualmente se solemnice el día 16 de Septiembre todos los años, como el día aniversario en que se levanto la voz de la independenciam y nuestra santa libertad comenzó pues en ese día, fue en el que se abrieron los labios de la nación para reclamar sus derechos y empuñó la espada para ser oída recordando siempre el mérito del grande héroe, el señor don Miguel Hidalgo y Costilla y su compañero don Ignacio Allende.²⁰

La Insurgencia mexicana es manifestación popular de una nación que lucha contra la injusticia manifiesta en la falta de respeto a la dignidad humana, hambre, miseria, desempleo y sobre todo en el ejercicio absoluto de un gobierno injusto, que impuso un trato desigual a las personas. Morelos luchó en contra de la injusticia de la dominación española para tener libertades y derechos; siempre confió en la justicia notoria de su causa, "para la defensa y representación de los derechos de las personas," la Constitución Apatzingán incluyó a dos fiscales, uno de lo penal y otro de lo civil, ate el supremo tribunal de justicia.²¹

²⁰ Benítez Treviño V. Humberto, *Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, p. 28-29.

²¹ Idem.

Ante el movimiento insurgente, los españoles, además de la defensa militar reformaron las disposiciones de la Constitución de Cádiz, buscando por medio de la real audiencia de México aplicar una nueva justicia para mantener el poder, el impulso del liberalismo de la época y los problemas de la invasión napoleónica determinaron que en España se adaptara el sistema gubernamental de los tres poderes; las cortes se reunieron en Cádiz el 24 de Septiembre de 1810, nombraron comisiones para el estudio de los asuntos más importantes, internos y de las colonias y a fines de Marzo de 1811, se nombraron los Diputados a la comisión que se llamó de Justicia y así comenzó la redacción de lo que sería el nuevo orden judicial para México. La Constitución de Cádiz de 1812, que tiene vigencia en México y en sus colonias, registra en sus preceptos la necesidad de "asegurar en la nación la recta, pronta, efectiva e imparcial administración de justicia".

Una vez que se aprobó la constitución de Cádiz de 1812, la aplicación de las leyes comprendió a los tribunales, los magistrados tendrán como única función impartir justicia, los oidores conocerían de asuntos del poder judicial que ameritarán la segunda o tercera instancias. La Constitución también creó un Tribunal Supremo de Justicia que entre sus diversas funciones tenía el de aconsejar al rey en asuntos de procuración de justicia. En Nueva España la insurgencia y la pérdida de privilegios de los oidores impedían la aplicación eficaz de la Constitución de Cádiz, con fundamento en los nuevos principios constitucionales, se limitaron los poderes de la Real Audiencia, se creó una Audiencia Territorial integrada por 12 magistrados distribuidos en tres salas, dos para asuntos civiles y una para material penal.

Durante los años de la insurgencia se delinearon nuevos principios constitucionales y liberales y la separación de los 3 poderes; la Real Audiencia se dividió en dos. La Audiencia Suprema integrada por magistrados, que solamente conocerían asuntos de carácter judicial y el Supremo Tribunal de Justicia, cuerpo consultivo integrado por oidores; dos de ellos denominados fiscales; a uno de le correspondía comunicar el Real Acuerdo al Virrey, dicho fiscal tenía facultades para

aconsejar al Virrey o negarse a comunicar el acuerdo cuando a su criterio no fuera suficientemente representativo o debidamente requisitado. A fines de la época colonial el fiscal, quedó registrado como "personaje cercano al Virrey", quien le comunicaba acuerdos del Consejo Consultivo o le asistía como consejero en diferentes materias, entre ellas la de Procuración de Justicia.

La procuración de Justicia durante el gobierno de Iturbide no resintió reformas profundas, las instituciones coloniales de la justicia continuaron en su aplicación, los fiscales nombrados por el tribunal de Justicia pasaban a integrar parte del Supremo Gobierno. El panorama de las oficinas donde se procuraba y se impartía justicia no había cambiado con la Independencia de México, los mismos procedimientos eran aplicados por los mismos funcionarios que una vez estableció el nuevo Estado Mexicano, continuaron con el gobierno que se implantó.

1.2. La Constitución de 1824.

El Congreso Constituyente, expidió la Primera Carta Magna de los Estados Unidos Mexicanos el 4 de Octubre de 1824; de acuerdo con su artículo 4°, la nación mexicana adoptó para su gobierno la forma de República Representativa Popular Federal y en su artículo 5° delimitó las partes integrantes de la Federación. El Supremo Poder de la Federación se dividió para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En la nueva Constitución, las funciones que anteriormente ejercía el tribunal Supremo se reestructuraron a fin de que la Administración de Justicia Federal recayera en el Poder Judicial de la Federación, cuya representación estaría a cargo de la Corte Suprema de Justicia, reflejándose las difíciles condiciones en que iniciaba sus actividades la Suprema Corte de Justicia durante el primer Gobierno constitucional federal.

También integraban el Poder Judicial de la Federación los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, cada uno de los Estados debería de legislar para la

Administración de Justicia, de acuerdo con los lineamientos de la Constitución Federal. La Constitución de 1824, en su artículo 124, implantó al fiscal como integrante de la Corte Suprema de Justicia que debería ser distinguido por sus atributos y preferir el cargo de fiscal al de senador o diputado; era un alto honor servir en ese cargo; al entrar a ejercerlo formulaba el siguiente juramento: "protestas a Dios nuestro Señor haberos fiel y legalmente en el desempeño de las obligaciones que os confía la nación. Si así lo hicieréis, Dios os lo premie y si no os lo demande" (artículo 136).

También para juzgar a los individuos de la Corte Suprema de Justicia, durante el juicio debería de nombrarse un fiscal especial. Los Tribunales de Circuito, tenían un promotor fiscal para procurar justicia y era nombrado por el Supremo Poder Ejecutivo de una terna que proponía la Corte Suprema de Justicia.

Juventino V. Castro refiere que el Ministerio Fiscal debería intervenir: En todas las causa criminales en que se interesen la Federación, y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de competencia, haciendo el último necesaria la presencia de éste funcionario en las visitas semanales de las cárceles.²²

Las leyes constitucionales de 1836 que implantaron el centralismo, registraron al fiscal, también como integrante de la Corte Suprema de Justicia y se estableció constitucionales de 1836 que implantaron el centralismo, registraron al fiscal, también como integrante de la Corte Suprema de Justicia y se estableció también la figura del fiscal en los Tribunales Superiores de los Departamentos. Registrada en las disposiciones generales sobre la administración de justicia encontramos facultades del Congreso para crear juzgados especiales fijos o ambulantes para perseguir y castigar a los ladrones en cuadrilla, con la obligación de que la sentencia se confirmará por la segunda y tercera instancia del territorio

²² Benítez Treviño V. Humberto, *Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, p. 35.

donde diera su fallo, con la posibilidad de obviar la primera y segunda instancia, se podrían establecer fiscales generales cerca de los tribunales, para los negocios de hacienda y los asuntos que fueran de interés público.

1.3. La Constitución de 1857.

Triunfante la Revolución de Ayutla que derrocó al santanismo (Santa Anna, dejó la presidencia el 9 de Agosto de 1855), Juan Álvarez ocupa interinamente la presidencia de la República y nombra como ministro de justicia, al Lic. Benito Juárez, quien prepara la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación del Distrito y de Territorios del 23 de Noviembre de 1855, registrada en las Leyes de Reforma como la Ley Juárez que suprimió los tribunales especiales, con excepción de los militares eclesiásticos. Una vez ocupada la Presidencia por Ignacio Comonfort, al renunciar Juan Álvarez, expidió el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana el 20 de Mayo de 1856, que registra la protección de las garantías individuales.²³

El 5 de Febrero de 1857, se proclamó la nueva Constitución y el 12 del mismo mes en Palacio de Gobierno Nacional de México, Ignacio Comonfort firmó el decreto de la nueva Constitución Política que adopta la Ley Juárez y eleva rango constitucional las garantías individuales, estableciendo un sistema de control de protección para dichas garantías. Con la inclusión de la Ley Juárez en la Constitución de 1857, se suprimen los fueros, la Suprema Corte de Justicia se reorganiza y se crea el Tribunal Superior del Distrito Federal. La ley Juárez es la instrumentación para aplicar la justicia en busca de la igualdad social, la Comisión de Constitución integrada por personalidades como Ponciano Arriaga, Mariano Yáñez y León Guzmán: en su dictamen leído ante el H. Congreso Constituyente incluyeron los principios de dicha ley, fundamentando así los principios constitucionales sobre procuración de justicia.

²³ Idem. p. 38.

La Constitución de 1857 fijó las bases de una moderna procuración de justicia sustentada para su práctica en las garantías individuales, primordialmente las de legalidad y seguridad jurídica; la preocupación de los constituyentes fue legislar sobre nuevos principios de justicia que deberán aplicarse a través de instancias más eficaces para que el pueblo lograra calmar el hambre y sed de justicia. Al proclamarse la Constitución de 1857, su presentación al pueblo llevó a cabo mediante un breve manifiesto, que contiene ideas de justicia y principios jurídicos de liberalismo que debe aplicarse en la vida social del pueblo mexicano, entre los que destacan los siguientes:

La igualdad será de hoy en adelante la gran ley en la República, no habrá más méritos que el de las virtudes; no manchará el territorio nacional la esclavitud, oprobio de la historia humana; el domicilio será sagrado; la propiedad inviolable; el trabajo y la industria libre; la manifestación del pensamiento sin más trabas que el respeto a la moral, a la paz pública y a la vida privada; el tránsito, el movimiento sin dificultades, el comercio, la agricultura sin obstáculos, los negocios del Estado examinado por los ciudadanos todos; no habrá confiscación de bienes, ni penas infamantes, ni se pagará por la justicia, ni se violará la correspondencia y en México, para su gloria ante Dios y ante el mundo, será una verdad práctica la inviolabilidad de la vida humana, luego que con el sistema penitenciario pueda alcanzarse el arrepentimiento y la rehabilitación moral del hombre que el crimen extravía.²⁴

La Constitución de 1857 en su artículo 91 fundamenta la composición de la Suprema Corte de Justicia que se integraría de 11 ministros propietarios, 4 supernumerarios, un Fiscal y un Procurador General. La situación de la procuración de justicia en los momentos en que Juárez asume el poder por el golpe de Estado que Comonfort dio en contra de la Constitución de 1857, era muy difícil; las

²⁴ Benítez Treviño V. Humberto, *Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, p. 41.

facciones militares estaban en contra de la nueva Carta Magna, la iglesia católica condena su vigencia, y la insurrección al amparo del Plan de Tacubaya, aumentaba. La bandera de Juárez para hacer justicia, fue la defensa de la legalidad que enarbó como presidente interino; lo facultaba el artículo 79 de la Constitución, ya que en los momentos en que Comonfort jefaturó el movimiento de Tacubaya, Juárez era el presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Durante el gobierno juarista el ramo de la justicia fue una de las necesidades más atendidas mediante la elaboración de disposiciones normativas elaboradas por juristas de mayor prestigio; en el período de la reforma se dio especial atención al pago puntual de sueldos de los magistrados y empleados del ramo judicial a fin de que la justicia se impartiera con prontitud, eficacia y gratuitamente y se cuidó que los jurisconsultos a quien se les encomendaba la responsabilidad de impartir y procurar justicia se dedicaran con empeño a sus responsabilidades a fin de que la sociedad gozara de las bondades de la Constitución de 1857; los estudios de los juristas eran necesarios a fin de integrar las disposiciones normativas con el fin de hacer efectivas las garantías individuales y evitar la desigualdad económica.

Era necesario dar eficacia a las garantías de legalidad y seguridad jurídica en los caminos y poblaciones para combatir los peligros e inseguridades para los bienes y vida de los habitantes; en esta época se hicieron famosos bandidos como “los plateados” que en ocasiones servían a la policía y en otras eran bandidos. En el período de la Reforma, Ignacio Manuel Altamirano fungió como fiscal antes la Suprema Corte de Justicia; el reglamento de esta institución del 19 de Julio de 1862 establecía que el fiscal:

“Debía ser oído en todas las causas criminales o de responsabilidad; en todos los negocios que tuvieran que ver con al definición de la jurisdicción competencia de los tribunales; en las consultas sobre dudas de ley y siempre que el mismo lo pidiera o el máximo tribunal lo juzgara oportuno.”²⁵

²⁵ Idem. p. 45.

Durante la época de la Reforma, es de apreciarse en la Constitución y en diferentes leyes reglamentarias que el procurador ya se ha convertido en el representante de la nación y que hacía pedimentos ante los tribunales federales y juzgados de Distrito. En la historia del México independiente suelen confundirse las actividades del fiscal y del procurador; sin embargo, resulta difícil precisar hasta estos momentos cuáles fueron las circunstancias determinantes para que el procurador se convirtiera en representante de la nación, pero sin duda, es en el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1862 donde ya encontramos definida la figura del Procurador General de la Nación.²⁶ El gobierno de Juárez estableció las bases de la procuración de justicia moderna; sin embargo, con la intervención francesa que preparó la llegada de Maximiliano, quien arribó a México el 12 de Junio de 1864 para iniciar una labor administrativa y legislativa, paralela a la de la Constitución de 1857 y cuyas normas estarían en vigor en una parte del territorio nacional.

En el Segundo Imperio lo relativo a la administración y procuración de Justicia era ejercido por el ejecutivo; el ministro de justicia organizaba y daba los lineamientos que debería observar el aparato judicial; durante el imperio no encontramos definida la visión de poderes, podemos ver que Teodosio Lares como presidente del Ministerio de Justicia, del 13 de Junio de 1866, hasta el 19 de Marzo de 1867, tuvo la intención de reorganizar el gobierno imperial de Maximiliano, ya que fue una persona conocedora de los avances de la ciencia administrativa de su tiempo y también fue un hombre importante en conocimientos de justicia del imperio de Maximiliano.

Posteriormente Juárez llegó a ocupar el Gobierno itinerante, falleciendo el 18 de Julio de 1872. A la muerte de Juárez, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Sebastián Lerdo de Tejada, ocupó el cargo de Presidente de la República

²⁶ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, D.F., 1970, p.99.

interino y más tarde con el carácter de Propietario, aplicó reformas liberales a la Constitución de 1857 y en 1873 elevó a cargo constitucional las leyes de Reforma.

1.4. Las reformas de 1900 sobre la creación del Ministerio Público a nivel Constitucional.

En el constituyente de 1857, diputados como Villalobos Díaz González y otros ya conocían al Ministerio Público, Institución que históricamente, de acuerdo con García Ramírez, así como el maestro Piña y Palacios²⁷ se integra por elementos de la promotoría fiscal española, el Ministerio Público Francés y elementos propios mexicanos:

Del ordenamiento francés tomó como característica principal el de la unidad e individualidad, pues cuando actúa el Agente del Ministerio Público lo hace a nombre y en representación de toda institución. La influencia española se encuentra en el procedimiento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del fiscal en al inquisición. En cuanto a la influencia exclusivamente nacional está en la preparación del ejercicio de la acción penal, ya que en México – a diferencia de lo que sucede en Francia-, el medio preparatorio del ejercicio de la acción penal está reservado exclusivamente al Ministerio Público, que es el jefe de la Policía Judicial.²⁸ La implantación del Ministerio Público, en su esencia y funcionamiento moderno, llevó muchos años; se pretendió su inclusión en la Constitución de 1857, pero al no poder delinear sus conceptos, funcionamiento como institución de beneficio social y no aclarar quien debería ser el titular de la acusación, el Ministerio Público dejó de elevarse a rango constitucional. Francisco Zarco, como excelente periodista y diputado constituyente, fue factor fundamental al igual que otros legisladores destacados, de la acalorada discusión respecto del

²⁷ García Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 255.

²⁸ Castro Juventino V., El Ministerio Público en México, Ed. Porrúa, México, D.F., 1990, p. 14.

funcionamiento y estructura del Ministerio Público, en virtud del artículo 27 señalaba: A todo procedimiento del orden criminal, debe presidir querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad.

Al no incluirse el Ministerio Público en la Constitución de 1857, el fiscal y el procurador general fueron considerados con la categoría de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En los momentos de la lucha por defender la integridad de la soberanía nacional y una vez pasada la batalla del 5 de Mayo, en julio de 1862, el presidente Benito Juárez expidió el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que entre sus normas, determinó la implantación de un fiscal adscrito a la Suprema Corte de Justicia, que interviniera en causas criminales, aclaración de dudas sobre interpretación de la ley o asesoría en asuntos de la Corte; dicha intervención debería ser a petición del fiscal o de la Corte. Cuando Maximiliano entró al poder, emprendió su actividad legislativa, sus leyes solamente tuvieron vigencia en el ámbito territorial que gobernaba, los liberales siempre combatieron al gobierno francés; con la tradición y estructura francesa se expidió la ley para la organización del Ministerio Público, del 19 de Diciembre de 1865:

Cuya fuente de inspiración fueron los principios fundamentales vigentes en aquel entonces en los ordenamientos jurídicos franceses. Esto es fácil de explicar, en razón del espíritu que, esencialmente, prevaleció en los diversos ordenes de la advenediza organización imperial en cuanto a los negocios de la organización pública. Del contenido de sus cincuenta y siete artículos, se colige que el Ministerio Público estaba subordinado en todo y por todo al Ministerio de Justicia, nada ajeno a los caprichos del gobierno imperial. En el capítulo primero, que se refiere a los funcionarios, se indica que ejercen el Ministerio Público ante los tribunales, un Procurados General de Imperio, mismo a quien están subordinados los denominados procuradores imperiales y abogados generales.

El Ministerio Público depende del emperador, quien lo designa, así como también a todos los demás funcionarios que lo integran. Estos reciben instrucciones y obran bajo la dirección del procurador general, lo que se traduce en los principios denominados unitariedad y jerarquización. Es pertinente aclarar que esta ley rigió en un orden general para todo lo comprendido bajo la jurisdicción del imperio, de tal manera que no fue de carácter local, sino de aplicación general en todo el territorio nacional. El procurador general dependía, en cuanto a su designación, del emperador; no obstante, el conducto inmediato con el que acordaba era el Ministerio de Justicia.

En el Tribunal Supremo ejercían las funciones del Ministerio Público: el procurador general y los abogados generales que eran necesarios de acuerdo con las circunstancias lo cual indica claramente que el procurador no solamente daba instrucciones y dirigía, sino también, cuando el caso lo requería estaba obligado a actuar directamente y no delegaba siempre sus funciones en sus representantes. Lo mismo ocurría en los tribunales superiores y en los inferiores. En los juzgados la función se ejercía por los abogados generales, y cuando estos eran dos o más, uno de ellos se denominaba primer abogado general del tribunal al que correspondiera y bajo cuyo servicio quedaba el primer abogado general del tribunal respectivo. La competencia y funciones del Ministerio Público fueron tanto en materia criminal como en materia civil.²⁹

La Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal de 1869, incluyó tres promotores fiscales, con independencia individual para actuar ante el jurado, precisando el agravio que el delincuente causaba a la sociedad, pero no se debe estimar que el promotor o procurador fiscal ya tienen las condiciones del moderno Ministerio Público; los promotores carecían de una verdadera representación que se les había negado en las discusiones del Congreso Constituyente de 1856-1857; esta afirmación se puede fundamentar con el criterio siguiente:

²⁹ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, D.F., 1970, p. 100.

Los promotores fiscales a que se refiere la Ley de Jurados de 1869, no pueden reputarse como verdaderos representantes del Ministerio Público; su intervención es nula en el sumario porque el ofendido por el delito puede suplirlos y su independencia es muy discutible. Actuaban ante el jurado popular al abrirse el plenario, para fundar su acusación, y entre los requisitos de la Ley, para designación de promotor fiscal, se señalaba la habilidad de la oratoria. Confusamente se empleaban los términos de promotor fiscal o representante del Ministerio Público.

Es durante el Porfirismo cuando se efectúan las reformas constitucionales del 22 de Mayo de 1900 que elevan al Ministerio Público a rango constitucional; el procurador y el fiscal dejan de tener el carácter de magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para adquirir independencia institucional convirtiéndose el procurador general en defensor de los intereses federales, y el fiscal general, tendría bajo su mando a los agentes del Ministerio Público. El maestro Guillermo Colín Sánchez cita la reforma en los términos siguientes:

"...La Suprema Corte de Justicia se compondrá de quince ministros y funcionará en Tribunal Pleno o Salas, de la manera que establezca la ley (artículo 91). La Ley establecerá y organizará los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la Federación. Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo (artículo 96)".³⁰

Con la expedición de la Ley Orgánica de 1903, se definió estructural y funcionalmente la independencia del Ministerio Público del poder judicial, la exposición de motivos de dicha ley, explicó el objetivo político jurídico del Ministerio Público, estableciendo:

³⁰ Idem. p. 104.

“Dicho Ministerio no era un auxiliar del juzgador, sino una parte procesal. Cronológicamente a la Ley de 1903 siguió la federal de 1908 hasta el advenimiento de nuestra Ley Suprema en vigor”.³¹

1.5. La Constitución de 1917.

El Ministerio Público es una institución que vigorizó la Revolución Mexicana. Antes de este acontecimiento histórico la legislación federal y estatal, habían incluido en su normatividad, al Ministerio Público; sin embargo, el diputado Mújica en la sesión del Congreso Constituyente del 5 de Enero de 1917 expresaba:

“Tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia”.

Hasta antes de la Constitución de 1917, los jueces tenían la facultad de practicar averiguaciones previas, interrogar a los detenidos y recabarles su confesión, eran verdaderos inquisidores, muchos adquirieron fama por su crueldad, tenían bajo su mando a la policía, de ahí que hasta se le siga denominando como Policía Judicial. Don Venustiano Carranza presentó al Congreso Constituyente su proyecto sobre el artículo 21 que decía:

Artículo 21 del proyecto.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos de Policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial, que estará a la disposición de éste.³²

³¹ García Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 257.

³² Benítez Treviño V. Humberto, Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia, Ed. Porrúa, México, D.F., 1993, p. 58-59.

El diputado Francisco J. Mújica fue quien durante los debates del Congreso Constituyente de 1917-1917, precisó la función institucional del Ministerio Público, al expresar:

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la responsabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción que ya no se hará por procedimientos anteriores y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y ala Policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido, de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.

La redacción del artículo del proyecto, dice: "La autoridad judicial mandará buscar y aprehender reos. Se podrá valer para la aprehensión, de la autoridad administrativa, para cuyas funciones la autoridad administrativa tendrá a sus órdenes al Ministerio Público y a la Policía Judicial". De las reflexiones en que funda el ciudadano primer jefe esta importante reforma, se desprende que la mente del Ejecutivo fue que no interviniese como un factor principal en la aprehensión de los reos, la autoridad administrativa, sino que fuese la policía judicial a las ordenes del Ministerio Público, cuyas funciones tratan de marcar perfectamente en su exposición de motivos. Por consiguiente, la comisión creyó que sería más justo poner el capítulo "los delincuentes serán perseguidos solo por la autoridad judicial, que estará a las órdenes del Ministerio Público".³³

³³ Idem. p. 60.

El proponer colocar a la policía judicial al mando del Ministerio Público en ese tiempo era una novedad, sin embargo se siguió denominado a la policía, policía judicial; F. Palavicine argumentaba que no debería ser la misma policía judicial tradicional, que eran empleados al servicio de los jueces para investigar delitos y perseguir delincuentes, sino una policía judicial especial como lo proponía el proyecto del primer jefe y que funcionaría dependiendo del procurador de justicia, de quien también tendría la titularidad del Ministerio Público. Se puede apreciar, con posterioridad a la reforma de Juárez que se implanta el Ministerio Público, pero no adquiere el vigor institucional, se le estima como un observador, una figura decorativa que no ejercía acción penal, no aportaba pruebas y menos ejercía la persecución de los delincuentes.

El diputado José Natividad Macías aclaró el término del proyecto del Primer jefe Venustiano Carranza en la parte que decía: “que sólo incumbe a la autoridad administrativa el castigo de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público...”, Entendiendo que el Ministerio Público solamente podía depender del Poder Ejecutivo, como se aclara en los argumentos siguientes.

“...El Ministerio Público no es más que un órgano del poder administrativo, es decir, del Ejecutivo. Por eso tienen ustedes que en todos los países en que existen las instituciones libres, es decir, en donde está dividido el poder en tres ramas, el Ejecutivo acusa en nombre de la nación de que se trate. Por eso es que en Estados Unidos, por ejemplo, se dice “el procurador general de la nación en nombre del presidente de la República...” Porque él es representante del presidente de la República en materia penal. En los Estados, el procurador general del Estado es el representante del Gobernador del Estado porque es él quien va a perseguir de manera muy sencilla; la policía judicial en los países libres está dividida en dos clases: la policía preventiva y la policía inquisitiva, que se llama a la policía judicial, que es el nombre técnico con que se le designa.

La policía preventiva es el gendarme que está en cada esquina cuidando el orden; éste no se preocupa de si se va a cometer un delito o no; sus atribuciones se reducen únicamente a cuidar que no se altere el orden público o que los reglamentos de policía en toda la circunscripción que le corresponde, se cumplan debidamente siempre que estén a su vista. Esto es lo que en los Estado Unidos se llama police-man y lo que entre nosotros se llama gendarme; de manera que todavía en el interior de la República se le designa el nombre de "policía" y por las noches con el de "sereno"; pero todos son la policía preventiva, que es la que trata de evitar que se cometa un delito, pero ésta no es la judicial, la policía judicial la forman los agentes que el Ministerio Público tiene a su disposición para ir a averiguar donde se cometió el delito, qué personas pudieron presenciarlo, etcétera.

Es una cosa parecida a lo que nosotros hemos considerado que ha estado muy mal establecido con el nombre de policía de seguridad, porque en ésta, los individuos que la forman, no andan vestidos de policía; en los Estado Unidos estos traen placa con la cual se revelan inmediatamente que tratan de ejercer sus funciones; antes nadie los conoce como agentes de la autoridad. Un ejemplo claro: se encuentra un cadáver en una plaza pública por ejemplo, y la policía preventiva, que no supo cómo se cometió el delito, se limita únicamente a dar cuenta de que hay un cadáver; que no se vuelve a ocupar de otra cosa la policía preventiva.

Entonces el agente del Ministerio Público, que es el que representa al gobierno, es decir, a la autoridad administrativa, entonces toma conocimiento del hecho y manda a sus agentes, quienes van al lugar de los sucesos y ahí averiguan a que horas apareció el cadáver, qué personas pudieron presenciar el hecho; toman todos los datos conducentes para aclarar la averiguación, y de esa averiguación puede resultar: "pues este delito lo cometió una persona que tenía tales y cuales señas"; se llega a saber el nombre del asesino y el lugar en que se oculta; da cuenta inmediatamente, y el Ministerio Público presenta la acusación ante el juez, diciendo: "tal día, a tal hora, se cometió un delito de tal clase y el cual consiste en esto; el policía judicial fulano de tal, ha tomado todos los principales

datos; vengo, Juez, a acusar a fulano de tal, bajo la protesta de que es cierto que se le atribuye, y el cual se encuentra escondido en tal parte”.

Entonces el juez, en vista de esto, libra orden de aprehensión y la policía judicial la recibe, hace la aprehensión y pone al reo a la disposición de la autoridad, de manera que, como ven ustedes, la policía preventiva es enteramente distinta de la policía judicial; la policía judicial la forman los auxiliares mediante los cuales el Ministerio Público ejerce sus funciones, y el Ministerio Público es el representante de la sociedad, el representante del Gobierno; ésta es la función que le corresponde. Por esto verán los señores diputados que lo que el ciudadano Primer Jefe dice en su discurso, esta enteramente conforme con lo que expresa el artículo.

La policía, el Poder Administrativo, persigue los delincuentes mediante su órgano que es el agente del Ministerio Público; el agente del Ministerio Público desempeña esa función con los auxiliares que tiene al efecto o sea la policía judicial. La reforma consiste en acabar con esa amalgama que habían hecho las leyes anteriormente conservando el poder judicial enteramente independiente del poder administrativo, y por otra parte, descentralizando al Poder Judicial de sus funciones, al convertirse en el inquisidor de todos los hechos que ameriten la aplicación de una ley penal. Esta es la explicación que tenía que dar a ustedes. Finalmente apoyado por los argumentos de Mújica el Congreso apoya la redacción del proyecto del artículo 21 Constitucional presentado por el Primer Jefe, con la inclusión de las ideas de quienes intervinieron en la discusión del artículo 21, el secretario de la comisión leyó la disposición en los términos siguientes:

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se

permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá, en ningún caso de quince días. Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo de una semana.³⁴ El artículo 21 fue aprobado por 158 votos a favor y tres en contra adquiriendo así el Ministerio Público vigor constitucional con una función modernizada y un elemento más en la procuración de justicia.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que fundamenta la institucionalización del Ministerio Público, se vincula para su funcionamiento con el artículo 102, que dispone la creación de una ley para el funcionamiento del Ministerio Público de la Federación, con servidores públicos nombrados por el Ejecutivo Federal y presididos por un procurador general, nombrado por el titular del Poder Ejecutivo debiendo reunir las cualidades requeridas para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia, lo que significa una remembranza de aquellos tiempos que la Constitución de 1857, cuando el procurador general, junto con el fiscal formaban parte de la Suprema Corte de Justicia.

El procurador tendrá como responsabilidad que el Ministerio Público de la federación realice, previo ejercicio de la acción penal, la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del orden Federal.

Al Ministerio Público le corresponde solicitar ante los tribunales las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos. El Ministerio Público debe hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que al administrar justicia se cumpla con los principios constitucionales de prontitud y expeditéz; en estos imperativos constitucionales se faculta al procurador para que los principios de justicia que tutela la Constitución se cumplan en beneficio del pueblo que hizo la Revolución. Con la modernización de la procuración de justicia se amplían las esferas de acción, introduciéndose en la

³⁴ Idem. p. 61-64.

justicia constitucional como una novedad la intervención personal del Procurador General de la república en las controversias que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión, entre un Estado y la Federación o entre los poderes de un mismo Estado.

Como representante de los intereses jurídicos de la Federación y del Ministerio Público, el procurador debe intervenir por sí o por medio de sus agentes en todos los negocios en que la federación fuese parte, en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación. El procurador tiene el privilegio y la alta responsabilidad de ser el consejero jurídico del gobierno y como servidor público tanto él como sus agentes, son responsables ante la Ley de toda falta, omisión o violación a la ley.

1.5.1. Texto actual del artículo 21 (reformado en 1982).

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas.

Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.³⁵

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.5.2. Interpretación del artículo 21 Constitucional.

De la lectura del **artículo 21** constitucional vigente, encontramos que:

1° La imposición de las penas es propia y exclusiva de a autoridad judicial, y

2° la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial.

Claramente se distingue la separación de estos dos campos de atribuciones entre dos autoridades distintas; en este caso, la del juez y la del Ministerio Público. Así, el órgano jurisdiccional no puede entrar en el campo o esfera de acción del Ministerio Público, como ocurrió antes de la vigencia de la Constitución de 1917, en la que el órgano jurisdiccional era al mismo tiempo juez y parte, y se consideraba facultado no sólo para imponer las penas, sino para buscar las pruebas y perseguir a los delincuentes; es decir, obraba de oficio. Del mismo modo, el Ministerio Público no puede invadir la competencia del órgano jurisdiccional; es decir, no puede imponer las penas ni tener imperio para decidir el proceso; significado con ello que no pueden recaer en él ambas facultades, porque igualmente quedaríamos en la misma situación en la que nos encontrábamos antes de la reforma de 1917.

Lo anterior es lo que se quería evitar, lo que se buscaba en la reforma de 1917 era privar a los jueces de la facultad de ofrecer y presentar las pruebas, pues la actividad probatoria corresponde al Ministerio Público.

Se dice que el Ministerio Público es un órgano creado para defender la legalidad; es un órgano de buena fe y hasta de equidad, encargado de proteger el interés social.

1.6. El Procurador General de la República y el Ministerio Público Federal.

Un colaborador inmediato del Presidente es el funcionario llamado "Procurador General de la República", quien al mismo tiempo preside la Institución denominada "Ministerio Público de la Federación" (Art. 102 Constitucional). Su nombramiento y remoción provienen de la voluntad presidencial, por lo que dicho procurador depende directamente del presidente, así como la mencionada entidad, pues los diversos funcionarios que la componen derivan su designación de éste, según lo disponen dicho precepto de la Constitución y la Ley Orgánica respectiva. Se ha sostenido, y así aparece de su gestación parlamentaria, que el Ministerio Público Federal es una Institución que representa a la sociedad en las funciones que constitucionalmente tiene encomendadas y que son:

La persecución de los delitos del orden federal ante los tribunales y su intervención en la Administración de Justicia impartida por los órganos judiciales de la Federación, primordialmente en los juicios de amparo, pues como dice don Alfonso Noriega, tenemos la convicción e insistimos en ello de que esta función es la más delicada que incumbe a la Procuraduría general (o sea, a dicha institución, agregamos), toda vez que se relaciona con la defensa misma de la pureza de la Constitución y con la vigencia y mantenimiento del régimen de libertades individuales, que es, a nuestro juicio, la esencia misma de nuestro sistema y la columna vertebral del régimen Constitucional.³⁶

Las facultades en que se apoyan esas funciones se prevén en los artículos 102 y 107, fracción XV, Constitucionales. Aunque éste último precepto, tratándose del juicio de amparo, personifique al Ministerio Público Federal en el Procurador General de la República o en el agente que éste designare. En lo que atañe a su función persecutoria, se ha dicho que la mencionada institución es de buena fe, en cuando que no tiene la proclividad de acusar sistemática, inexonerable e

³⁶ Burgoa Orihuela Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, México, D.F., 1984, p. 793.

inexcepcionalmente a toda personal contra quien se formule alguna denuncia por algún hecho que se suponga delictivo, debe determinar su presunta responsabilidad penal mediante la ponderación imparcial de los elementos de convicción que se le alegue oficiosamente o que se le proporcionen.

Ya en 1932, cuando fungió como Procurador General de la República de don Emilio Portes Gil afirma que “la acusación sistemática del Ministerio Público sería en esta época una remembranza inquisitorial muy ajena a las nuevas orientaciones del Derecho Público y del Derecho Penal Moderno, que de expiatorio está pasando a ser protector al mismo tiempo que los intereses individuales, de los intereses sociales”. Por lo que concierne a su intervención en la administración de la Justicia Federal, el Ministerio Público debe ser un leal colaborador de los órganos jurisdiccionales, en el sentido de que, dentro del cuadro de la competencia constitucional y legal, vele por la estricta e imparcial aplicación de la Ley en los actos decisorios y en la secuela procesal, a efecto de que, como ordena el artículo 102 del Código supremo, “los juicios se sigan con toda regularidad” y se logre la prontitud y expedición que deontológicamente deben tener.

Esa intervención en la materia de justicia, según el pensamiento de don Luis Cabrera tiende a ser fructíferos “los esfuerzos por la conquista del derecho”, los que “serían estériles sino se vieran ayudados por la acción oficial de un representante de la sociedad que ayude a la lucha por el derecho, es decir, un órgano del poder público que se encargue de vigilar la aplicación de la Ley, ilustrando a los jueces y ejercitando las acciones del orden público en defensa de la sociedad; éste órgano es el Ministerio Público”.³⁷

1.6.1. Atribuciones del Ministerio Público.

³⁷ Ídem. P. 794.

Las principales atribuciones de esta Institución se establecen en los artículos 21 y 103 de la Constitución General de la República, sumándoles, desde luego, las contenidas en las respectivas leyes orgánicas que le dan su estructura y organización, al respecto, nos dice el doctor Héctor Fix Zamudio³⁸ que en la actualidad todavía no se han precisado no la naturaleza ni las funciones del Ministerio Público señaladas por nuestra Constitución federal; se le han conferido una gran variedad de atribuciones tanto en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, en la asesoría jurídica de las entidades gubernamentales, en la defensa de los intereses de los menos e incapacitados, en la representación de ciertos intereses jurídicos. Asimismo, se destaca como punto principal la investigación de los delitos y del ejercicio de la acción penal.

De todas estas atribuciones, algunas resultan incompatibles, y la teoría lo han transformado en una figura impresionantemente poderosa e hipertrofiada, no obstante esas atribuciones se podrían calificar como indispensables en la compleja vida jurídica de nuestra época. Colín Sánchez³⁹ no dice que, aunque la atribución fundamental del Ministerio Público deriva del artículo 21 Constitucional, en la práctica no sólo investiga y persigue el delito, sino en su actuación se extiende a otras esferas de la administración pública, siendo notable su intervención en materia civil en cuestiones de tutela social; representando a los incapaces o ausentes, y en algunas otras situaciones en las que son afectados los intereses del Estado tanto en materia federal como local de algunas entidades federativas. En términos generales, preserva a la sociedad del delito. Colín Sánchez concluye diciendo que el Ministerio Público tiene asignadas funciones en: a) El derecho penal, b) El derecho civil, c) El juicio constitucional y d) Como consejero, auxiliar y representante legal Ejecutivo.

Por su parte, García Ramírez señala como atribución fundamental del Ministerio Público, de naturaleza netamente procedimental, la persecución de los

³⁸ Castillo Soberanes Miguel Ángel, el Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México, Ed. U.N.A.M. (Serie G. Estudios Doctrinales Núm. 131), México, D.F., 1992, p. 26.

³⁹ Ídem. p. 27.

delitos que desempeña en la averiguación previa de los mismos y el ejercicio de la acción penal. El Procurador General de la República, como titular del Ministerio Público Federal, tiene a su cargo la asesoría jurídica del gobierno, tanto en el plano nacional como en el local; también es el representante jurídico de la federación, ya sea como actor, demandado y tercerista; de la misma manera, tiene como misión la vigilancia de la legalidad que se traduce en promover cuando sea necesario para la buena marcha de la administración de justicia denunciar las leyes contrarias a la Constitución y promover su reforma. El Ministerio Público Federal es parte en el juicio de amparo siempre para preservar el Imperio de la Legalidad; pero puede abstenerse de intervenir cuando a su juicio el asunto carezca de interés público. Por último, el Ministerio Público tiene participación en cuestiones civiles y familiares.

Por todas esas atribuciones señaladas, nos damos cuenta de la gran diversidad de funciones que se encomiendan a esa Institución, como las de Congreso Jurídico, representante jurídico de la Federación, fiel guardián de la legalidad, las de defensa de los intereses patrimoniales del Estado. De algún modo, son facultades administrativas y justifican su dependencia al Poder Ejecutivo. Todas esas atribuciones obedecen a que, en las diversas materias en las que interviene el Ministerio Público, pueda verse lesionado el interés público, razón por la cual debe ser oído.

1.6.2. Principios que caracterizan al Ministerio Público.

Para que el Ministerio Público pueda cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, es necesario que cumpla con determinados principios que se desprenden de la Ley y la doctrina, mismos que lo caracterizan.

1.6.2.1. Jerarquía.

Este principio significa que el Ministerio Público se encuentra organizado jerárquicamente bajo la dirección y mando del Procurador de Justicia. Las personas que lo integran, los diversos agentes del Ministerio Público, se consideran como miembros de un solo cuerpo, éstos no son más que una prolongación del titular.

En nuestro medio no se ha logrado la unidad absoluta de esta Institución, pues existe el Ministerio Público Federal bajo la dirección y dependencia del Procurador General de la República, esto, en materia federal. En materia común encontramos al Ministerio Público del orden común bajo la dirección del Procurador de Justicia del Distrito federal, o de la entidad de la República de que se trate.

1.6.2.2. Indivisibilidad.

Esta consiste en que los agentes del Ministerio Público que intervienen en cualquier negocio de su competencia no actúan por derecho propio, sino representando a la institución; de esta forma, aunque varios agentes intervengan en un asunto determinado, los mismos representan en cada uno de sus actos a una misma institución; también puede separarse cualquiera de ellos o ser sustituido, sin que por lo mismo se afecte lo actuado. De ahí el axioma de que “a pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de funciones”.

1.6.2.3. Independencia.

Esta cuestión a sido causa de intensos debates y polémicas interminables en cuanto a la autonomía e independencia de la institución. En el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal en 1970, se aprobó que: “El Ministerio Público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías

constitucionales reconocidas a los miembros del Poder Judicial”; así mismo se propuso:

“Darle independencia al Ministerio Público respecto del Ejecutivo, separando las atribuciones de asesoría y representación del gobierno, de las de representación social y persecución de los delitos, ya que esta última requiere de autonomía...”, a mayor abundamiento se ha propuesto la separación entre las funciones incompatibles de asesoría y representación jurídica del Ejecutivo, de la relativa a la persecución de los delitos...”.

CAPITULO II

LA ACTUAL PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN NUESTRO PAÍS.

2.1. Elementos que intervienen en la procuración de la justicia.

Nuestro País avanza en el proceso de producción agrícola, minera e industrial con sus correspondientes implicaciones políticas y la ordenación jurídica necesaria para el desarrollo de la vida comunitaria. La vida jurídica en México es acorde a las corrientes liberales, conservadoras y socialistas, que al amparo de sus constituciones lo perfilan en lo general y en lo particular. En materia de procuración de justicia, la normatividad jurídica se ha adecuando a las necesidades demográficas y económicas que determinan la seguridad pública de un País que a partir de 1945, inicia el despegue de la industrialización, convirtiéndose en un polo de atracción económica que ofrece posibilidades de empleo, aumentando con ello la migración de la zona rural a la urbana; aparecen nuevos núcleos de población que exigen servicios públicos, convirtiéndose en verdaderos problemas urbanos.

Dos fenómenos caracterizan el comportamiento de la demografía mexicana en lo que va en el siglo: El aumento de la Población de 14 millones de habitantes en 1900 a 81 millones en 1990, y la mudanza masiva de personas de medio rural a las ciudades a partir de 1960. Antes de la Revolución 7 de cada 10 mexicanos vivían en el campo. En la actualidad esa proporción se ha invertido. El crecimiento de poblacional se explica en la razón de mejores índices de salud, especialmente en la infancia. Y el desarrollo de los centros urbanos, en virtud de que la gente busca establecerse donde haya mayor oferta de trabajo y de servicios.

2.1.1. Población.

El elemento Población resulta importante, toda vez que nuestro País es uno de los más poblados, es decir es excesivo el número de habitantes que reclama mayores servicios y exige una mayor atención en sus peticiones de Procuración de Justicia. A manera de ejemplo el Estado de México es la entidad más poblada del pacto Federal; en sus 17 Municipios conurbados se ubica el 70% de la población total, es decir el mayor número de habitantes, que sumados a los de las otras áreas, se eleva a la cantidad de nueve millones ochocientos quince mil novecientos un habitantes.

2.1.2. Tasa de crecimiento.

Siguiendo el ejemplo del Estado de México, en la zona conurbada, la tasa quinquenal de crecimiento poblacional es de 24.9% en comparación con la del Distrito Federal, que representa un 4.86%, indicadores que no llevan a estimar que a fines del siglo XX seguramente existirá mayor población en los 17 Municipios conurbados del Estado de México, que dentro del Distrito Federal.

2.1.3. Asentamientos humanos.

Unos de los problemas que agobian al País es el de los asentamientos urbanos, principalmente, el de la urbanización. Se podría pensar que las poblaciones humanas se agrupan anárquicamente. No es así, la historia muestra que la primera revolución industrial, que tuvo lugar en Inglaterra, procedió la revolución agrícola, sustento de la primera. El legislador y el encargado de procurar justicia no puede desviar su atención, toda vez que la región conurbada se caracteriza por los asentamientos humanos incrementados por la corriente migratoria que origina una demografía explosiva y problemas de empleo, vivienda,

transporte, tenencia de la tierra, insuficiencia de servicios públicos y contaminación, y desde luego procuración de justicia, que son atendidos de manera coordinada por programas nacionales y estatales.

2.1.4. Antisocialidad.

La zona conurbada se presenta una serie de efectos nocivos para sus habitantes, entre ellos la antisocialidad, que es necesario prevenir y combatir mediante acciones coordinadas, creando normas y realizando acciones que den orden a la convivencia comunitaria para evitar una anarquía que pueda degradar la calidad vital de sus habitantes; la conducta antisocial o desviada, tiene también un sentido delictuoso. El derecho estima a lo antisocial como delictivo y es necesario normatizar adecuadamente la conducta para buscar la armonía. Desde el punto de vista sociológico se estima que la antisocialidad reduce la estabilidad vital, mermando las posibilidades de supervivencia.

Para lograr los objetivos de procuración de justicia, se requiere de un conjunto de actividades gubernamentales, orientadas hacia el trabajo que prevenga y combata a la delincuencia; para ello se creó el Programa Nacional de Procuración de Justicia que en el Plan Nacional de desarrollo del presente gobierno, propone la colaboración y la conciliación de los diversos sistemas normativos tanto en la forma como en el fondo, así como la descentralización que a través de la utilización de más amplios mecanismos de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno y la revitalización de los mecanismos de participación y la colaboración de la Comunidad... Es necesario modernizar el Ministerio Público para proporcionar mejor servicio a la sociedad, tutelar como representante social a los derechos fundamentales, y establecer medidas que limiten al delito y disminuyan la delincuencia tomando en cuenta "que el derecho penal no atiende solamente a los intereses de la sociedad, sino a la persona del delincuente y también en cierta medida, a los que sustentan dentro de un estado de derecho, siempre y cuando no

atenten contra los derechos humanos fundamentales; se preocupe por la paz pública y la comprensión respetuosa de la persona.⁴⁰

Es necesario que se den a conocer objetivamente las acciones oficiales que se adoptan para enfrentar a los que caen en la desviación social y prevenir los peligros de la impunidad en general en las Ciudades Periféricas.

2.1.5. Inflación monetaria y disminución del poder adquisitivo.

La inflación ha sido factor determinante para el aumento de la delincuencia ya que, resulta por demás comentarlo, disminuye el poder adquisitivo de la población, generando la necesidad de satisfacer o de compensar dicha disminución, encontrando una salida rápida en la delincuencia, repercutiendo consecuentemente en la procuración de justicia.

2.2. El Constitucionalismo.

La procuración de justicia es una actividad de profundas raíces históricas que se justifica en la práctica del principio de dar lo suyo a cada quien, pero el doctor Fausto Vallado Barrón, señala en sus cátedras de teoría del derecho, que lo más difícil es saber hasta donde llega lo suyo de cada quien. Esta distinción corresponde a las personas que profesan la ley y que cultivan la prudencia de lo justo para discernir lo justo de lo injusto.⁴¹ En las diferentes concepciones sobre la justicia, en el derecho mexicano encontramos a la justicia legal⁴², que rige las relaciones del poder público con la sociedad civil y que se complementa con la

⁴⁰ Benítez Treviño V. Humberto, *Filosofía y Praxis de la Procuración de justicia*, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 118-120.

⁴¹ Vallado Berrón Fausto E., *Teoría General del Derecho*, Ed. UNAM., México, D.F., 1972, p. 165.

⁴² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada U.N.A.M.)*, Ed. UNAM., México, D.F., 1987, p. 74-75.

justicia distributiva que regula la participación de los ciudadanos y sus deberes con la comunidad. Los vínculos entre iguales son resultado de la justicia conmutativa y finalmente encontramos a la justicia social que es una interrelación sistemática de los diferentes conceptos de justicia para procurar que el bienestar de la comunidad se fundamente en un equilibrio equitativo.

Las normas constitutivas de nuestro sistema jurídico en sus ámbitos federal y local han delimitado la competencia de la procuración de justicia como uno de sus aspectos esenciales y como columna vertebral que apoya la función del Ministerio Público; sin embargo, en la administración pública en su artículo 39 tiene dos funciones primordiales que son: a) ser el órgano encargado del Ministerio Público y b) la prestación del consejo jurídico al Gobierno del Estado Federal. El artículo 40 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su fracción primera, establece la vigilancia al respecto de las leyes por parte de todas las autoridades del Estado, lo que significa que el procurador tiene una misión de hacer que se respete el principio de legalidad establecido en toda la estructura piramidal, procurando que las autoridades cumplan fielmente para lograr el equilibrio de la balanza de la justicia.

La facultad conferida al procurador de informar al Presidente de la República sobre las leyes y reglamentos que sean contrarios a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene un objetivo jurídico-político para la aplicación del principio de la justicia que se debe ser constantemente actualizado conforme a las exigencias de una sociedad plural que se desarrolla con múltiples problemas derivados de su propia condición geopolítica y de la migración que origina hacinamientos humanos en las zonas conurbanas de las entidades de la República Mexicana. El artículo 21 constitucional prevé que habrá una policía que estará bajo el mando inmediato del Ministerio Público para los fines que la Ley establece y el procurador como titular del Ministerio Público es el jefe nato de la Institución auxiliar que como imperativo legal debe contribuir a la persecución de los delitos, aportándole los elementos científicos y técnicos para el buen

desempeño de su labor que la perfile como policía científica, que investigue para detener y no detenga para investigar.

Nuestro sistema federal tiene como virtud política la coordinación de actividades entre las autoridades de los diferentes ámbitos de competencia para la persecución de los delitos, práctica realizada mediante convenios de coordinación como los realizados con la Procuraduría General de la República y las Procuradurías Generales de Justicia de las diferentes entidades del País.

Se les ha dado especial importancia a la estadística e identificación criminal, creando verdaderos sistemas de archivo que se vayan adecuando a los nuevos tiempos y exigencias sociales, porque bien sabemos de la necesidad que se tiene sobre el conocimiento científico que nos permita la investigación de las nuevas formas delictivas que van apareciendo como expresiones de la delincuencia individual y organizada que se manifiesta en nuevas formas de extorsión y chantaje, en protestas armadas, violencia que se genera en grupos de presión, el deterioro ecológico y sociológico de las urbes, las nuevas formas de espionaje y fraudes electrónicos, la violación a los derechos humanos, las formas sofisticadas del tráfico y de drogas y el abuso en su consumo, etcétera; esta causística general nos lleva a redefinir figuras y nuevas técnicas de la estadística criminal que pueden ser utilizadas en la toma de decisiones alternas que no permitan enfrentar a todos aquellos que se colocan al margen de la Ley y observar las variaciones cualitativas para establecer la regla cualitativa que es la norma para el combate de la delincuencia.

Como aspecto cualitativo y como imperativo jurídico las leyes Orgánicas de la Administración Pública y la de la Procuraduría General de Justicia, facultan al procurador para formular programas de capacitación para el personal de la Procuraduría y para la Policía a su mando. Esta premisa legal es importante porque elevar la calidad profesional de quienes prestan el servicio público de la Procuración de Justicia, es indispensable para que los objetivos políticos y legales

se realicen con varios avances en la ciencia, técnica y orden justo que caracterizan a la Procuración de Justicia como un sistema moderno humanitario, porque se tiene plena conciencia de que el régimen jurídico constitutivo del marco legal de las instituciones públicas requiere de un constante análisis para colocarlo al tiempo y a las necesidades que plantea la modernidad, revisando constantemente los fenómenos políticos, sociales y económicos que todos los días registran modificaciones y que conforman principios de orden democrático y de paz social.

2.3. Los principios de prontitud, eficacia, expeditéz y gratitud de la justicia.

La justicia es principio de convivencia racional que en estricto sentido de la vida social no puede dejarse de aplicar; esa justicia, como lo marca nuestra constitución, debe ser pronta, que significa ser diligente, rápida para su aplicación, con viveza de ingenio en los términos y plazos que fije la Ley. La eficacia en la justicia es virtud, actividad y fuerza para poder aplicar la Ley al caso efectivo. La expeditéz, es un significado de libertad o de plena conciencia hacía un objetivo de justicia, sin obstáculos de ninguna índole, para que el servidor público encargado de la justicia esté presto a determinar su actuación jurídica al servicio del pueblo. La gratuidad en la procuración de justicia, es un principio constitucional y el pueblo lo sabe y cada día se une para defender su patrimonio, colaborando así al combate de la corrupción.

Nada sería la justicia sin estas dotes universales, perdería todo sentido y valor a tal grado, que dejaría de ser justicia para convertirse solamente en aplicaciones de la Ley.

2.4. La paz en la Procuración de Justicia y la política criminal.

Debe ser propósito de todos, crear con la justicia y el derecho, ambientes de tranquilidad y paz social y el gobierno debe tener voluntad política para hacer eficientes las instancias y hacer cabal justicia. La paz debe ser el más noble de los combates, porque con ese valor se crean ambientes de tranquilidad en donde los seres humanos pueden encaminarse a los dinteles de un mundo más civilizado.

Es necesaria, la práctica de la solidaridad y volver a delinear las ideas de soberanía e independencia, redefiniendo siempre el concepto de justicia, para crear nuevos instrumentos que preserven a los hombres de la anarquía y la arbitrariedad, porque sabemos que el derecho rige la conducta humana y su objetivo es la armonía social; con estos propósitos se deben realizar los principios de la justicia con diligencia, pero no apresuradamente. Con base a estos lineamientos, la proyección de la justicia es con fines a lograr la superación de las formas de convivencia del hombre, que deben tener como presupuesto universal, la paz social.

En cuando a la política criminal, el Estado Mexicano es una pluralidad social, y el entorno jurídico que la rige requiere cada día de estrategias que eviten conductas antisociales y también de realizar políticas para el combate y prevención de la delincuencia mediante un sistema de estudio sistemático que incluya las mejores experiencias y criterios de observancia social, con estudios inter y multidisciplinarios a fin de que las leyes integren supuestos jurídicos que prevean la defensa de la sociedad y que el habitante eleve cualitativamente sus condiciones de vida creando formas de convivencia y defensa del sistema ecológico en que habita.

Con multidisciplinaria debe estudiarse a las nuevas formas antisociales porque el problema de procuración de justicia no solamente debe ser afrontado por las autoridades, sino con el esfuerzo de muchos hombres honestos en sus convicciones y propósitos, debemos superar cualquier crisis de legalidad que siempre genera conflictos, debemos procurar el desarrollo de una política criminal

suficiente, que resista las exigencias de procuración de justicia de una sociedad cada vez más politizada y concedora de sus derechos fundamentales.

2.5. La legalidad en la Procuración de Justicia.

La Procuraduría General de Justicia, es una Institución creada por la norma, con el propósito fundamental de realizar la defensa de los derechos de la sociedad en acciones reales y concretas para preservar los bienes jurídicos que permitan una vida civilizada; la Institución de la Procuraduría se inspira en la defensa de la libertad, seguridad jurídica y legalidad.⁴³ La protección del hombre y su entorno es una responsabilidad política y filosófica; la condición humana no puede dejarse sin control, ya que todo el orden social tiene una justificación de carácter legal y es necesaria la conservación de la legalidad, actualizándola constantemente mediante la aplicación de las normas en todos los actos de la vida social y política.

El principio que más siente el Pueblo es el de la Justicia y para su ejercicio los pueblos se han reunido para buscar la armonía social en un orden justo que se haga realidad en la observancia de las diferentes leyes que rigen la vida comunitaria. Al principio de legalidad también se le puede denominar como el Imperio de la Ley para que los órganos y dependencias del Poder Público cumplan con sus presupuestos y podamos estimar que es la esencia ontológica y deontológica del deber ser que significa al Estado de Derecho y que en su aplicación debe seguir un orden jerárquico en la Procuración de Justicia, vinculado todo el sistema jurídico para que de la armonía y de la observancia resulte la justicia humanitaria.

Este principio necesariamente en sus aspectos de motivación y fundamentación debe vincularse con otros principios del derecho como el de proporcionalidad, universalidad, personalidad, beneficio, defensa y demás especies

⁴³ Ley Orgánica de la Administración Pública, Art. 40.

y también el principio de legalidad debe vincularse con los principios generales que aplicados por juristas de mente lúcida y prudente harán realidad la justicia que exige el Pueblo, porque la inteligencia humana es capaz de distinguir hasta dónde llega la influencia de los hechos y desde dónde arranca la determinación del hombre.

El principio de legalidad puede formularse, diciendo que consiste en que las autoridades no tiene más facultades de las que les otorgan las leyes, y que sus actos únicamente son válidos cuando se fundan en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe. Las facultades y poderes que gozan las autoridades pueden estar contenidas en la Ley expresamente o de una manera implícita, pero en éste mismo caso han de inferirse necesariamente de ella y no proceder de una interpretación falsa o maliciosa de su texto.

El principio de legalidad es enemigo radical de la arbitrariedad. La combate en sus raíces y sin él no es posible la existencia de las Instituciones al mismo tiempo liberales y democráticas. Las monarquías absolutas, los regímenes dictatoriales o despóticos desconocen por completo el principio de legalidad; en nuestro Derecho está consagrado expresamente por los artículos 16, 41 y 133 de la constitución que respectivamente preceptúan:

ARTICULO 16.- “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

ARTICULO 41.- “El Pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca en sus regímenes anteriores, 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”.

ARTICULO 133.- “Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones o leyes de los Estados”.

Además el Código Penal castiga el delito de abuso de autoridad, y el de Procedimientos Civiles obliga a los jueces y magistrados a fundar sus sentencias en la Ley aplicable al caso, o a falta de ella, en los principios generales del derecho. Téngase en cuenta que la palabra legalidad significa la calidad de lo que es legal o sea, de lo que se ajusta a lo que se ordena o autoriza por la Ley. También significa verdad, rectitud y fidelidad en el desempeño de un cargo o en el cumplimiento de una obligación.⁴⁴

La garantía de legalidad consiste, independientemente de la inseguridad jurídica que entraña, en la obligación que tienen todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y a las atribuciones que la ley les confiere, al expedir cualquiera orden o mandato que afecte a un particular en su persona o en sus derechos, es decir, las autoridades están obligadas a atenerse precisamente a la Ley.

Prácticamente los numerales Constitucionales que consagran el principio de legalidad, son el 14, 16 y 17, y los artículos 19, 20 y 21 Constitucionales, consagran las garantías procesales penales donde confirman el 17 y 19 de nuestra Carta Magna el principio jurídico Nullum Delitum, Nula Poene Sine Lege, que quiere decir “No hay delito, ni pena, sin Ley”.

El Artículo 14 Constitucional reza lo siguiente:

⁴⁴ Pallares Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México, D.F., 1986, p. 632.

“A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales plenamente establecidos, en que se cumplan las leyes expedidas con anterior al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

2.6. Las reformas constitucionales y el futuro de la Procuración de Justicia.

Sin lugar a dudas, las reformas a nuestra Carta Magna son de crucial importancia para el tema del presente trabajo, que pretende ser aportativo y un tanto cuanto propositivo, por lo que comenzaré estableciendo, de manera limitada las reformas a los preceptos Constitucionales modificados:

ARTÍCULO 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será mencionada por la Ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de Ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; éste plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la Ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la Ley Penal.

En toda orden de cateo, sólo..."

El anterior dispositivo Constitucional busca otorgar mayor claridad y precisión a éste precepto, por lo que se propone darle una estructura distinta comprendiendo once párrafos, dos más de los previstos originalmente.

Primer Párrafo.- Se mantiene el texto vigente de dicho dispositivo, mediante el cual se prevén los requisitos de competencia, fundamentación y motivación que expresan el principio de legalidad.

Segundo Párrafo.- Se refiere a las ordenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, señalándose las siguientes aportaciones:

a).- Se reafirma a la orden de aprehensión emanada de Juez como la regla general para que una persona pueda ser afectada en su libertad para los fines del proceso penal. A excepción de los párrafos cuarto y quinto.

b).- Se suprime la expresión "... o detención...".

c).- Se confirman la regla vigente en cuanto al requisito de precedencia de denuncia, acusación o querrela.

d).- Se establece que los requisitos procesales señalados en el inciso anterior se referían a un hecho determinado que la Ley señale como delito.

e).- Se sustituye el término "pena corporal" por el de "pena privativa de libertad".

f).- Otra aportación importante es la precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, estableciendo que deberán existir "datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado".

Tercer Párrafo.- Se trasladó al artículo 16 lo previsto en el tercer y cuarto párrafos de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional. Esta disposición se

refiere al término que tiene la autoridad ejecutora de una orden de aprehensión para poner al detenido a disposición del Juez.

Esta traslación obedeció a dos razones fundamentales:

1.- El plazo respecto a la puesta a disposición del detenido ante el Juez, al cumplimentarse una orden de aprehensión, lo cual será sin dilación ni demora alguna; con lo que se distingue de otros plazos.

2.- En segundo lugar, porque su inserción en el artículo 107 resulta asistemática, ya que lo dispuesto en las primeras diecisiete fracciones de dicho artículo se refieren a la materia de amparo.

Cuarto Párrafo.- Este párrafo contempla lo referente a la detención en los casos de delito flagrante realizada por cualquier persona, la cual tiene la obligación de ponerlo, sin demora alguna, a disposición de la autoridad inmediata y esta última, con igual prontitud, a disposición del Ministerio Público.

Quinto Párrafo.- Aquí se regula lo referente a detenciones en casos urgentes, señalándose como tales “cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia...”, pudiendo el Ministerio Público ordenar una detención fundando y motivando legalmente su proceder, pero lo anterior, bajo la más estricta responsabilidad de éste.

Sexto Párrafo.- Este dispositivo plantea que el Juez a quien se le consigne el detenido deberá inmediatamente calificar la legalidad o ilegalidad del acto concreto de la detención, ratificándola o revocándola, ordenando la puesta en libertad del detenido.

Séptimo Párrafo.- Se define claramente el plazo por el cual el Ministerio Público puede retener a un indiciado al ser puesto a su disposición, claro esta que en los casos de flagrante delito o en tratándose de casos urgentes, en tratándose de delito considerado como grave por la ley penal, llenándose un vacío legal que había dado lugar a variadas opiniones y tesis en dicha materia.

La segunda parte de este párrafo autoriza la duplicación del plazo de cuarenta y ocho horas, plazo referente a la puesta a disposición del indiciado ante la autoridad judicial, pero limitándola a los casos que la Ley prevea como delincuencia organizada; esta duplicación se adopta en razón de la dificultad y relevancia que implican la investigación de los delitos cometidos por bandas delictivas bien organizadas, tal y como de un tiempo a la fecha han venido surgiendo y propagándose.

ARTICULO 19.- Ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes para comprobar el cuerpo del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la Ley Penal. La autoridad responsable del lugar donde se encuentre internado el indiciado, al no recibir copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberá llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en inmediata libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o en el de sujeción a proceso.

Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato...”.

En la reforma a este dispositivo se observó la necesidad por motivos de coherencia, lo cual se sustenta en las siguientes razones:

a).- La necesidad de precisar que el plazo perentorio de setenta y dos horas sólo corre para el Juez a partir de la puesta a su disposición del consignado.

b).- La necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal.

c).- La necesidad por razones sistemáticas de traer al artículo 19 lo que disponían los párrafos primero y segundo del artículo 107, fracción XVIII.

d).- Establecer, en los términos que motivan la reforma de la fracción octava del artículo 20 Constitucional, que la garantía de plazo siempre es en beneficio del inculpado.

ARTÍCULO 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso pueden imponerse al

inculpado y no se trate de delitos por su gravedad la Ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberá ser asequible para el inculpado. En circunstancia que la Ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial; el Juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de Ley se derivan a su cargo en razón del proceso;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la Ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.-

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra;

V.- a VII.-

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por personas de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en

todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X.-

Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos límites que las leyes establezcan; Lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el defendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando se proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes.

La reforma propone sustituir el término “Juicio de orden criminal” por el de “proceso de orden penal”, por considerarse que esta expresión clarifica la fase de procedimiento penal que corresponda a la competencia del Juez. A mayor abundamiento se clarifica la vigencia de las garantías en la fase jurisdiccional.

I.- Amplia la garantía para que todo inculpado pueda gozar de la libertad caucional, se vuelve imperativo para el juzgador otorgarla siempre y cuando el inculpado la solicite, garantice el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele, salvo que su gravedad la ley expresamente prohibida obtener tal beneficio.

Ante esta situación, corresponderá al legislador ordinario plasmar en la ley secundaria un catálogo limitativo de conductas que de manera precisa permitan definir qué delitos tendrán que ser los contemplados para no obtener la libertad

caucional; Asimismo, se busca conciliar este derecho del inculpado con el interés de la víctima o el ofendido, a que se le garantice el monto estimado de la reparación del daño.

También se otorga facultad al juzgador para decretar la provocación de la libertad caucional, cuando el procesado incumpla en forma grave con las obligaciones que la propia ley secundaria señale. La reforma que se propone clarifica la garantía de que ningún inculpado podrá ser obligado a declarar, por lo que se elimina la expresión “en su contra”, a fin de evitar que la autoridad trate de menoscabar dicha garantía bajo pretexto de que sólo hasta que se conozca el contenido de la declaración se podrá definir si ésta es autoincriminatoria.

II.- La reforma contempla la prohibición de incomunicar, intimidar o torturar al inculpado. Toda confesión rendida ante autoridad diferente del Ministerio Público o del Juez o ante éstos, pero sin la presencia de su defensor, carecerán de todo valor probatorio.

IV.- Los careos sólo serán efectuados siempre a solicitud del inculpado y en presencia del Juez.

VIII.- Contempla los plazos en que debe concluir un proceso penal. Los términos constitucionales deben correr a su favor y nunca en su perjuicio.

IX.- Debe garantizarse el derecho a una defensa adecuada; la defensa podrá realizarse desde el inicio mismo del proceso por sí, por abogado o por persona de su confianza.

Se reafirma el derecho a la oportunidad de la defensa, ya sea por sí mismo, por abogado, o por persona de su confianza. En caso de no poder o no querer designar defensor, le será asignado uno de oficio. Así mismo, se le da derecho a

que su defensor comparezca a todos los actos del proceso, con la correlativa obligación de este último para comparecer cuantas veces se le requiera.

Último Párrafo.- La iniciativa elevada a nivel de garantía constitucional la protección de los de la víctima u ofendido, como expresión reunida en la solidaridad que la sociedad le debe al inocente que ha sufrido un daño ilegal.

ARTÍCULO 107.-

XVIII.- Se deroga.

Queda sin materia, la fracción que se comenta procede a su derogación.

ARTÍCULO 119.- Cada Estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquiera otra del delito, atendiendo a la autoridad de cualquiera otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán; con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para mismos fines, los Estados y el Distrito Federal, podrán celebrar convenios con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República.

Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo General, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las

leyes reglamentarias. En estos casos, en auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por setenta días naturales.

Por lo que hace el artículo 119 de nuestra Constitución en lo referente a las extradiciones interestatales, se busca agilizar la tramitación de las extradiciones interestatales sobre el principio de economía procesal y de reciprocidad entre entidades soberanas.

Se propone que el artículo 119 cuente con tres párrafos, señalándose en el primero la obligación que tiene cada Estado y el Distrito Federal de entregar sin demora a los indiciados o sentenciados de otra entidad, atendiendo a la autoridad que lo reclame.

El segundo párrafo, prevé las hipótesis respecto de los trámites de extradición en los casos ñeque hubiere orden judicial de aprehensión, y de flagrancia o urgencia, para lo cual se faculta que a través de convenios de colaboración y coordinación que celebren las entidades federativas, con intervención de sus respectivas procuradurías generales de justicia se instrumente a través de estos, entre otros aspectos, la entrega del indiciado sin demora alguna, el aseguramiento y entrega de los objetos instrumentos o productos del delito.

El párrafo tercero en el que se contempla lo relacionado con las extradiciones internacionales, la reforma que se propone faculta directamente al Ejecutivo Federal para que se realicen por su conducto, incluyéndose en este procedimiento la intervención de la autoridad judicial, en los propios términos de esta Constitución de los Tratados Internacionales y de las leyes reglamentarias. Para salvaguardar el respeto a sus derechos fundamentales, se ratifica que sólo un mandato judicial podrá posibilitar su detención, reproduciéndose el plazo de dos meses que prevé el texto vigente.

En relación con las reformas que sufriera nuestra Carta Magna, lo previsto en la fracción primera del artículo 20 entrará en vigor un año después de su publicación, de acuerdo con el “Decreto por el que se reforma los artículos 16, 19, 20 y 119 se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el Diario oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 1993; mientras tanto continúa vigente el texto anterior.

Las recientes reformas constitucionales traen consigo de manera inmediata, modificaciones a las legislaciones federales y locales en materia penal, pero el Ministerio Público sigue siendo una gran y fundamental institución que no siempre es bien recibida y acogida, con una dinámica irreprimible. En ocasiones renacen los abolicionistas, los enemigos de esta representación social, que propician en lo penal la acusación privada: la reducción de la acción pública a una acción particular o una mixta intermedia. Lo anterior en el excesivo número de “simuladores del derecho” que vician infinidad de veces la integración de las averiguaciones previas, abusando de la buena fe que rige a ésta Institución de Representación Social, entorpeciendo una eficiente procuración y administración de justicia. Para efecto de una adecuada procuración de justicia, es menester una continua preparación en los campos de criminalística y actualización con las reformas legales, además de una real autonomía en el desarrollo de sus funciones.

Lo anterior en mucho se ha avanzado, ya que tanto en materia federal, como en el fuero común, como en el caso del Estado de Guanajuato, se llevan a cabo seminarios y cursos de capacitación en materia de criminalística, balística y en general todas las materias que se relacionan con el funcionamiento del Ministerio Público, que le permita cumplir de manera satisfactoria sus funciones. En tratándose de la Policía, sus elementos de manera constante y permanente reciben curso de preparación para el buen funcionamiento de su cometido, así como de trato y atención al público para procurar el mayor respeto a sus garantías individuales, es decir a los derechos humanos; tratándose de evitar la corrupción y

el abuso de las facultades que constitucionalmente se le otorgan al Ministerio Público y a la Policía a su cargo y dependiente del mismo.

En esta Entidad de Guanajuato en los últimos años se han incrementado las estadísticas de consignaciones e integración de averiguaciones en contra de elementos de la Policía ministerial y Agentes del Ministerio Público, en virtud de que se condujeron de manera corrupta y deshonestas; cuestión similar a estado ocurriendo en toda la República mexicana.

TÍTULO V.

TEORÍA JURÍDICA DEL EJÉRCITO MEXICANO Y SUS LINEAMIENTOS.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES HISTÓRICO – JURÍDICOS DEL EJÉRCITO MEXICANO.

1.1. Consideraciones previas.

De las instituciones más interesantes en la existencia del Estado, sin lugar a duda, son sus Fuerzas Armadas, toda vez que en ellas se refleja el decurso histórico del mismo; no obstante lo antes citado, media un desconocimiento general hoy en día respecto al Ejército, a la Fuerza Aérea y a la Armada nacionales; lo anterior resulta por dos situaciones:

- A)** En el primer caso, la población no tiene interés en conocer una parte de sus estructuras nacionales, quizás de las más importantes, ya que en ellas se refleja el poder armado de un Estado; y
- B)** En el segundo caso, sucede que a veces los celosos mandos de las fuerzas militares, cierran sus círculos para no dar paso a quienes no forman parte de la comunidad castrense y esto lleva, necesariamente, a una carencia de conocimientos de la estructura, funcionalidad, tareas o funciones de los órganos mencionados.

Lo anterior trae como consecuencia que se pierda una parte de la cultura jurídica, al ignorar una actividad tan importante en la vida nacional, como lo es el conocimiento del Ejército y sus demás instituciones.

Cabe meditar si es necesario el estudio de la teoría jurídica del Ejército y de la disciplina de este cuerpo o instituto castrense, y ante tan seria interrogante, debe de afirmarse que es necesario realizarlo, ya que hoy en día se ha desfasado la función militar como el servicio de armas que la nación requiere, como para que este cuerpo castrense se adentre en actividades que no son de su competencia; ello hace que no se establezca una verdadera doctrina, ya que se usa al Ejército como un comodín que llena huecos en actividades de emergencia, sociales, de seguridad pública, ecológicas, etcétera.

Es necesario hacer un análisis de la Norma constitucional, a fin de actualizar aquellos preceptos que se refieren a las Fuerzas Armadas; más todavía, por medio de la Norma constitucional, se debe de trazar la esfera de competencia del Ejército estableciendo una limitante a otros órganos armados, en el sentido de no invadir actos ajenos a su competencia y darles funcionalidad en los fines del Estado, como lo hacen las naciones adelantadas.

Donde quiera que han existido fuerzas armadas organizadas, ha funcionado, tanto la jurisdicción militar así como el correspondiente estatuto jurídico-castrense, porque siempre ha sido facultad y obligación de quien detenta siempre ha sido facultad y obligación de quien detenta el mando, mantener la disciplina.

Dentro de la organización de los pueblos de la remota antigüedad, existían tanto la jurisdicción militar, así como normas específicas para regir las actividades de los militares.

El mayor número de los estudiosos de la materia coinciden que es en Roma y dentro de su derecho, en donde realmente encontramos las primeras disposiciones legales tendientes a regular la organización y el funcionamiento de la milicia. Fue también en Roma hizo su aparición la jurisdicción militar, la *castrensis jurisdictio*; creada específicamente, para conocer sobre los delitos cometidos por los miembros de las *centurias*, *cohortes* y *legiones* romanas.

El antecedente histórico legal más remoto que sobre los tribunales militares citan los tratadistas, resulta ser la “Ley Novena del Digesto”, disposición en la cual se estableció el principio de que los militares fueran juzgados por sus jefes; prohibiendo, consecuentemente, a las autoridades civiles intervenir, excepto, para el caso de asegurar o mantener en custodia al soldado que hubiese delinquido, consagrándose con este acto, una jurisdicción o fuero especial para los elementos de la milicia, cualquiera que fuera el delito cometido; y a la cual se le denominó *Castrensis Jurisdictio*.

El Derecho Militar y la jurisdicción castrense o “Fuero de Guerra”, como se le denomina constitucionalmente en nuestro “sistema jurídico”, tuvieron su origen en Roma, perfeccionándose como otras tantas disciplinas jurídicas al través del tiempo, hasta llegar a nuestro días.

1.2. La época Precortesiana.

Sin duda alguna este periodo en la historia de México, se muestra trazado por diversos pueblos, mismos que tuvieron verdaderas organizaciones militares, ya que era por la vía de las armas como lograban la hegemonía entre ellos mismos.

En virtud de ser un tema muy abundante el hablar de las distintas organizaciones militares en la historia de México, solo tomaremos en

consideración, para fines de nuestros comentarios, a los Aztecas, mismos que a consideración personal, resultan ser dentro del tema a tratar, el más importante.

Pues bien, los aztecas, sin menosprecio de las demás organizaciones de su tiempo, fue un pueblo que alcanzó una avanzada y verdadera organización castrense que le permitió dominar por mucho tiempo el espacio territorial que constituye la hoy República Mexicana.

Así, se estableció este poderoso pueblo en lo que sería la Gran Tenochtitlán, siendo su fundador un jefe sacerdotal llamado "*Tenoch*". La supremacía de los aztecas se fincó en su Ejército y la guerra era la actividad más prevaleciente; sin embargo, dicha actividad castrense estaba vinculada a la religiosa, ya que *Huitzilopochtli* o *Mexitli* era el dios de la guerra, que cuando los mexicanos entraban en combate, lo invocaban; dice Francisco Javier Clavijero:⁴⁵ "Cuando los mexicanos determinaban hacer la guerra, imploraban la protección de aquella divinidad con oraciones y sacrificios. Era el dios a que se sacrificaba mayor número de vidas humanas".

Pero no era el único dios que se invocaba en materia bélica, tenían también a *Tlacahuepan-Cuexcotzin*, considerado dios de la guerra y hermano menor de *Huitzilopochtli*; también estaba como deidad *Panailton*, que era invocado en casos de guerras inesperadas o rápidas, en donde los sacerdotes corrían por las calles invocándolo y llamando a gritos a los militares, quienes deberían tomar las armas inmediatamente; a este dios se le sacrificaban animales.

Dentro de la sociología de la época, la clase militar era la que gozaba de mayores prebendas, junto con la sacerdotal y para ser soldado, o bien mediaba una dinastía, o se formaban en la escuela militar llamada el *Telpuchcalli*.⁴⁶

⁴⁵ Clavijero Francisco J., *Historia antigua*, Ed. Editora Nacional, México, 1970, p. 284.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 8.

Algún egresado de la misma, por sus hazañas de valor en la guerra, podía alcanzar altos grados militares. El centro de educación militar estaba mandado por el *Telpochtlato*, o sea el instructor de mancebos, quienes eran adiestrados en el manejo de las armas; respecto a los alumnos de este centro, se dice que:

“Estaban sujetos a una férrea disciplina que los convertía en verdaderos combatientes; además, estaban condenados a terribles castigos si se embriagaban, o se les encontraba con una mujer y hasta la simple negligencia se penaba, variando los castigos desde quemarles los cabellos con teas de ocote hasta la muerte. La educación militar en el *Techpolcalli*, podría sintetizarse así: El *Telpochtlato*, enseñaba a los alumnos el manejo de las armas para lo cual golpeaban a manera de esgrima con sus macanas sobre unos postes hincados en tierra. Para entrenarse en el uso del arco y la flecha, con mucha frecuencia organizaban cacerías”.⁴⁷

Otro centro educativo, lo fue el *Calmécac*, que estaba destinado a los hijos de los altos dignatarios. En esta escuela se les preparaba entre otras actividades prevalentes para la guerra y la educación que recibían era privilegiada y especial totalmente diferente al *Techpulcalli*, ya que sólo los privilegiados deberían de acudir a éste.

“Dentro de la enseñanza en el *Calmécac*, estaba el hablar bien a los usos de su clase, la historia de su pueblo, aritmética, astrología y cronología, complementándose todos estos estudios con un adiestramiento en el manejo de las armas. Cuando ya tenían edad suficiente, concurrían al campo de batalla, llevando en su mano una lanza y a su espalda el chimal, el arco y las flechas de su maestro en el campo de la lucha.”⁴⁸

⁴⁷ Gutiérrez Santos Daniel, Historia militar de México, Ed. Ateneo, México, 1961, Tomo I. p. 23.

⁴⁸ *Idem*, p. 30.

Los que estudiaban y se preparaban en el *Calmécac*, se consagraban a *Quetzalcóatl*, en cambio los que se preparaban en el *Techpulcalli*, eran consagrados a *Tezcatlipoca*. Sin embargo, entre ambos centros docentes, mediaba una rivalidad que era positiva y hacía surgir grandes guerreros; inclusive durante el mes *Atemoztli*, los jóvenes del *Calmécac* y los del *Telpochcalli* se arrojaban unos contra otros en combates simulados.⁴⁹

Este pueblo tenía gran estima para la carrera militar y todos los jóvenes desde temprana edad, debían de ser instruidos en ella, al grado que se pasó en muchas ocasiones, del mando del Ejército al trono.

El régimen era monárquico y el rey recibía el nombre de *Tlatoani*, o sea el orador, siendo el mando supremo y una autoridad absoluta, teniendo la monarquía el carácter hereditario, ya que sólo podían subir al trono los miembros de la familia real. Entre los requisitos indispensables para poder ser monarca, quien pretendía serlo, tendría que acreditar: ser valiente, estar ejercitado en cosas bélicas, ser prudente y sabio y haber sido educado en el *Calmécac*.⁵⁰

Existía un consejo supremo de gobierno o *Tlatocan*, que se integraba por cuatro miembros.⁵¹

- 1) El Cihuacóatl.
- 2) El Tlacoachcalatl.
- 3) El Teotecutli, y
- 4) El Hueicalpixqui.

Los cargos que podemos considerar como equiparables a nuestra legislación vigente respecto del Ejército, son: el mando supremo que correspondía al *Tlatoani*,

⁴⁹ Soustelle Jacques, *La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la Conquista*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1953, p. 175.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Alba Carlos H., *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*, Ed. Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949, p. 8.

hoy equivale al presidente de la República y el alto mando referido al *Tlacochoatcatl*, que se equipara al secretario de la Defensa Nacional.

Existía la jerarquía militar y el más alto grado en el Ejército correspondía a los generales, estableciéndose una escala descendente del grado antes mencionado, hasta llegar al soldado.

Los guerreros tenían sus dignidades, o sea las preseas logradas en combate, dichas preseas variaban de conformidad al número de prisioneros logrados en combate. Ahora bien, las preseas también variaban dependiendo del lugar de donde había egresado el guerrero que se hacía acreedor a la misma.

Inclusive y de conformidad a lo antes dicho, cabe destacar de manera meramente ilustrativa que, las máximas preseas que podía obtener un guerrero egresado del *Calmécac*, lo eran, en el caso de capturar cinco prisioneros, recibir la distinción de ser Caballero Águila, pudiendo llevar un casco con figura de esta ave; y en el caso de capturar seis enemigos o más, recibía la distinción de ser Caballero León o *Miztli*, y usaba un casco con la figura de este animal. De lo anterior podemos inferir que, en la actualidad, la Procuraduría General de la República y en especial la Agencia Federal de Investigaciones, antes Policía Judicial Federal, se encuentra tan influenciada por mandos militares, que inclusive en el escudo de dicha Agencia Federal lo es, dos cabezas de perfil, una cabeza de un Caballero León con la vista hacia su izquierda y otra de un Caballero Águila con la vista hacia la derecha, y una balanza que une ambas cabezas por su parte anterior.

Las armas y los servicios dentro del Ejército mencionado, eran las primeras: de infantería, honderos y flecheros en canoa. Tenían una industria militar, así como un servicio de justicia militar, funcionando dos tribunales: el *Tecpicalli* y el *Tequihuacacalli*; el primero, llamado Tribunal Militar de la Nobleza, juzgaba a soldados de alto rango que cometían delitos contra la disciplina militar y el segundo era el Tribunal Militar, encargado de juzgar a guerreros de baja jerarquía.

Los delitos militares tipificados eran los de insubordinación, de indisciplina, de abandono de puesto, de desertión, de cobardía o el de abandono del príncipe en guerra, dejándolo caer en manos del enemigo; también el de espionaje, el de traición, de falsos informes, de robo y falsedad. Por regla general la pena era de muerte.

Además, contaban con un servicio de sanidad militar, que era el encargado de curar a los heridos en combate. Los aztecas tenían un servicio de Inteligencia que prestaban los mercaderes, quienes hacían funciones de militares.

La misión principal de los mercaderes, en relación con la guerra, era la información de carácter militar sobre los lugares que visitaban para sus negocios; en las relaciones que hacían con otros pueblos, eran recibidos como embajadores, siendo siempre su misión en son de paz.

El Servicio de Transmisiones que tenían los aztecas, se realizaba por medio de instrumentos rudimentarios o bien correos volantes, en donde ciertos hombres hacían grandes recorridos en carrera propiamente de relevos, pereciendo muchos en tales cometidos; los instrumentos que usaban, eran el caracol, tambores o los pitos hechos de hueso.

El servicio de transportes del Ejército azteca, atendiendo a que no usaban bestias de carga para el traslado de sus bagajes militares, tenía un grupo de individuos que eran llamados *Tamemes* y llevaban a cuestas durante las campañas los arreos necesarios para la guerra. Se requería un verdadero *casus belli*.

Los aztecas hacían sacrificios antes de comenzar la batalla. Concluido el combate, ya en derrota o en victoria, se hacía un correo a la Gran *Tenochtitlan* de posta en posta, para dar a conocer la noticia al soberano y a toda la comunidad.

1.3. De la Colonia al México Independiente.

1.3.1. La Colonia.

A continuación citaré de manera muy breve y concreta, solo algunos puntos que considero de importancia, dejando de lado detalles que aunque resultan también importantes no entraremos en detalle, dado a que no es parte de la finalidad de el presente estudio.

Durante el Virreinato se estableció, como base de la organización militar, lo edificado en la Conquista; y no medió un Ejército organizado, sino que la defensa del territorio de la Nueva España se dio a los encomenderos, con milicias improvisadas. No obstante ello, se desencadenaron diversos disturbios, atentados y conspiraciones hacia los virreyes, así como políticas de expansión y de defensa.

Militarmente, la Nueva España solo contaba con guarniciones defensivas como lo eran San Juan de Ulúa y el fuerte de San Diego, así como los presidios que se encontraban en el norte, con escasas tropas, que únicamente eran de presencia rimbombante, pero sin corte militar verdadero.

En el año de 1760, la Nueva España se vio amenazada por un inminente estado de guerra con Inglaterra y España, haciéndose cargo de la Colonia el teniente general Joaquín de Monserrat, marqués de Cruillas, quien ordenó las disposiciones necesarias de defensa en el castillo de San Juan de Ulúa.⁵²

La verdad es que existía poca vocación para la actividad de las armas, e inclusive la mayoría huía el tener que reclutarse y más aún retirarse de donde vivían.

⁵² Gutiérrez Santos Daniel, Historia militar de México, Edit. Ateneo, México, 1961, Tomo I. p. 386.

El virrey era considerado como el capitán general de los Ejércitos de la Nueva España y dentro de sus obligaciones estaban las de prevenir rebeliones, la defensa costera por el Golfo de México y por el Pacífico, las exploraciones a tierra no colonizada y la expansión territorial.⁵³

El virrey, con la aprobación del monarca español, crea mediante la ayuda del teniente general Juan de Villalba y Angulo como inspector y comandante de las Fuerzas Armadas de la Nueva España, un cuerpo militar compuesto por cinco mariscales de campo, 50 jefes y oficiales peninsulares y 2000 soldados mercenarios que se encuadran en las Unidades de la Colonia. Se recluta a gente de las poblaciones.⁵⁴

Dentro de la Nueva España, se emitieron algunas disposiciones propias que se amoldaron a las circunstancias reales de la época, al respecto se dio aplicabilidad al Bando de 8 de Septiembre de 1801, que publicó la real orden de 8 de Diciembre de 1800 sobre el fuero militar.

Otra de las disposiciones verdaderamente importantes dentro de la Nueva España, fue la Real Ordenanza Naval para el Servicio de los Báseles de su Majestad; dicha disposición es un antecedente del Código de Justicia Militar, pues en él contiene disposiciones eminentemente disciplinarias a los delitos militares, así como los castigos que se le imponen a los mismos, no obstante que este cuerpo de leyes trata de la Marina como fuerza militar.

Un antecedente del ejército de la Colonia, lo fue el Real Regimiento de América, habiendo llegado de España 15 oficiales distinguidos y 70 elementos de tropa en el año de 1766 y en 1768, fundando algunas unidades militares virreinales.

⁵³ Rubio Mañe José Ignacio, *El Virreinato*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1983, Tomo I, p. 113.

⁵⁴ *Idem*.

También se establecieron sistemas militares defensivos, tales como fuertes y alojamientos, entre las que destacan por su importancia las fortificaciones costeras de San Diego, Acapulco, y el Castillo de San Juan de Ulúa.

1.3.2. México Independiente.

Cabe mencionar la primera fuerza revolucionaria que se organizó para luchar por la Independencia de México, como fue la turba de gente desordenada que don Miguel Hidalgo y Costilla encabezó en el curato de Dolores, hallándose entre ellos gente del pueblo, los presos de la cárcel y la tropa española, al mando del sargento mayor osé Antonio Martínez.

Hidalgo tuvo el grado de capitán general y posteriormente el de generalísimo; sus lugartenientes lo siguieron y comenzó a señalar grados, dando preferencia a los soldados del Regimiento de la Reina que se habían aliado al movimiento insurgente. De igual manera don Miguel Hidalgo emite Bandos de Guerra.⁵⁵

Por otro lado, es de resaltar que en esa época mediaron dos bandos, los insurgentes y los españoles, cada uno de ellos impuso su legislación y organización respecto de sus Fuerzas Armadas, con sello y caracteres propios.

Consumada la independencia, por decreto del 5 de Octubre de 1821, contenido en el Plan de don Agustín Iturbide, establece en su artículo 16 que se forme un ejército protector que se denominará: de las Tres Garantías y que se sacrificará del primero al último de sus individuos, antes que sufrir la más ligera infracción de las dignidades militares.

⁵⁵ Castillo Ledón Luis, Hidalgo, la vida del Héroe, Ed. Talleres Gráficos de la Nación, México, 1949, p. 35.

La regencia del Imperio de Iturbide, crea una Ley llamada del Establecimiento de los Ministerios, que contiene la forma de organizarse y actuar de todos los despachos en las diferentes ramas de la administración de la época; así, se crea la Secretaría de Estado y del Despacho de Guerra y Marina el 08 de Noviembre de 1821; y el 14 de Noviembre de ese mismo año se emite un decreto que nombra a Iturbide como generalísimo almirante, teniendo el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

Más tarde, don Mariano Michelena miembro del triunvirato Ejecutivo de la República, en decreto de 26 de Agosto de 1823, crea el Colegio Militar; y por último, el 03 de Agosto de 1822, se crea el reglamento de la Milicia Cívica, que comprendía a los ciudadanos de 18 a 50 años para realizar servicio en esta corporación.

1.4. De la Constitución de 1824 a la Constitución de 1857.

1.4.1. La Constitución Federal de 1824.

Con la finalidad de no abundar sobre el tema, más que lo estrictamente necesario, únicamente se hará breve referencia de los puntos importantes que tienen relación con la materia militar, en cualquiera de sus aspectos.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, establece en materia militar diversas disposiciones legales, comprendiéndose en ellas las facultades del congreso general respecto del ejército y funciones castrenses:

Artículo 49.- “Sostener la Independencia nacional...”

Artículo 50.-

Fracción 18, “Designar la fuerza armada de mar y tierra...”

Fracción 19, “El formar reglamentos para organizar, armar y disciplinar la milicia...”

En tanto a las disposiciones constitucionales en que se incluyen las atribuciones del presidente y restricción de sus facultades, relacionadas con el ejército y la disciplina castrense:

Artículo 110.-

Fracción 6, “Nombrar los jefes... los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército permanente, milicia activa y Armada con aprobación del Senado y en sus recesos del consejo de gobierno...”

Fracción 10, “facultad para disponer de la milicia local”; y

Fracción 12, “declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos...”

Ahora bien, es importante citar de manera meramente ilustrativa, que “existía un tribunal que tuvo relación con el fuero militar y tuvo fines frecuentemente políticos, de represión, contra rebeldes y revoltosos. Llegó a incluirse en ellos a cierta clase de abogados, a los que se llamaba tinterillos y huizacheros, que con fines políticos eran perseguidos hasta principios de la República liberal”.⁵⁶

1.4.2. La Constitución Federal de 1857.

⁵⁶ Poder Judicial de la Federación, La Suprema Corte de Justicia. Sus orígenes y primeros años 1808-1847, México, 1986, p. 69.

En la segunda mitad del siglo XIX, se promulgaron diversas disposiciones legales tanto para el Ejército, como para la Armada.

El 5 de febrero de 1857, entra en vigor la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que en materia militar comprende disposiciones que limitan y regulan así a sus funciones específicas, que han sido, son y deben ser, la seguridad interior y la defensa exterior de la federación.

La Constitución de 1857, mantuvo básicamente los mismos principios de la Constitución de 1824; mismos que hasta la fecha imperan.

La reforma más relevante fue la que se refería al Fuero de Guerra, **Artículo 13**, al fijarle a los tribunales militares una competencia restringida a efecto de que sólo conocieran de los delitos y las faltas en contra de la disciplina militar, retirándoles a estos órganos jurisdiccionales la amplísima competencia que tenían para conocer de los demás negocios judiciales de los miembros de las fuerzas armadas.

Uno de éstos se refería al cumplimiento de las deudas (obligaciones comunes) de los militares, únicamente sirvió para que los miembros de las fuerzas armadas, abusando de su poder y posición dejaran de pagar los créditos a su cargo.

Artículo 23.- “impone la pena de muerte para los delitos graves del fuero militar”

Artículo 26.- “prohíbe a los militares en tiempo de paz exigir alojamiento, bagajes, servicios reales o personales sin el consentimiento del propietario y en tiempo de guerra sólo en los términos de la ley impone la pena de muerte para los delitos graves del fuero militar”.

Artículo 35.- “como prerrogativas del ciudadano, otorga la de tomar las armas en el Ejército o en la Guardia Nacional para la defensa de la república y de sus instituciones”.

Artículo 36.- “señala como obligación de los ciudadanos de la república alistarse en la guardia nacional”.

Artículo 74.- Destaca las facultades del congreso, entre las cuales podemos encontrar:

1.- Ratificar los nombramientos de los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército y Armada nacionales;

2.- Declarar la guerra en vista de los datos que le proporcione el Ejecutivo;

3.- Permitir la salida de tropas nacionales, levantar y sostener al Ejército y Armada de la Unión para reglamentar su organización y servicio , dar normas para armar y disciplinar la Guardia nacional, reservando a los ciudadanos que la formen, los nombramientos respectivos.

Artículo 85.- Refiere a las atribuciones del Presidente de la República, encontrando las siguientes: Nombrar con aprobación del Congreso a los Coroneles y demás oficiales superiores del Ejército y Armada Nacionales, así como nombrar a los demás oficiales de ambas instituciones, la de disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación, disponer de la Guardia Nacional, para los fines de la anterior y declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa aprobación del Congreso de la Unión.

Artículo 122.- En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las ,que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del gobierno federal o en los campamentos, cuarteles o depósitos, fuera de las poblaciones en donde se estableciere la estación de las tropas.

1.5. Diversas leyes militares de finales del siglo XIX.

1.5.1. Legislación del Ejército de 1857 – 1900.

Se expidieron con posterioridad a 1857 diversas disposiciones tendientes a organizar a las dos fuerzas armadas existentes en aquella época, el Ejército y la Marina de Guerra, que sólo existía en el papel.

La Ley de Organización del Ejército y Armada de la República Mexicana de 1896, pretendió establecer el número total de los efectivos de las fuerzas armadas mexicanas. El órgano superior de los tribunales militares y al cual se le denominó Suprema Corte Militar.

Se procedió a verificar la codificación de las normas del derecho penal militar, se realizó durante los años de 1852 a 1899, período en el cual se promulgaron cuatro Códigos de Justicia Militar, así como uno, que formó parte integrante de la ordenanza de 1881. en el siglo pasado existieron cinco Códigos Penales Militares, con sus correspondientes Leyes Orgánicas y de Procedimientos. En los últimos diez años del siglo pasado se expidieron el mayor número de disposiciones legales para las fuerzas armadas mexicanas. Esta situación fue contraria desde el punto de vista práctico, toda vez que al admitir diversas doctrinas el resultado final fue el de que los principios generales y básicos de nuestro incipiente Derecho Militar se perdieran.

1.5.2. Legislación del ejército de 1900-1929.

1.5.2.1. Etapa inicial.

Podemos señalarlo muy rápidamente de la siguiente manera:

1) **Ley Penal Militar**, misma en donde, como su nombre lo señala, quedó consignado todo lo relativo a la materia penal militar.

2) **La Ordenanza General del Ejército**, misma que se encontraba en vigor desde 1882, y en donde se encontraba consignado todo lo relativo a la disciplina del Ejército.

Respecto de La Ordenanza General del Ejército, cabe hacer puntual comentario en que el cinco de enero de mil novecientos doce, mediante decreto número 409 se facultaba al titular del Ejecutivo Federal para que se introdujera todos los cambios y modificaciones que se requirieran para la mejor organización y funcionamiento del Ejército y Armada Nacionales.

El citado ordenamiento estuvo compuesto por seis tratados:

El tratado Primero, contenía normas sobre reclutamiento, comprobación, ajuste y cómputo de los servicios, retiros y pensiones, premios y recompensas, corporaciones de procesados y aprehensión de desertores; el Segundo, contenía lo inherente a los deberes militares y normas disciplinarias; el Tercero, se refería a normas orgánicas, tales como la orden y sucesión de mando, cargos y comisiones, ceremonial, honores, obligaciones de los oficiales depositarios y forrajistas y Junta de Honor, antecedente de los actuales Consejos de Honor. En el tratado Cuarto, había normas sobre ascensos, postergas y licencias, patentes y nombramientos, inspecciones, etc.; en el Quinto, se reglamentaba lo relacionado con los diversos

servicios de guarnición, esto es, lo inherente a la protección y defensa de una plaza militar de determinado valor estratégico, tal y como son los diferentes servicios de guardia, destacamentos, publicación de bandos militares, partidas, retenes, marchas, procedimientos para ejecutar la pena de muerte y otros.

Finalmente, del Tratado Sexto, se reguló lo relacionado con el servicio de campaña, estableciendo la organización de un cuerpo de Ejército, Mando del mismo, Estado Mayor, Cuartel General y sus servicios de salvaguardias, prebostes y administración, capitulación, botín de guerra y demás reglas aceptadas por el Derecho Internacional para un estado de beligerancia.

1.5.2.2. Legislación de 1926-1929.

En el año de 1926 siendo Presidente de la República el General don Plutarco Elías Calles, también en uso de facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo Federal, mediante decreto del Congreso de la Unión de fecha 7 de enero del mismo año, se expidieron las siguientes leyes:

- Orgánica del Ejército Nacional;
- De Ascensos y Recompensas del Ejército Nacional;
- De disciplina del Ejército y Armada Nacionales; y
- De Retiros y Pensiones del Ejército y Armada Nacionales.

Además se dictaron diversos reglamentos, entre los que destacan:

- El de Deberes Militares;
- Servicio Interior de los Cuerpos de Tropa;
- Del Ceremonial Militar;
- De las Comandancias de Guarnición y Servicios de Plaza;

Con la creación de aquellas leyes y reglamentos, se pretendía acabar con la caótica situación jurídica que imperaba hasta ese momento para las fuerzas armadas, principalmente el Ejército, el cual se regía por las disposiciones de la Ley Orgánica de 1900, la Ordenanza General de 1911, y otras disposiciones legales.

La Ordenanza General del Ejército no obstante su derogación tácita, mediante un decreto del Ejecutivo Federal, se dispuso que este ordenamiento tendría el carácter de reglamentario (supletorio, suponemos que quiso asentarse).

Pero la actividad reformista no terminó y así, se penso en la necesidad de reformar también la legislación penal militar y en 1929, empezaron a regir tres leyes:

- La Orgánica del Ministerio Público y Cuerpo de Defensores Militares;
- La Orgánica de los Tribunales Militares y la Procesal del Ramo; y
- La Ley Penal Militar de 1901.

1.6. La época contemporánea y el Fuero de Guerra.

1.6.1. La época contemporánea.

Se puede mencionar que este periodo del Ejército se inicia con la pacificación del país, terminándose las revueltas ocasionadas por la Revolución mexicana y coincidiendo con la creación del Código de Justicia Militar vigente. Importante es destacar la participación de nuestro país en la Segunda Guerra Mundial; ante la inminente amenaza de que México entraría en la conflagración el 31 de agosto de 1942, se emite el decreto que instituye la Defensa Civil, que imbuye a diversos sectores del país.

Hoy en día, el Ejército mexicano se integra por 12 regiones y 42 Zonas Militares y se compone de un mando supremo que radica en el presidente de la República, un alto mando que se encuentra fincado en el Secretario de la Defensa Nacional y los órganos del mando.

Ahora, cabe tratar sobre las leyes vigentes en el instituto armado, que son: 12 doce leyes y 36 treinta y seis reglamentos, independientemente de decretos, acuerdos presidenciales y manuales. A manera de cultura jurídica general me permito enumerar cada uno de ellos.

1.6.1.1. Leyes vigentes del Instituto Armado.

- 1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea.
- 3.- Ley de disciplina del Ejército y Fuerza Aérea.
- 4.- Código de Justicia Militar.
- 5.- Ley del Servicio Militar Nacional.
- 6.- Ley para la Comprobación, Ajuste y Cómputo de Servicios en el Ejército Nacional.
- 7.- Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacionales.
- 8.- S. N. C.
- 9.- Ley de Asensos y Recompensas.
- 10.- Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
- 11.- Ley que crea la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea; y
- 12.- Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

1.6.1.2. Reglamentos vigentes del Instituto Armado.

- 1.- Reglamento Interior de la Secretaria de la Defensa Nacional.
- 2.- Reglamento para el pago de haberes y estancias a los procesados y sentenciados.
- 3.- Reglamento para las escoltas de trenes.
- 4.- Reglamento para la organización y funcionamiento de los consejos de honor en el Ejército.
- 5.- Reglamento para el servicio de justicia militar.
- 6.- Reglamento de la dirección de archivo Militar
- 7.- Reglamento para las comisiones inspectoras del Ejército.
- 8.- Reglamento de la inspección general del Ejército.
- 9.- Reglamento de las comandancias de guarnición y servicio militar de plaza.
- 10.- Reglamento de transportes marítimos militares.
- 11.- Reglamento general de las comisiones receptoras de materiales de guerra.
- 12.- Reglamento para la expedición de órdenes de transportes en tiempo de paz.
- 13.- Reglamento general de deberes militares.
- 14.- Reglamento de reclutamiento para el personal de tropa del Ejército y Armada Nacionales.
- 15.- Reglamento para el servicio interior de los cuerpos de tropa.
- 16.- Reglamento del cuerpo especial de bandas de música del Ejército.
- 17.- Reglamento del ceremonial militar.
- 18.- Reglamento del servicio de identificación militar.
- 19.- Reglamento de la Policía Judicial Militar.
- 20.- Reglamento del Hospital central Militar.
- 21.- Reglamento general para el servicio de sanidad militar.
- 22.- Reglamento de la Ley del Servicio Militar Nacional.
- 23.- Reglamento para la aplicación de pagos especiales personal del Ejército.

24.- Reglamento para la expedición de tarjetas de identidad a miembros del Ejército.

25.- Reglamento de la Escuela militar de Enfermeras.

26.- Reglamento para el servicio del cuerpo de ingenieros.

27.- Reglamento del Heroico Colegio Militar.

28.- Reglamento de la Escuela Militar de Aviación.

29.- Reglamento general de regiones y Zonas Militares.

30.- Reglamento para la Escuela de Oficiales de Sanidad.

31.- Reglamento de la Escuela Superior Guerra.

32.- Reglamento general del Servicio de Transmisiones.

33.- Reglamento de la Ley general de Armas de Fuego y Explosivos.

34.- Reglamento de uniformes y divisas.

35.- Reglamento de la Escuela Medico Militar.

36.- Reglamento de la Escuela Militar de Ingenieros.

En tanto a la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, señalaré únicamente que este ordenamiento jurídico fue innovador al haber incluido y reglamentado la organización y el funcionamiento de la Fuerza Aérea Mexicana, la cual resulta ser la tercera fuerza armada nacional.

La ley anteriormente mencionada fue abrogada por otra con el mismo título en 1986.

El 28 de Diciembre de 1932 se expide el actual Código de Justicia Militar que entró en vigor el 1º. de Enero de 1934, que determina que la justicia militar se administra por: el Supremo Tribunal Militar, los Consejos de Guerra Ordinarios, los Consejos de Guerra Extraordinarios y los jueces militares; siendo auxiliados en

jurisdicción de apoyo por los jueces penales del orden común y aparte, en forma directa, por la Policía Judicial Militar y la policía común.

El Supremo Tribunal Militar se integra por un presidente y cuatro magistrados, el primero de ellos general de brigada y militar de arma y los magistrados igualmente generales de brigada, letrados en derecho; se hace notar que es importante y necesario que el presidente de este órgano jurisdiccional deba de ser un abogado y no militar de carrera, ya que la presidencia de tal órgano, la debe de tener un especialista en la ciencia del derecho.

En la influencia de la cultura latina y Temis, diosa de la justicia, fue la primera mujer de Zeus, con la que engendró tres hijas, a quienes llamaron Cloto, que gobernaba el presente que a cada instante se va viviendo; *Laquesis*, quien reinaba en el porvenir, donde el fin se manifiesta en todas las cosas y *Atropos* que regía el pasado que es irrevocable.

Temis y sus tres hijas significaban el poder que vela sobre el destino del hombre, desde que nace hasta que muere; con el tiempo, sus hijas se transformaron y hasta el nombre cambiaron por *Eunomia*, que representaba la legalidad, la observancia de la ley; dice que personificaba a la justicia y a la equidad e Irene que representaba la paz; Temis tenía un auxiliar que era el dios de la guerra, llamado entre los griegos Ares y con la conquista del pueblo romano sobre éstos, la cultura fue a la inversa formando parte del botín las deidades helénicas y cambiando los nombres tan sólo, pues el auxiliar de Temis se convirtió en Mars quien, posteriormente, fue llamado Marte, dios de la guerra.

1.6.2. El Fuero de Guerra.

En el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece el fuero de guerra para los delitos y las faltas contra la

disciplina militar, constituyendo toda una esfera de competencia que tiene caracteres especiales para poder sostener a los órganos que le dan garantía de ser al Estado y al orden jurídico vigente, como son las instituciones de Defensa Nacional, llámese Ejército, Fuerza Aérea y Armada nacionales.

Existe el fuero de guerra, toda vez que por medio de la disciplina militar se debe de mantener incólume el régimen que prevalece en el seno de las organizaciones militares; así, quien contraviene la disciplina militar, que debe de ser necesariamente un militar, lo hace por medio de actos u omisiones, que igualmente presentados en intensidad, pueden caer en lo que la doctrina llama gravísimos, graves, leves y levísimos.

El artículo 13 de la Constitución de la República dice entre otras cosas: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los Tribunales Militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército". De lo anterior se hace hincapié en el comentario de este precepto de la Norma fundamental, que sólo se refiere a las personas del "Ejército", pero no así a quienes pertenecen a la Fuerza Aérea o a la Armada de México, la razón es que el Constituyente al crear dicho enunciado, sólo incluyó a los miembros de las fuerzas de tierra, porque los que ahora pertenecen a las instituciones de aire y de mar, en su época estaban en una existencia incipiente, inclusive no había fuerza de aire, por lo que se precisa hacer hoy en día la reforma constitucional a dicho numeral, para que en lugar de decir: "personas pertenecientes al Ejército", diga: "personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas"; y se hace necesaria la interrogante: ¿quiénes cumplen con su Servicio Militar en edad de conscripción, o como remisos, están sometidos al fuero castrense? La respuesta es que en el Código de Justicia Militar, en el artículo 275 cuarto párrafo, se define el delito de insumisión de la siguiente manera: "Comete el delito de insumisión, el conscripto que por virtud del sorteo le corresponda prestar servicio activo y no se presente a la autoridad respectiva, dentro del plazo señalado para ser encuadrado en las unidades del Ejército". Actualmente, dicho precepto

punitivo no se aplica por política gubernamental, toda vez que no sólo para las Fuerzas Armadas sería colocarse en una situación difícil si se procesare a un joven conscripto, sino que para el presidente de la República como jefe máximo de las fuerzas de Defensa Nacional, sería quedar en entredicho si mediase la aplicación de tal enunciado; esto es incorrecto, pero real en la práctica.

Bien es cierto que la legislación jurídico-militar necesita una actualización, atendiendo a que el Código de Justicia Militar es una norma que no ha tenido actualizaciones de fondo, pues data del año de 1933; inclusive usa términos verdaderamente obsoletos, como son el referirse a la Secretaría de Guerra y Marina; además, existen delitos que deben de ser derogados en cuanto a los elementos del tipo, a fin de poder actualizarlos para las exigencias de un Ejército moderno.

El Código de Justicia Militar es la norma reguladora y reglamentadora del llamado Fuero de Guerra, cuyo objeto fue agrupar normas dispersas respecto a la organización y funcionamiento de la jurisdicción militar, los Tribunales Militares; la parte general o doctrinaria del Derecho Penal Militar; los preceptos referentes a los delitos en contra de la disciplina castrense y sus respectivas penas; y el procedimiento ante los órganos encargados de la administración de la justicia.

Este código, derogó las diversas leyes de 1929.

El ordenamiento legal que venimos comentado había sufrido muy pocas modificaciones, y es en los años de 1993 y 1994, cuando se procede a reformarlo y adicionarlo.

CAPÍTULO II.

TEORÍA JURÍDICA Y ANÁLISIS TELEOLÓGICO DE LAS FUERZAS ARMADAS.

2.1. Naturaleza Jurídica de las Fuerzas Armadas.

En la Constitución encontramos que para referirse a las fuerzas armadas se emplea el término Ejército en los artículos 13, 35 fracción IV, 55 fracción IV, 58 y 82 fracción V y lo mismo acontece en el Código de Justicia Militar, en donde en multitud de preceptos se utiliza el término Ejército, como sinónimo del de fuerzas armadas.

Nuestras fuerzas armadas, como ya expresamos resultan ser por disposición constitucional cuatro: La Armada de México o marina de guerra; el Ejército Mexicano *stricto-sensu*, o fuerza armada terrestre; y la Fuerza Aérea Mexicana o ejército del aire fuerzas de índole federal y de carácter permanente directamente subordinadas al titular del Ejecutivo Federal.

La cuarta fuerza armada, la constituye la hoy inexistente Guardia Nacional prevista en los artículos 31 fracción III, 35 fracción IV, 36 fracción II, 73 fracción XV, 76 fracción I, y 89 fracción VII Constitucionales.

Siguiendo estas ideas concluiremos que las fuerzas armadas tienen carácter institucional, desde el momento en que son una organización fundamental y permanente del Estado con un fin perfectamente establecido y que en su favor cuentan' con la anuencia y aceptación de la colectividad, la cual por su parte, está convencida de la necesidad de su existencia así como de su sobrevivencia;

situación que ha sido admitida en distintas épocas y por diferentes generaciones. Con el objeto de precisar nuestra opinión, nos servimos de los argumentos expuestos por el maestro Véjar Vázquez quien sostiene: ... la naturaleza constitucional del ejército quedó plenamente confirmada en nuestro medio, desde que, acogida la institución en las cartas magnas dentro del sistema democrático fundado en el principio de la nación en armas, se estableció a cargo de todo hombre, junto con el deber económico de precisar la contribución y el impuesto, el deber de defender a la patria, creando para ello su tributo obligatorio de sangre.

2.2. Concepto de Ejército.

La palabra Ejército, se deriva del latín "*Exercito*", "*Exercitus*", que significa ejercitar, activo, agitado; "lo anterior no es más que el ejemplo vibrante del contenido de esta palabra. Ejército, sinónimo de actividad constante; de ejercicio consuetudinario, de dinámica pura, de preparación habitual y ambiciosa para cumplir con las sagradas tareas que se tiene encomendadas en una organización político jurídica tan compleja, como es el Estado".⁵⁷

De lo anterior se aprecia que en el concepto de Ejército, se debe de atender a ese ente supremo debidamente organizado por el hombre, que es el Estado, en cualesquiera de sus formas y expresiones. El Estado es obra del hombre, procede de ese sentido racional del ser pensante que lo ha formado para encauzar sus actividades y buscar las garantías al convivio que tiene con seres de su misma especie; por medio del Estado el hombre alcanza sus logros.

Toca ahora señalar en qué lugar del Estado se coloca al Ejército, es decir, si es parte de él o se puede apreciar como un elemento aparte, creado para garantizar su existencia, atendiendo a la certeza de sus fines. Al caso, se debe de atender al primer señalamiento: es decir, el Ejército forma parte del Estado, ya que

⁵⁷ Saucedo López Antonio, *Teoría jurídica del Ejército*, México, edición del autor, 1979, p. 27.

nutre sus filas por medio de la población que es elemento y parte integrante del Estado mismo; coloca su ámbito de jurisdicción normal dentro de un territorio que está obligado a custodiar, pero la característica más importante es que fortalece a esa conjunción de elementos con el poder, ya que en ocasiones se aprecia que el poder de un Estado atiende a la vigencia de sus instituciones, apoyadas por la fuerza coactiva del mismo y es en el Ejército donde radica ese potencial que lo hace fuerte en su interior y respetable en el exterior, frente a otros países integrantes del concierto internacional. Consecuentemente, la eficacia del poder, la da ese medio coactivo del Estado que es el Ejército, toda vez que el mismo constituye su máxima expresión en la coercibilidad.

La teoría naturalista establece que el hombre tiene el sagrado derecho natural de poder organizarse y defenderse para su propia subsistencia y seguridad, que el hombre al momento de nacer y asociarse se reúne para hacer batidas comunes a hombres de otras tribus o pueblos, de los animales, o bien de las calamidades públicas; el Ejército es una organización natural en el ente pensante.

Por otro lado, media la teoría positivista, que tiende a estimar que el hombre crea la norma jurídica; de ésta nace la fuente del Ejército que se instituye para su defensa.

El poder, dice la teoría positivista, emana del pueblo al presentarse como poder público y se instituye para beneficio de éste; así, se puede razonar que el Ejército es parte de ese poder público y que no es más que el pueblo en el legítimo derecho del ejercicio de las armas. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al respecto, armoniza dos preceptos que al caso dan fundamento a lo antes expuesto, como son los artículos 39 y 35, fracción IV, ya que independientemente de lo referido con anterioridad, se considera prerrogativa de los ciudadanos tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y sus instituciones.

Toca ahora mencionar algunas de las definiciones que sobre el Ejército se han mencionado. Corresponde en primer término al célebre político y académico militar, Alfonso Corona del Rosal, quien afirma:

“En términos generales, se define a un Ejército diciendo que es el conjunto de Fuerzas Armadas de una nación o de un bando beligerante. En un concepto más estricto, es el conjunto de los mandos, tropas y elementos de las diversas armas, servicios y cuerpos terrestres: el Ejército de tierra. También se emplea la palabra Ejército para distinguirlo de la marina o la aviación”.⁵⁸

Nuestra Constitución contempla los términos de Ejército, Fuerza Aérea y Armada, pero debe de emplearse un sólo término para identificar a estas tres fuerzas de guerra, como es el de Fuerzas Armadas. Renato de J. Bermúdez F. afirma:

“Sobre este particular Saucedo López, en forma por demás acertada expresa: Comprender a las tres Fuerzas Armadas con el concepto de Ejército, exclusivamente, se presta a confusión, ya que con este término parece dar a entender y referirse sólo a la institución armada y permanente que tiene por objeto la realización de las operaciones terrestres y de ninguna manera en este concepto se incluye a las Fuerzas Armadas del aire ni a las del mar. En efecto, en la actualidad el término Ejército se utiliza exclusivamente para las fuerzas terrestres, en tanto que el vocablo Fuerzas Armadas es la denominación genérica que se les confiere a las fuerzas de aire, mar y tierra de un Estado”.⁵⁹

Su Ordenanza general de 17 de diciembre de 1910, estableció: "Que el Ejército se constituye con la fuerza pública de diversas milicias y armas que sirven a la nación para hacer la guerra en defensa de su independencia, integridad y decoro y para asegurar el orden constitucional y la paz en el interior".

⁵⁸ Corona del Rosal Alfonso, *La guerra, el Imperialismo, el Ejército mexicano*, Ed. Grijalbo, México, 1988, p. 241.

⁵⁹ Bermúdez F. Renato de J., *Compendio de derecho militar*, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 201.

Cabe ahora dar un concepto acerca del Ejército, diciendo: "Que es una institución armada que protege la seguridad de la nación, tanto internacional como nacionalmente y realiza servicios sociales, en calamidades públicas, como en necesidades de la población civil, desempeñando cualquier actividad que sea benéfica para el país".⁶⁰

2.3. Elementos generales del Ejército.

Se consideran como elementos de una institución de derecho, aquellas partes que la integran; por tanto, los del Ejército son múltiples y muy variados, pudiendo considerarse en subjetivos y objetivos; los primeros atienden a circunstancias valorativas o axiológicas, que aun cuando no se aprecian físicamente, se requieren por necesidad para la existencia de aquél, tal como lo son el honor, la disciplina, el valor, etcétera..., que posteriormente se analizarán; los segundos o sea los objetivos, atienden a elementos físicos y materiales que ocupan un lugar en el espacio y que en forma igual son indispensables para su creación y funcionamiento, como los siguientes:

- a) La estructura jurídica .
- b) La Organización.
- c) Los hombres.
- d) El armamento.
- e) Las instalaciones.

2.3.1. Estructura jurídica.

⁶⁰ Saucedo López Antonio, Teoría Jurídica del Ejército, México. Edición del autor, 1979. p. 5.

La estructura jurídica del Ejército es la base fundamental de la existencia del mismo, ya que sin ese marco jurídico no podríamos hablar o concebir a esta institución de derecho, pues estaríamos frente a una turba desorganizada que realizaría operaciones de violencia sin ningún recato, sería hablar de una masa incoherente en donde sólo imperaría el desorden y los delitos en perjuicio de la comunidad. La ciencia encargada de las Fuerzas Armadas, es el derecho militar.

La Constitución es la norma fundamental en la que se finca toda la pirámide jurídica y la existencia misma del Ejército.

La Constitución atiende a diversos preceptos en los cuales se establecen disposiciones acerca del Ejército y las denominaciones que adopta son: Ejército, Armada y Fuerza Aérea; Ejército, Marina Nacional de Guerra y Fuerza Aérea; Ejército federal; Instituciones Armadas de la Unión; Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales; pero se estima que debe adoptarse el término de Fuerzas Armadas, a fin de comprender en este concepto las tres fuerzas que son de tierra, de mar y de aire; en cuanto a los preceptos en específico, se establece en el artículo 10 de la Constitución, la posibilidad de usar armas para la seguridad y legítima defensa con exclusión de las destinadas al Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional; el artículo 13 constitucional establece, entre otros, que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero que en ningún caso y por ningún motivo los tribunales militares podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército, de aquí que dicho precepto constitucional debe de reformarse, ya que al parecer el fuero de guerra sólo se aplica a los militares de tierra, estimando que la reforma constitucional adecuada es que debe de suprimirse el término de Ejército, por el de Fuerzas Armadas.

El artículo 16 constitucional, en su parte final, dispone que en tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad de su dueño ni imponer prestación alguna; pero en tiempo de guerra los militares

podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones en los términos que establezca la ley marcial correspondiente; se hace notar que el término "ley marcial", en estricto derecho militar, atiende al derecho punitivo penal castrense, por tanto debe de suprimirse éste por el de la "ley emergente"; el artículo 22 constitucional; habla de la pena de muerte a los reos de delitos graves del orden militar y el artículo 29 constitucional establece la suspensión de garantías individuales en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, precepto que aun cuando no se menciona al Ejército, esta institución tiene mucha injerencia en el mismo.

Respecto a las obligaciones de los mexicanos, el artículo 31 de la Norma suprema, establece la educación militar que deberán de tener los alumnos de primaria y secundaria, como una preparación de éstos para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio, en el Ejército o en la Guardia Nacional en forma posterior, haciéndolos diestros en el manejo de las armas y conocedores de la disciplina militar. En tiempo de paz ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ya que para pertenecer a las Fuerzas Armadas se requiere ser mexicano por nacimiento, salvo la excepción en tiempo de guerra; el artículo 35 de la Constitución de la República, entre otras, establece la prerrogativa de tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones en los términos que prescriben las leyes.

Queda prohibido, en materia de división de poderes, que para ser diputado se esté en el activo del Ejército federal; en la misma forma, se condiciona tal situación para los senadores de la República y presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos y son facultades del Congreso levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión como son Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea nacionales, así como la reglamentación de su organización y servicio, siendo facultades del Senado el ratificar los nombramientos de jefes superiores de las tres Fuerzas Armadas y a la Comisión Permanente le toca ratificar los nombramientos que el presidente de la República haga de coroneles y jefes superiores del Ejército,

Armada y Fuerza Aérea nacionales, en caso de receso de sesiones del Senado de la República.

El presidente de la República está facultado para nombrar con aprobación del Senado o de la Comisión Permanente en su caso, a tales oficiales superiores, de coronel a general de división y hasta almirante, según la Fuerza Armada de que se trate y nombrar a los demás oficiales, que va de teniente coronel a subteniente en grado descendente, así como disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

El artículo 123, apartado B, fracción XIII, establece que los militares se regirán por sus propias leyes en los términos del inciso f) de la fracción XI de éste apartado, que se refiere a la seguridad social militar; y por último, el artículo 129 constitucional establece que en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar y sólo habrá comandancias militares en las instalaciones respectivas y fuera de las poblaciones que se establecieron para la estación de las tropas; por disposiciones del gobierno de la Unión, se estima que este precepto debe de actualizarse, atendiendo a que existen situaciones que son ajenas a la disciplina militar en tiempo de paz y que son facultades del Ejército y de las otras Fuerzas Armadas: Marina y Fuerza Aérea, entre otras, la seguridad interior o la intervención en calamidades públicas, en donde el Ejército toma gran parte cuando se pone como consecuencia a la sociedad en grave peligro o se altera la paz pública.

2.3.2. Organización.

La organización del Ejército comprende toda la manera de poder constituirse, establecer su composición, sus cuadros de mando; así, tenemos que cuenta con un mando supremo, radicando en el presidente de la República, máximo titular del Poder Ejecutivo, quien actúa como órgano político y órgano administrativo;

consecuentemente, al ejercer el mando de las instituciones armadas, en forma igual trasciende a dos caracteres sus funciones, que son función política y función administrativa; en el primer plano, es el mando más alto y las primeras atienden a las actividades del Ejército frente a la comunidad internacional; en caso de guerra, declararla y hacerla a nombre del país, o en caso de alteración al orden interno o la paz pública, el presidente puede disponer de las Fuerzas Armadas para restablecer éstos.

Por otro lado, en el plano administrativo, existe la Secretaría de la Defensa Nacional, como cuartel general del Ejército, de donde se desprenden los mandos subalternos, como son: el alto mando, residiendo éste en el secretario de la Defensa Nacional; existe un subsecretario y un oficial mayor; un Estado Mayor, al mando de un jefe y dos subjefes; por lo que toca al jefe del Estado Mayor, éste es un personaje tan importante en el Ejército, que ejerce en la práctica funciones de segundo en el instituto armado, tal vez más que el propio subsecretario o el oficial mayor, por lo que cabe la posibilidad de que pudiere ser clasificado, administrativamente, dentro de la Ley Orgánica y fuerza Aérea, como subsecretario B y dejar al que es subsecretario, actualmente, como A.

2.3.3. Hombres.

El elemento humano es indispensable en las Fuerzas Armadas, ya que constituye el aspecto viviente y espiritual del Ejército, es el pueblo mismo en el servicio de las armas; por regla general, es requisito indispensable la vocación que tenga el individuo para causar alta dentro de las filas del instituto armado, pues siendo un medio de características diferentes a cualquier otro, se requiere cierta preparación psicológica y física para poder entender y vivir en tiempo y forma su estancia en filas, los quehaceres de la vida militar donde los jóvenes, por regla general, son el aspecto nutriente del Ejército mexicano en todas sus actividades, ya como tropa o bien como oficiales; en el primer caso, el reclutarse como soldado,

por medio de un contrato de enganche que dura tres años en la prestación del servicio de las armas, al término de éste, o bien se prorroga, o se termina dicho acuerdo de voluntades; o en el caso de quienes causan alta como cadetes en las escuelas militares de formación, ingresan con el ánimo de hacer carrera y posiblemente llegar al grado máximo del generalato; o en su caso, ingresar a las escuelas de formación superior a nivel licenciatura, con excepción de la Escuela Superior de Guerra, que requiere ser oficial egresado del Heroico Colegio Militar, teniendo la obligación de prestar servicios al instituto castrense por un tiempo doble más del tiempo que duró su preparación académica.

El hombre constituye un factor especial en el Ejército y su conducta debe estar adecuada al marco disciplinario.

2.3.4. Armamento.

El armamento del Ejército debe de estar siempre actualizado. México cuenta con un armamento moderno, pero día con día se ve desplazado por otros que tienen mayor modernidad, efectividad y seguridad en su uso; hablar del armamento es tema aparte y podría conformar otro estudio interesante, pero enunciaré como punto de partida una frase de Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército constitucionalista, que estableció un principio militar importante que hoy constituye parte de la antología castrense y que dice: "Hagamos nuestras propias armas, si no queremos que nos traten de resolver nuestros problemas los que nos las venden".⁶¹

Así, el 16 de octubre de 1916 se emite un decreto que crea el Departamento de Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares, que se rigió con un reglamento por acuerdo de fecha 30 de diciembre de 1916, dándose apertura a la Maestranza Nacional de Artillería, la Fábrica Nacional de Armas y la Fábrica de

⁶¹ Saucedo López Antonio, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Ed. U.N.A.M., México, 2002, p. 82.

Pólvora; se crea la Dirección de la Industria Militar y en decreto de 16 de abril de 1947, se constituye el Departamento de la Industria Militar; y el 15 de septiembre de 1977, se le concede la calidad de organismo desconcentrado, dependiente jerárquicamente de la Secretaría de la Defensa Nacional y atendiendo a que dicho órgano administrativo, tenía en su interior trabajadores y obreros que constituyeron el Sindicato Nacional de la Industria Militar, que fue fundador de la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado.

Lo anterior resultaba un tanto antagónico a la disciplina castrense, por lo que fueron demandados por la Secretaría de la Defensa Nacional en el año de 1990 ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, donde se les exigió la rescisión del contrato colectivo de trabajo y del contrato individual de cada uno de sus miembros y por convenio, se liquidaron a todos los trabajadores civiles, por lo que con fecha 13 de septiembre de 1991, se creó la Dirección General de Fábricas de la Defensa Nacional, con la totalidad de instalaciones del antiguo Departamento de la Industria Militar.

2.3.5. Instalaciones.

Las instalaciones militares son los espacios físicos en donde se desenvuelven las actividades militares, dentro de sus propios alojamientos, guarniciones o cuarteles; pueden ser igualmente campamentos, hospitales, o también inmuebles eventuales, que las necesidades de la guerra o la campaña hacen para que las tropas queden acantonadas en tales recintos.

Se ha disertado mucho acerca de los inmuebles en donde se aposentan los soldados, bien en un alojamiento permanente o transitorio, en su caso, como se enunció en el párrafo anterior; sin embargo, estos recintos en toda la historia de los Ejércitos del mundo, inclusive en México, como las palizadas, fuertes, baluartes, torreones, recintos amurallados, han sido edificadas con el propósito de evitar

invasiones, es decir, en principio, este elemento tiene dos caracteres: uno como alojamiento y otro como sistema defensivo.

2.4. Teleología del Instituto Armado.

La teleología es la parte de las ciencias que atiende a las finalidades de éstas, por tanto hablar de la teleología del Ejército, es establecer hacia dónde se dirigen sus fines; así, se establece que la finalidad del Ejército es hacer la guerra, es decir, tal acontecimiento brutal atiende a la única causa de existir de los Ejércitos, pero se puede pensar que un país nunca presenta cuadros belicológicos y por tanto el sumo esfuerzo por tener una Fuerza Armada, atenta contra la economía del mismo, siendo improductivo el gasto innecesario en armamento, adiestramiento y hombres que parecerían desocupados.

Esta tesis es inexacta, ya que siempre se debe de prevenir cualquier eventualidad que pueda presentarse, toda vez que dentro del concierto internacional de naciones no se puede garantizar que nunca va a ocurrir un evento armado, pues las relaciones de las naciones son latentes y puede producirse alguna disensión y con ello una guerra, o bien efectuarse un fenómeno social interno que haga necesaria la intervención de una fuerza que restablezca el orden violado; por tanto, el Ejército surge como una institución que brinda seguridad y protección a la nación, en esa dicotomía de órdenes, ya sea tanto en el orden internacional como en el orden interno.

Para ello se pregunta: ¿el Ejército tiene personalidad jurídica propia? No, definitivamente, la forma de actuar del Ejército es mediante la personalidad jurídica del Estado, es una institución de defensa que se debe de usar racionalmente cuando el caso lo amerite, nunca de ataque primario.

El instituto marcial realiza actividades que se encuentran enmarcadas dentro de la hermenéutica legal, por tanto cabe mencionar que realiza misiones que atienden a los elementos finalísticos de éste, que son producidos con violencia y uso de armas, poniendo en peligro la estabilidad nacional, como una invasión o guerra internacional; cabe distinguir la primera de la segunda: la invasión es la irrupción violenta a la soberanía nacional, penetrando con fuerzas extranjeras al territorio nacional y haciendo uso de las armas.

La guerra internacional es el hacer violento del hombre, en donde las naciones pertenecientes al concierto mundial u organismos internacionales, esgrimen sus diferencias por la vía de las armas. El doctor Carlos Arellano García da un concepto referente a la beligerancia y dice: "La guerra es la situación jurídica en la que se hallan inmersos varios Estados y que implica la actual o futura realización de actos de violencia recíproca generalizada, con ruptura de relaciones pacíficas".⁶²

Por lo que toca a la seguridad interna de la nación, el Ejército está obligado a mantenerla, cuando se ponga en peligro la paz pública o el orden establecido o bien se afecte la normativa positiva vigente, por medio de maquinaciones constituidas por personas o grupos que tomen las armas en contra de la nación; o bien sin ellas, se atente al sistema de derecho, provocando el caos y la desestabilización social, apoderándose de bienes del pueblo e impidiendo el libre desarrollo normal de la sociedad.

De lo anterior, se colige que el Ejército debe de estar presto a mantener la seguridad interior de la nación; al caso, Corona del Rosal opina: "El Estado debe ser independiente, no estar subordinado a ningún otro poder interior ni exterior y para lograrlo tiene a su disposición el Ejército".⁶³

⁶² Arellano García Carlos, *Derecho internacional público*, Ed. Porrúa, México, 1983, Tomo II, p. 345.

⁶³ Corona del Rosal Alfonso, *Moral militar y civismo*, Ed. Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1991, p. 205.

“Pero el Ejército no debe de realizar actividades policíacas ni intervenir en la lucha contra la delincuencia organizada, tanto en materia de narcotráfico como en otra especie de delitos de fuero ordinario, donde debe de mediar una corporación especial, llámese Guardia Nacional, Policía Federal Preventiva, Cuerpo de Gendarmería, etcétera, como sucede en otros países; esto es con el fin de evitar que el Ejército se desfase en su actividad constitucional e invada otra esfera de competencia, que es propia de órganos de seguridad pública, independientemente de que con esta acción policial sólo alcanza desprestigio y crítica pública; además, con ello se evita que los efectivos del Ejército en todos sus niveles de jerarquía se corrompan y sobre todo salgan del marco jurídico para el que fueron creadas las Fuerzas Armadas.

La delincuencia atiende a la sistemática costumbres de realizar actividades que la norma jurídica coloca al tipo de la ley penal, y para ello en los términos del artículo 21 constitucional, subsiste el Ministerio Público, el cual estará apoyado por la policía judicial; se propone que se robustezca el cuerpo de seguridad pública, con una policía preparada para tal efecto, con verdaderos incentivos, que capten la atención de sus miembros para no verse seducidos por la corrupción. Pero en forma definitiva, no se deben de dar tareas infames de participación en la lucha abierta contra el narcotráfico al instituto armado, toda vez que pone en peligro su prestigio y su credibilidad de acción”.⁶⁴

⁶⁴ Saucedo López Antonio, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Ed. U.N.A.M., México, 2002, p. 105.

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN Y LAS FUERZAS ARMADAS.

3.1. Fuentes Constitucionales de las Fuerzas Armadas.

La Constitución de la República como Norma superior, es la fuente de donde emanan las atribuciones del Ejército, ya que éstas son actos de gobierno encaminados al servicio de las armas, instituyendo la defensa de la nación en todos sus aspectos.

El mando supremo de las instituciones militares radica en el presidente de la República, quien recibe el nombre de comandante supremo de las Fuerzas Armadas y lo ejerce por sí o a través del secretario de la Defensa Nacional; salvo cuando se trate de operaciones militares en donde participen más de una fuerza armada o salgan del territorio nacional las tropas a su mando, dicho mando supremo se delegará en la autoridad militar que se juzgue pertinente. Se dispondrá siempre de tales fuerzas en los términos que le señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción VI del artículo 89, todo ello con el fin de atender a la seguridad nacional, tanto en problemas del orden internacional como del orden interno; en estos últimos, no siempre se debe de disponer de las instituciones militares; al respecto, Miguel de la Madrid⁶⁵ dice: "Nunca quise, en este contexto, usar a las Fuerzas Armadas como cuerpos de orden coactivo, sino como advertencia"; este autor cita una experiencia propia, que tuvo cuando fue el máximo comandante de las instituciones castrenses.

El sistema es eminentemente presidencialista y dentro de sus facultades de nombramiento, está la de designar a los altos funcionarios del Ejército, como son: el secretario de la Defensa Nacional, el subsecretario, el oficial mayor, el inspector

⁶⁵ Madrid Hurtado Miguel de la, *El ejército de las facultades presidenciales*, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 73.

y contralor general del Ejército y Fuerza Aérea, el jefe del Estado Mayor, el procurador general de Justicia Militar, el presidente y magistrados del Supremo Tribunal Militar, el jefe del Estado Mayor Presidencial, los comandantes de los mandos superiores, los comandantes de las Unidades de Tropa, los comandantes de los Cuerpos Especiales, los directores y jefes de departamento de la Secretaría de la Defensa Nacional y nombrar a los demás funcionarios que determinare. Operativamente, puede autorizar la división militar territorial y la distribución de las fuerzas, así como la creación de nuevas unidades, armas y servicios, nuevos establecimientos de educación militar o cuerpos especiales.

Las finalidades de las Fuerzas Armadas norteamericanas se encaminan, únicamente, para la Seguridad Nacional, nunca se les encomiendan tareas que queden fuera de las propias de la Defensa Nacional; estando éstas señaladas por la Constitución y que se refieren tanto a la seguridad internacional, como a la seguridad interna; en nuestro derecho positivo, la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea, señala en su artículo 1°. las misiones generales de ambas Fuerzas Armadas, que se concatenan con el artículo 20. de la Ley Orgánica de la Armada de México, que son:

- Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación.
- Garantizar la seguridad interior.
- Auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas.
- Realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país; y en caso de desastre, prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de zonas afectadas.

3.1.1. Texto vigente del Artículo 13 Constitucional.

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre la personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, concederá del caso la autoridad civil que corresponda.

3.1.2. Texto vigente del Artículo 21 Constitucional.

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.

3.1.3. Texto vigente del Artículo 89 Constitucional.

Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

- I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia;
- II. Nombrar y remover libremente al los Secretario del Despacho, remover a los Agentes Diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes;
- III. Nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado;
- IV. Nombrar, con aprobación del Senado, los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes;**

- V. **Nombrar a los demás oficiales del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes;**
- VI. **Disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente o sea del Ejército Terrestre, de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación;**
- VII. **Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76;**
- VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión;
- IX. Designar, con ratificación del Senado, al Procurador General de la República;
- X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;
- XI. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, cuando lo acuerde la Comisión Permanente;

- XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones;
- XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas, y designar su ubicación;
- XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos de orden común en el Distrito Federal;
- XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria;
- XVI. Cuando la Cámara de Senadores no esté en sesiones, el Presidente de la República podrá hacer los nombramientos de que hablan en las fracciones III, IV y IX, con aprobación de la Comisión Permanente;
- XVII. Se deroga;
- XVIII. Presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renunciaciones a la aprobación del propio Senado;
- XIX. Derogada;
- XX. Las demás que le confiere expresadamente esta Constitución.

3.1.4. Texto vigente del Artículo 129 Constitucional y análisis del mismo.

En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.

La primera oración de este precepto constitucional establece claramente que en estado de normalidad en el desarrollo de las actividades cotidianas del país, o sea en situación de completa tranquilidad, ni una sola autoridad castrense tiene la mínima facultad para actuar fuera de su propio ámbito o jurisdicción, de manera que carecen de competencia para ordenar a los civiles a actuar, permitir o conceder algo que quieran o necesiten, por lo cual y sobre el particular, el tratadista Ignacio Burgoa manifiesta:

“Este mandamiento implica que la autoridad militar está impedida para desempeñar actos de gobierno, es decir, imperativos y coercitivos, que no se relacionen directamente con sus atribuciones inherentes y propias; de tal suerte que ninguna persona puede ser afectada en sus bienes jurídicos por ningún órgano o miembro del Ejército, salvo que los actos de afectación respectivos incidan estrictamente dentro del ámbito de la disciplina militar. Si en el orden jurisdiccional los tribunales militares no pueden extender su competencia a sujetos que no pertenezcan al instituto armado, conforme lo prevé el artículo 13, en el orden administrativo tampoco la autoridad militar tiene bajo su potestad de imperio a las personas no militares”.⁶⁶

⁶⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U. N. A. M., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada. 14ªed. Ed. Porrúa, México, 1999, Tomo II, p. 1355.

Similar mandamiento, si bien con sus propias características, es el que contiene el párrafo final del artículo 16 de la propia Constitución Política, y con el cual éste se relaciona y complementa, así como también directamente con las disposiciones a que se contraen los párrafos tercero y cuatro del precepto número 5, además de los prescrito tajantemente en el ya mencionado artículo 13 sobre el fuero de guerra y los tribunales militares; por último, tiene igualmente correspondencia con lo ordenado en el 132. hasta la fecha, este precepto, número 129 del código fundamental, no ha sufrido modificación alguna.

La segunda parte del artículo en comentario dice: “Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión, o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas”.

Al respecto conviene hacer somero examen de los términos que integran la oración, para discernir adecuadamente sus significados y alcances:

a) desde luego, una comandancia militar es el recinto en que se encuentra el responsable del mando y administración de un contingente castrense, responsable que recibe el nombre de comandante. Dicha oficina o lugar del mando existe en cualquier situación en que se encuentren viviendo las tropas, ya sea primero en un cuartel o edificio destinado para su alojamiento; segundo, en un acantonamiento o distribución de las tropas para su hospedaje en varias localidades, ya sean urbanas o bien campestres, como en ranchos o haciendas; tercero, en un campamento, ubicado en sitio en despoblado, donde se establecen temporalmente fuerzas del ejército, resguardadas de la intemperie bajo tiendas de campaña o en barracas, distribuidas de manera que dejen entre sí espacios adecuados para el fácil tránsito de la vigilancia y una rápida Formación en caso de alarma, en el campamento se mantiene el mismo patrón o diseño funcional de actividades que en los cuarteles considerados permanentes, o sea que la idea del cuartel se traslada al campo;

cuarto, el vivaque o vivac, sitio en que pasan las tropas la noche a campo raso y que presenta dos tipos; uno, el de reposo, que se realiza con el equipo personal del soldado y destacamentos mínimos de seguridad, y otro que es el de alarma, en el cual las tropas duermen con las armas en la mano, listas para actuar en reacciones inmediatas ante las circunstancias; quinto, en una combinación de los anteriores.

b) Por cuanto a la estación de tropas o lugar de su estancia, morada o asiento, este último vocablo en su acepción de "establecerse en un pueblo o lugar", cabe decir que es impredecible el tiempo de su duración o permanencia en él, ya que puede ser sólo para pernoctar, o bien para estar una semana, o meses, o años, de ahí que la frase: "comandancias militares fijas y permanentes [...]" no sea apropiada, ya que como hemos visto, en todo contingente castrense hay una comandancia, desde las grandes unidades hasta las más pequeñas, sea donde sea que se encuentren, bien en asentamientos que perduran por muchos años en mismo lugar o que se hallen en forma transitoria. De este modo, sólo puede hablarse de "comandancias militares".

c) Aclarado el concepto anterior, la disposición en análisis obedece, seguramente, al énfasis que los legisladores del Constituyente de 1857 quisieron darle al civilismo, que en su tiempo y durante todo el siglo pasado y hasta la cuarta década del presente, se vio relegado por la presencia de regímenes militares debido a la mentalidad de la época y sobre todo por las revoluciones armadas, guerras con invasores extranjeros e intestinas que la nación sufrió, de ahí que este artículo, que fue un precepto constitucional novedoso, carente de antecedentes históricos, resultara la piedra de toque y fuese el motivo, por las situaciones de conflicto bélico que entonces se sucedían, para que se llegara a pedir, por más de treinta diputados e incluso en el proyecto y dictamen de la Comisión de Constitución respectiva, durante la sesión del 24 de enero de 1857, que: "[...] La Ley arreglará el orden económico del ejército, teniendo por base la supresión de las comandancias generales", dado lo cual, el ilustre abogado Ponciano Arriaga,

presidente de la citada Comisión de Constitución, formuló un voto particular, en el cual y entre otros razonamientos señala dichas vivencias:

"Lo que en mi concepto han querido los señores que hicieron la adición de que se trata es la abolición de esas comandancias fijas, perpetuas, inamovibles, y una precisamente en cada estado como empleo necesario constituido e inherente a la demarcación política, comandancias que no han sido ni son más que rivales de las autoridades de los estados, que toman parte muy directa en los asuntos civiles, políticos y administrativos; que deliberan y mandan, no ya en asuntos de justicia sino también de hacienda; de paz y de seguridad pública; y que ejerciendo de hecho otras facultades y atribuciones que de derecho no pertenecen sino a las autoridades políticas o civiles, ya sean de los estados o del gobierno federal, han a todas las querellas y colisiones, a todas las disputas y discordias que tantas veces han perturbado, no solamente la buena armonía que debe entre todos los funcionarios públicas, sino también el régimen legal y hasta la paz pública, haciendo que las leyes guarden silencio al estrépito de las armas". Sin embargo, en un párrafo anterior al transcrito, en dicho voto particular de Arriaga, expresa: "La ley, en efecto, suprimirá las que hoy se llaman comandancias generales, pero establecerá o podrá establecer otras que con diferente nombre tengan los mismos o quizá peores vicios que las actuales".⁶⁷

Para su debida comprensión deben tenerse presentes, como ya se apuntó, la realidad de los tiempos que a mitad del decimonono se vivieron en nuestra República, y así se entenderá el meollo de este asunto, que fue resuelto al fin por la Asamblea Constituyente aprobando por unanimidad de los 79 votos presentes la primera parte del dictamen, o sea que en tiempos de paz no pudieran ejercer las autoridades militares otras funciones que las estrictamente relativas a la disciplina castrense, y por cuanto a la segunda parte del referido voto particular, fue reprobada por 70 votos contra 10, pero luego el señor declaró que la Comisión estaba de acuerdo con el señor Arriaga, y después de una brillante intervención de

⁶⁷ Idem. p. 1357

éste, su voto particular fue aprobado por 74 votos contra 5, habiendo quedado el texto del precepto exactamente como hasta hoy aparece en el actual 129 constitucional, que en la carta magna de 1857 fue el artículo 122.

d) Por cuanto al Constituyente de Querétaro en el año de 1917, se advierte, a en el mensaje y proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza, que el precepto de mérito se encuentra bajo el número 128, y como ya se señaló, con idéntico texto al de la carta política de 1857 y fue presentado en la 54ª sesión ordinaria correspondiente al día 21 de enero y aprobado sin discusión por 153 votos contra uno, en la 62ª sesión ordinaria del día 25 siguiente.

También en esta segunda oración del precepto se advierte que la redacción del texto hace resaltar el hecho de que únicamente existirán "comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión, o en los campamentos, cuarteles o depósitos que fuera de las poblaciones estableciere para la estación de tropas". Al respecto, y como es sabido, solamente el Congreso Federal tiene facultades, según el artículo 73, fracción XIV, para "Levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber: Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea nacionales, y para reglamentar su organización y servicio"; ya que la función de proteger el territorio nacional, y consecuentemente, al de cada uno de los estados, la tienen y les corresponde a los poderes de la Unión, tanto para repeler una invasión extranjera cuanto para solucionar un trastorno interior, si para ello son requeridos al respecto, por la legislatura del estado afectado, toda vez que las entidades federativas, acorde con lo dispuesto por el artículo 118, fracción II, tienen prohibido, sin consentimiento del Congreso federal, para "tener en ningún tiempo, tropa permanente ni buques de guerra [...]", y por lo tanto resulta evidente que el Ejecutivo Federal, cuyo cargo está el gobierno de la Unión, y quien es a su vez el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, por prescripción del artículo 89, fracciones IV, V, VI y VII, es de quien dependen directamente, a través de las

Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, todas las instalaciones militares del país.

“No deja de llamar la atención, en la historia relativa a los pocos edificios que en otros tiempos se consideraron como fortalezas, el hecho de que fueron construidos, si bien como atarazanas o arsenales, también como almacenes para resguardo de mercancías en tránsito, y desde luego para cumplir funciones de defensa (como el antiguo Fuerte de San Juan de Ulúa, asentado sobre una pequeña isla frente al puerto de Veracruz y en el que desembarcaban los barcos españoles las mercancías que tratan, hasta ya entrado el siglo XVII. Más tarde fungió como cárcel, con sus tristemente célebres "tinajas" o minúsculas celdas, y donde capituló, honrosamente, el brigadier español Coppinger, después de la guerra de Independencia, hasta el 18 de noviembre de 1825, forzado por el ilustre marino mexicano Pedro Sáinz de Baranda, considerándose esta fecha, por algunos historiadores, como la consumación de nuestra gesta de libertad, el Castillo o Fortaleza de San Carlos, que se levanta en las faldas de la montaña llamada Cofre de Perote, Veracruz, construida en el último tercio del siglo XVIII, con torreones llamados "caballeros altos"; fosos y andador norma! para el emplazamiento de cañones, y bajo estos andadores se encuentran los almacenes, para armamento, bagajes y alimentos, extraordinaria construcción que fue también albergue contra los famosos bandidos de su tiempo). El Fuerte de San Diego, en e) puerto de Acapulco, Guerrero, de aspecto típicamente castrense, tiene planta de estrella de cinco picos con otros tantos baluartes, en los cuales se podían montar sesenta piezas de artillería, según refiere Manuel Rivera Cambas, y domina tanto la bahía como la ciudad; cuenta con cuatro grandes y cómodas galeras de bóveda, para alojamiento de tropa, armamento y víveres, así como otras ocho menores como habitaciones para los oficiales, almacén de pólvora, guardia, etcétera. Fue reconstruida a finales del dieciochesco, y como sucedió con esta clase de edificios en la segunda mitad del siglo pasado, sirvió como cárcel del municipio, entre otros múltiples destinos. En la ciudad de México y sobre un cerro rodeado de un hermoso bosque, se yergue el histórico Castillo de Chapultepec, cuya edificación fue

ordenada por el virrey Bernardo de Gálvez en 1785, como casa de campo o recreo y transformado, al correr de los años, en fortaleza, misma que albergó al Colegio Militar, y en ella tuvo lugar, en 1847, la epopeya de los Niños Héroes. Cabe citar que en una fortificación del estado de Veracruz, punto denominado Casa Mata (de casa armata), y por ende alojamiento del general en jefe del ejército estacionado en ese lugar, se firmó el Acta de Casa Mata o Plan de ese nombre; el 1° de febrero de 1823, por el general José Antonio Echávarri y demás conjurados, como resultado de las maquinaciones de Antonio López de Santa Anna y don Guadalupe Victoria; y con el cual comenzó, formalmente, el derrocamiento de don Agustín de Iturbide y su efímero Imperio”.⁶⁸

Por cuanto a la idea política de estacionar a las tropas fuera de las poblaciones, Arriaga hizo hincapié al respecto en su voto particular, al declarar:

“Y, por otra parte, será imposible, de todo punto imposible, que la autoridad política se moralice y recobre sus legítimos derechos, si ha de estar teniendo frecuentes ocasiones de encontrar en comercio de condescendencias, debilidades y funestas consideraciones con el poder militar. Y será también imposible, de todo punto imposible, que el ejército se moralice, si ha de residir en las poblaciones viviendo en el ocio, distrayéndose de sus ejercicios, de sus academias, de los deberes de su profesión. Mucho tiene que aprender y que saber el buen soldado; mucho tiene que acostumbrarse a la vida del campamento, de la privación y de la fatiga, si quiere ser útil a la nación que le paga; mucho tiene que consumir en la instrucción, limpieza y cuidado de sus armas, evoluciones y ejercicio, estudio de las leyes de la guerra y otros infinitos detalles de su economía y peculiar gobierno, para que pueda desperdiciar sus días en esa vida que hasta hoy han tenido nuestros veteranos. En esta parte es digna de todo elogio, y principal: mente de imitación, la rigurosa observancia en que se halla el ejército permanente de la nación vecina. Nunca vive en contacto directo con los pueblos, jamás se ven esas rivalidades, esos celos de militar a paisano que son tan frecuentes entre nosotros.

⁶⁸ *Ibidem.* p. 1359.

El soldado vive en campos, cuarteles, colonias o recintos militares, separados de la gente civil, y vive con su familia y se ocupa todo el día en los pormenores de su profesión, se instruye en su oficio y no toma parte en lo que no le toca, si no es cuando se le manda. Difícil será que nuestro ejército llegue a este punto [...]".

Consideraciones personales de su exponente y tal vez de su época, con una idealizada visión, además, de lo que dice que sucedía "en la nación vecina". Esta disposición constitucional debe estimarse, tanto en su espíritu cuanto en su letra, como la solución táctica a determinar dos requerimientos o necesidades que pueda tener el instituto armado para instalar ciertas dependencias o el alojamiento de tropas, en cuarteles que requieran construcciones ad hoc y considerable extensión de terreno o una situación de resguardo en las afueras de una ciudad o población, y no por otra razón, pues sobre todo y en nuestros días, mucho habla y en alto del ejército, el espíritu cívico y de respeto a la ciudadanía que demuestran y en que viven, los miembros de las fuerzas armadas mexicanas, los cuales además están sujetos y se rigen por las normas de disciplina y ética militar, contenidas en el Reglamento de Deberes Militares, expedido por el presidente Lázaro Cárdenas el 10 de noviembre de 1936.

3.2. El Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas.

3.2.1. El Poder Ejecutivo y el Mando Militar.

Las ideas de Calderón Serrano, quien en forma sintetizada manifiesta: "*El Poder Ejecutivo, encargado de gobernar y hacer respetar las leyes, requiere de las fuerzas armadas para su sostenimiento, el cual puede disponer de las mismas, para su sostenimiento; o dicho en otros términos, puede utilizarlas para garantizar la seguridad del Estado que dirige*".⁶⁹

⁶⁹ Calderón Serrano Ricardo, *El Ejército y sus Tribunales*, Ed. Lex, México, 1946, Tomo I, p. 70.

En tal virtud, afirmamos que en su carácter de jefe o comandante supremo de las fuerzas armadas mexicanas tiene la función, que a la vez resulta ser obligación prioritaria, de velar por el orden público nacional. Tal deber lo cumple manteniendo un ambiente de paz y tranquilidad en beneficio de la población; mismo al cual podemos denominar de seguridad, tanto en el aspecto interno, como en el externo frente a otros estados.

Por otra parte, actuando como comandante supremo de las fuerzas armadas nacionales o bien, como jefe de la administración pública federal, resulta ser el representante del pueblo y del Estado, por consiguiente, realiza diversos actos de relación con los gobernados, esto es, con los diferentes sectores de la población así como con otros estados (naciones), todo, con la finalidad de obtener el desarrollo armónico del Estado que gobierna.

3.2.2. Mando Supremo Militar.

3.2.2.1. El Presidente de la República, como órgano político.

Se afirma que el titular del Ejecutivo Federal, actúa como órgano político en aquellos casos en que se comporta como poder y frente a los otros poderes federales, así se expresa que:

*“El carácter de órgano político deriva de la relación directa e inmediata que guarda con el Estado mismo y con los demás órganos representativos del propio Estado, los otros dos poderes: el Legislativo y el Judicial. Bajo este concepto y actuando dentro de la esfera de competencia que le asigna la ley suprema nacional (Constitución), su voluntad constituye la voluntad del Estado mismo”.*⁷⁰

⁷⁰ González Posada Adolfo, Comentarios a las Constituciones políticas de Iberoamérica, Ed. Ediciones Jurídicas Herrero, México, 1954, Tomo I, p. 238.

3.2.2.2. El Presidente de la República, como órgano Administrativo.

Contrario a lo citado en el punto anterior, se dice que los actos que realiza como jefe de la administración pública, son todos aquellos que verifica en funciones de índole administrativa, toda vez que en esta situación esta siguiendo la voluntad del Legislador.

3.2.2.3. El Presidente de la República, jefe de las Fuerzas Armadas del país.

Concluimos que, cuando dispone de las fuerzas armadas, y consecuentemente ejerce el mando de las mismas, actúa con carácter de órgano político. Esta conclusión la hacemos derivar fundamentalmente del hecho de que en dicho supuesto, el Presidente de la República está ejecutando una función consignada en la Constitución; toda vez que tal acto, el de disponer de las fuerzas armadas nacionales, es una atribución otorgada exclusivamente a dicho alto funcionario de conformidad con lo que previene la fracción VI del multimencionado artículo 89 Constitucional, caso en el cual y como ya asentamos, realiza su propia voluntad, que es a la vez la voluntad popular, tomando en consideración el carácter representativo con la que lo realiza.

3.2.2.4. La delegación del Mando Supremo Militar.

Considerando que el mando supremo de las fuerzas armadas, es un acto de poder o un acto político, esto es, una atribución exclusiva del titular del Ejecutivo Federal, necesariamente debemos concluir que resulta equivocado el concepto de delegación de funciones del Mando Supremo que aparece contenido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, mismo que

preceptúa: El Mando Supremo del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, corresponde al Presidente de la República, quien lo ejercerá por sí o a través del Secretario de la Defensa Nacional, para el efecto...

La anterior aseveración, la formulamos partiendo del propio texto constitucional, de donde necesariamente concluimos que el mando supremo militar es indelegable, aduciendo en favor de tal argumento los siguientes conceptos de índole jurídica y política. Tratándose de las actividades que realiza el Ejecutivo Federal como órgano político, sostenemos que las mismas desde el punto de vista de nuestro Derecho Constitucional, son atribuciones, esto es, son facultades exclusivas y obligaciones personalísimas que debe realizar únicamente la persona que aparece investida con el carácter de Presidente de la República, ya que este alto funcionario, es el único que por disposición de la Constitución y voluntad del pueblo soberano, ejerce sus funciones en forma individual (artículo 80 Constitucional), en tal orden de ideas y conforme al texto del numeral 89 del mismo ordenamiento constitucional, las facultades y obligaciones que tiene son de carácter personal. Afirmamos que la ley subalterna por ningún concepto puede modificar los principios de la norma superior.

3.2.3. Facultades del Poder Ejecutivo Federal.

3.2.3.1. Análisis del Artículo 89 Constitucional.

Sus facultades y obligaciones aparecen consignadas en el artículo 89 de la propia Constitución y allí encontramos que en relación con las fuerzas armadas, dispone de la totalidad de la fuerza armada permanente así como la Guardia Nacional para la defensa de la seguridad interior y defensa exterior de la federación, declara la guerra en nombre de los Estado Unidos Mexicanos, habilita toda clase de puertos, y las demás expresamente le confiere la Constitución.

De las facultades conferidas por la Constitución al Presidente de la República en las fracciones IV, V, VI y VII del artículo 89, nace el principio jurídico de que el titular del Ejecutivo Federal ejerce el mando supremo de las fuerzas armadas y de allí mismo, ha surgido el título de Comandante Supremo.

Mismas que podemos dividir fundamentalmente en cinco y que son:

- 1.- Seguridad del Estado;
- 2.- Nombramientos militares;
- 3.- Declaratoria de guerra;
- 4.- Habilitación de puertos; y
- 5.- Facultad reglamentaria.

3.3. El Poder Legislativo, Facultades respecto de las Fuerzas Armadas.

3.3.1. Facultades del Congreso General.

Sus atribuciones las encontramos consignadas en las fracciones XII, XIII, XIV y XV del artículo 73 Constitucional; veamos a que se refieren:

A. La fracción XII dispone que el Congreso está facultado para dictar la ley por medio de la cual se establezca que el país se encuentra en estado de guerra, con base en los datos que reciba del Ejecutivo Federal.

B. La fracción XIII previene al Congreso General le compete la facultad de decidir cuáles presas de mar o de tierra deben ser consideradas como buenas, acto que se realiza mediante una ley que atendiendo a las costumbres y leyes de la guerra se expide con el objeto de regular cuáles bienes del enemigo pueden ser aprovechados por el país. Asimismo, se establece que en caso de conflicto bélico

deberá expedirse la ley que regule las actividades marítimas de la guerra, a la cual, se le da la denominación genérica de Derecho Marítimo de Guerra.

C. La fracción XIV dispone que corresponde al Congreso General la facultad de dictar todas las leyes relacionadas con las fuerzas armadas nacionales, para regular su organización y servicio (funcionamiento); especificando que dichas fuerzas son tres, el Ejército, la Marina de Guerra (Armada de México) y la Fuerza Aérea Nacionales, como fuerzas armadas de la Federación; además de la Guardia Nacional, de cada uno de los Estados.

Es del ejército de esta facultad de donde emanan las leyes que regulan la actividad de las fuerzas armadas y así tenemos, disposiciones que tienden en primer término a organizarlas, acción ésta que se realiza fundamentalmente a través de dos leyes orgánicas, una de la Armada y otra, del Ejército y Fuerza Aérea, otras norman el servicio, esto es, reglamentan la forma como deben de funcionar o actuar las fuerzas armadas y éstas son: Las de ascenso, las de recompensas, las de retiros, las de comprobación del servicio y ajuste de los tiempos.

Por otra parte también dicta leyes referentes al mantenimiento de la disciplina; normas éstas, que tienden primordialmente a conservar o preservar a las fuerzas armadas. Estas leyes son fundamentalmente dos, la penal, cuyas normas están contenidas dentro del Código de Justicia Militar, y las específicamente disciplinarias, una de las cuales es de la Armada, y otra, del Ejército y Fuerza Aérea; las cuales también resultan ser reglamentarias del artículo 13 de la Constitución, y tal como lo es el Código de Justicia Militar.

D. De conformidad con lo establecido en la fracción XV, el Congreso General también está facultado para dictar las normas correspondientes para la organización de, armamento y disciplina de la Guardia Nacional.

3.3.2. Ausencia de Facultades de la Cámara de Diputados, respecto a la milicia.

En forma por demás extraña, encontramos que constitucionalmente este órgano político casi no posee ninguna facultad respecto a las actividades de las fuerzas armadas; nos referimos desde luego, a una facultad expresa y directa, toda vez que como colegisladora del Senado interviene en la discusión y aprobación, en su caso, de todas las leyes de índole militar, pero en funciones de cámara revisora.

Así tenemos que la única atribución constitucional directa que posee la Cámara de Diputados y que tiene relación con la materia militar, es la de conocer en primer lugar o como cámara de origen, de las leyes que tengan que ver con el reclutamiento de tropas; en el inciso "h" del artículo 72 constitucional.

3.3.3. El Senado de la República y las Fuerzas Armadas.

Esta Cámara a diferencia de la de Diputados, posee el mayor número de las facultades legislativas y políticas respecto a las Fuerzas Armadas, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Constitución, le corresponde intervenir en las diversas actividades relacionadas con dichas fuerzas.

A. Ratifica los nombramientos que el Presidente de la república efectúe respecto a los Coroneles y Generales del Ejército y Fuerza Aérea y sus equivalentes en la Armada, en los términos que la ley disponga ley de ascensos, esta facultad prevista en la fracción II.

B. La fracción III del mismo precepto, otorga al Senado facultades que podríamos designar como de índole internacional o relacionadas con el orden político internacional, cuando se establece, que como órgano legislativo y

efectuando actos eminentemente políticos le corresponde otorgar la autorización respectiva a efecto de que el Presidente pueda: a) Permitir la salida de tropas fuera del territorio nacional, b) Permitir el paso de tropas extranjeras, por el territorio, y, c) Permitir la estación de escuadras (conjunto de buques de guerra) de otra potencia (Estado) en aguas mexicanas por más de un mes.

Sustentándonos en lo anterior, debemos afirmar que el titular del Ejecutivo Federal no podrá realizar ninguno de los actos arriba mencionados de no contar previamente y de manera expresa, con la autorización del Senado. Este acto se estableció para limitar la autoridad del presidente en aquellas actividades que en alguna forma pueden afectar los intereses de los estados miembros de la federación, o la propia soberanía del país.

C. En la fracción IV observamos que el Senado posee también diversas facultades de índole político interno relacionadas con la materia militar, dichas atribuciones son. Conferir la autorización correspondiente a efecto de que el Presidente de la República pueda: a) Disponer de la Guardia Nacional perteneciente a los estados fuera de sus límites territoriales, ya sea para utilizarla en otro estado, diverso al de su origen, o bien para que salga fuera del país; y, b) Fijar el número de elementos (efectivos) que habrán de integrar el contingente de la Guardia Nacional, requerido por el Ejecutivo Federal a cada estado.

Esto limita las facultades del Presidente para disponer libremente de la Guardia Nacional, que como ya se ha señalado, no es una fuerza armada federal sino estatal, integrada fundamentalmente por ciudadanos no profesionales de la milicia y a los cuales se debe recurrir sólo en casos extremos.

3.3.4. La Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Posee únicamente dos atribuciones, las contenidas en las fracciones I y VII del artículo 79 y éstas son:

A. Otorgar la autorización, que originalmente corresponde al senado, para que el Ejecutivo Federal disponga de la Guardia Nacional.

B. Ratificar, en representación del Senado, los nombramientos de Coroneles y demás oficiales superiores.

3.4. Las Garantías Individuales.

Las garantías individuales que aluden a la materia militar o las fuerzas armadas son los artículos 5, 10, 13, 22 y 29, cuyo análisis verificaremos a continuación, mencionando el principal tema de que se ocupan.

3.4.1. Servicio de las Armas.

El artículo 5, establece como obligatorio el servicio de las armas. El objeto de implantarlo, obedeció al principio de que todos los mexicanos tenemos el deber de velar por la conservación de las libertades de que disfrutamos, también estamos obligados a mantener, asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor y los derechos e intereses del país.

3.4.2. Derecho de poseer armas.

El artículo 10 establece la libertad de poseer armas, pero a la vez señala que existe un tipo de armamento que se ha destinado para el uso exclusivo de las

fuerzas armadas y que en ningún caso podrá estar en poder de los particulares incluyendo a los militares, cuando éstos actúen como simples ciudadanos.

3.4.3. Subsistencia del Fuero de Guerra.

El conocimiento y análisis del artículo 13 resulta ser de capital importancia, ya que este precepto da origen al llamado Fuero de Guerra así como a las diversas disposiciones legales que lo regulan y conforman.

3.4.4. Inviolabilidad domiciliaria en tiempo de paz.

El artículo 16 Constitucional, es uno de los preceptos legales que poseen mayor importancia dentro del sistema jurídico mexicano.

Dentro de nuestro sistema jurídico tenemos que existe como una garantía constitucional para todos los habitantes, la inviolabilidad del domicilio, motivo por el que se ha establecido que los militares no puedan alojarse forzosamente en las casas particulares, ni tampoco pueden pedir y menos exigir, prestación o servicio alguno sin la justa retribución o pago por ellos. Esta norma desde luego se aplica sólo cuando el país esté en situación normal o sea en tiempo de paz, pero tratándose de situaciones anormales como sería el caso de trastornos graves del orden nacional como una invasión, una rebelión, o la guerra misma, en estos supuestos, los militares quedan facultados para solicitar y aún exigir en caso necesario en forma gratuita y aún obligatoria, determinadas prestaciones o servicios de los civiles. Sin embargo, éstas no deben ni pueden ser fijadas de manera arbitraria, esto significa que la autoridad militar no se encuentra facultada para pedir lo que desee, debe sujetarse necesariamente a las disposiciones contenidas en la llamada ley de suspensión de garantías y demás disposiciones de emergencia.

La ley marcial se dictará siempre con base en las normas contenidas en el artículo 29 de la propia Constitución, precepto legal, que regular lo referente a la etapa de suspensión de las garantías individuales, tema que será analizado posteriormente.

3.4.5. La pena de muerte en la legislación militar.

El artículo 22 de la Constitución, se refiere en términos generales a las penas o sean las sanciones o castigos que se imponen por la comisión de delitos y en él, se establece la subsistencia de la pena de muerte para los reos de delitos graves en contra de la disciplina militar.

La pena de muerte en nuestro país subsiste en el texto de la Constitución, así como en el Código de Justicia Militar.

3.4.6. Suspensión de las Garantías Individuales.

El artículo 29, último del capítulo relacionado con las garantías individuales, establece y regula las condiciones que deben de anteceder a la suspensión total o parcial de las garantías que la Constitución otorga a los individuos, ya sean mexicanos o extranjeros que habitan en el territorio nacional.

En tiempos o circunstancias normales cuando existe paz y tranquilidad en el país, no debe presentarse conflicto alguno entre el individuo y el interés social o público, ya que la Constitución en sus preceptos establece el equilibrio que debe existir entre ambos, esta situación de normalidad no hay razón alguna para que se restrinjan o limiten los derechos o garantías individuales; pero en condiciones anormales, cuando exista una situación que trastorne gravemente el orden público

nacional, tal y como sería una rebelión, guerra o invasión, debe prevalecer el interés general o público sobre el particular o individual. En estos casos, la Constitución autoriza se suspendan algunas garantías de los gobernados a efecto de poder hacerle frente de manera pronta y eficaz, a la situación anómala.

La acción de suspender las garantías individuales puede ser general para todo el país o particular para un lugar determinado, sin embargo, este acto no implica que todos los derechos del individuo se suspendan, eliminen o concluyan, no, lo que acontece es simplemente que se interrumpe el ejercicio de algunos de ellos hasta en tanto se restablezca nuevamente el orden o la paz, o bien desaparezca, la causa que motivó la suspensión.

Para que opere la suspensión de garantías se necesita que el Presidente cuente con la aprobación del Congreso o Comisión Permanente, según el caso, y exista previo acuerdo de los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República. Desde el punto de vista histórico, debe anotarse que en nuestro país la última ocasión que esto aconteció, fue durante el período de 1942-1945, época en la cual el Estado Mexicano se encontró en guerra con los países del llamado Eje: Alemania, Japón e Italia, a quienes se les declaró la guerra fundamentalmente, por haber hundido buques petroleros nacionales en el Golfo de México.

3.5. Derechos, Obligaciones y Prerrogativas de los mexicanos.

3.5.1. Derechos de los mexicanos.

Conforme al artículo 32, se establece que sólo los mexicanos por nacimiento, podemos servir en la Armada de México o en la Fuerza Aérea. Lo anterior significa que es un derecho de índole general el pertenecer al Ejército terrestre y a la Guardia Nacional.

3.5.2. Obligaciones de los mexicanos.

Ya hemos afirmado que los mexicanos poseemos derechos, pero también estamos obligados a prestar diversos servicios al país con el objeto de conservarlo como un estado libre y soberano; estas obligaciones son las siguientes: Adquirir la instrucción básica militar, asistir cuando lo disponga la autoridad municipal a recibir instrucción cívica y militar, y alistarse en la guardia nacional; deberes consignados en tres fracciones del artículo 31 Constitucional y que debemos comentar brevemente.

A. Adquirir la instrucción militar elemental. Esta obligación aparece prevista en la fracción I.

B. La fracción II del artículo constitucional en comento dispone: Asistir los días y horas hábiles que designen las autoridades municipales, con el objeto de recibir instrucción cívica y militar con el fin de que se obtenga destreza en el manejo de armas, así como conocimientos elementales relacionados con la disciplina militar.

C. Alistarse en la Guardia Nacional.- La fracción III del artículo 31 previene como otra obligación más de los mexicanos por nacimiento o por naturalización, su alistamiento en la Guardia Nacional; institución militar, totalmente diferente a las otras tres fuerzas armadas del país. La principal diferencia que existe entre una y las otras, estriba en el hecho de que la Guardia Nacional, siempre será una fuerza militar de los estados miembros de la federación, en tanto que el Ejército, la armada y la Fuerza Aérea Mexicanos, son siempre de índole federal.

3.5.3. Prerrogativas de los ciudadanos.

Concomitantemente con los derechos y las obligaciones para los mexicanos, se presentan las llamadas prerrogativas de los ciudadanos, previstas éstas en el artículo 35 de la Constitución, en donde encontramos que la fracción IV fija como tales: Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones en los términos que prescriban las leyes.

CAPÍTULO IV.

LAS FUERZAS ARMADAS, LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO Y LA LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL.

4.1. El Ejército mexicano y la lucha contra el narcotráfico.

El narcotráfico es una actividad que entraña una problemática de gravedad extrema, de perfiles mundiales, en donde en nuestro caso no solamente amenaza la sanidad de nuestra sociedad, sino que atenta contra la integridad y seguridad nacional, por lo que hoy en día el narcotráfico es considerado un asunto de estado.

Junto con otras conductas, como lo son: operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, portación ilegal de armas de fuego, etcétera, el narcotráfico es considerado una amenaza a la seguridad nacional, por lo cual ha sido de interés primordial para las últimas administraciones gubernamentales el de combatir su práctica.

Desde administraciones anteriores se venían proponiendo como estrategias y líneas de acción para garantizar la seguridad nacional, la coordinación entre las dependencias, entidades de la administración pública federal y de los estados de la federación con otras naciones, para efectos de unir criterios que conlleven al combate del narcotráfico y otras conductas conexas, delimitando la esfera de acción de todas las dependencias del gobierno federal y estableciendo un programa nacional para el control de drogas.

Verbigracia de lo anterior, lo es el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, donde ya se proponía esta coordinación, la cual hoy en día y revestida de mayor o menor legalidad, surte sus efectos legales y es toda una realidad.

En lo que corresponde al rubro de "Estrategias y líneas de acción para garantizar la seguridad nacional de México", dentro del Programa Nacional para el control de drogas 1995-2000, se estableció como objetivo para la Secretaría de la Defensa Nacional, el intensificar las acciones tendientes a la búsqueda, localización y destrucción de cultivos de enervantes e intercepción aérea y terrestre del tráfico ilícito de drogas. Cuestión que a mi criterio personal, se llevó a cabo, en contravención a lo que dispone el numeral 129 constitucional.

El Ejército, por el contrario, trata de justificar su actuación argumentando lo siguiente:

"Si bien es cierto que la intervención del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos en la lucha contra el narcotráfico no se encuentra expresamente reglamentada a nivel constitucional, también es cierto que el poder ejecutivo dentro de sus facultades, establecidas en el artículo 89 constitucional, concretamente en su fracción VI, tiene como prerrogativa la de disponer de la totalidad de las tres fuerzas armadas permanentes, para salvaguardar la seguridad interior.

La disposición anterior no se considera que entre en pugna con lo establecido en el artículo 129 de la Ley Suprema, la cual a su letra dice: "en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tenga exacta conexión con la disciplina militar...", en virtud de que la intervención del personal militar en la lucha contra el narcotráfico, se lleva a cabo al amparo del artículo 16 de la ley suprema, tratándose de delito flagrante, o en su defecto en apoyo a otras autoridades federales que al igual que las fuerzas armadas tienen como cometido salvaguardar la seguridad nacional."⁷¹

⁷¹ Estado Mayor de la Defensa Nacional, Dirección General de Comunicación Social, Manual de Actuación del Agente del Ministerio Público Militar en la Lucha Permanente contra el Narcotráfico, Ed. Taller Autográfico de la Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1999.

Es importante señalar que la actuación del personal militar en la campaña permanente contra el narcotráfico, se remonta al año de 1924, y en 1966 que a nivel nacional se organizó la primera campaña denominada "Plan Canador".

Hablar del narcotráfico es presuponer la existencia de una delincuencia organizada, que ante el índice delictivo, el poder ejecutivo se ha visto obligado a emitir iniciativas de ley, que han sido aprobadas por el congreso de la unión, reformando la ley sustantiva y otro tipo de ordenamientos especiales, como lo es la ley federal de armas de fuego y explosivos, en cuanto a las penalidades por aplicar, así como la Ley Federal contra la delincuencia organizada que prevé y sanciona entre otras conductas las relacionadas con el narcotráfico, y los esfuerzos para combatirlo; no solo se circunscriben a las adiciones y reformas de leyes, sino que se han extendido a profesionalizar a los órganos persecutores de los delitos y a sus auxiliares para combatir dentro de un estado de derecho y de manera eficaz y eficiente la práctica del narcotráfico en el ámbito nacional, con el apoyo de la mayoría de las dependencias e instituciones gubernamentales, incluida la Secretaría de la Defensa Nacional, de lo que resulta que el fuero de guerra no puede quedar a la zaga ante la urgencia de capacitar y profesionalizar a su personal, a fin de que se encuentre en condiciones de afrontar las eventualidades que se presenten ante tan importante misión.

4.2. Prohibición Constitucional a las Fuerzas Armadas.

Ya hemos hablado mucho respecto del artículo 129 Constitucional, pero por cuestiones prácticas, me permitiré reseñar brevemente la limitante que enmarca dicho precepto, en lo concerniente a las Fuerzas Armadas.

Este precepto textualmente previene: "En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en

los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que , fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de tropas”.

Dentro de la legislación militar secundaria y para confirmar el principio constitucional, se establece como un deber u obligación del personal de las fuerzas armadas el de no interferir en las funciones de las autoridades civiles, constituyendo esta acción una falta o bien un delito, que puede ser sancionado con un correctivo disciplinario o con una pena según sea el daño que se haya causado. Pero existe también la obligación de apoyar a dichas autoridades cuando así lo requieran, fundamentalmente, en los graves trastornos del orden público. Esta acción surge desde el momento en que las fuerzas armadas deben por mandato constitucional mantener la seguridad interna del estado mexicano y sus partes integrantes, y dicha seguridad se ve afectada cuando la autoridad civil resulta rebasada por los actos que realiza un grupo que afectan a la colectividad.

El debate versa esencialmente en que es lo que debe entenderse como disciplina militar, misma que parece el común de las personas se reduce a las actividades físicas que debe realizar el personal de las fuerzas armadas, así como el estricto cumplimiento de las obligaciones o deberes que tenemos dentro del Instituto castrense, ya sea hacia nuestros compañeros o hacia los superiores jerárquicos. Desde luego este concepto resulta totalmente erróneo y muy limitado, por lo que a reserva de explicarlo con mayor amplitud posteriormente, como una primicia podemos argumentar que entre las múltiples obligaciones que las leyes nos imponen tenemos como prioritarias, los diversos deberes con el Estado y su población. De entre éstos sobresale el mantenimiento del orden público interno; entendiendo por tal concepto, la acción de vigilar que la población del país disfrute de tranquilidad, evitando que por actos ilícitos de algunas personas se trastornen las actividades cotidianas de la colectividad, impidiendo con esto el desenvolvimiento del país. También corresponde al instituto armado velar por la seguridad de las personas, tanto en su integridad física así como en sus bienes, lo

que se ejecuta muy a menudo en ocasiones especiales tal y como serían los casos de terremotos, inundaciones, incendios y otras situaciones similares.

Para cumplir con estos deberes, tradicionalmente en la normatividad secundaria y además reglamentaria de la Constitución, se ha establecido que a las fuerzas armadas les corresponde: Ejercer jurisdicción naval en nombre de la Federación en el mar territorial, participar en tareas de protección a las instalaciones vitales del país, coadyuvar con el Ministerio Público Federal en el combate al terrorismo y al contrabando en todas sus formas, sobre todo de armas, combatir al narcotráfico, ejercer funciones de policía marítima y otras más. Unas las realiza la Armada y otras el Ejército y la Fuerza Aérea y otras más, las efectúan las tres instituciones marciales.

Todas estas obligaciones se sintetizan en la llamada misión de las fuerzas armadas misma que aparece descrita en los primeros artículos de las leyes orgánicas de las instituciones marciales, reiterando allí los principios constitucionales anteriormente comentados.

La controversia que existía en estado latente, se actualizó con motivo de la discusión de las reformas efectuadas en diciembre de 1994 al artículo 21 Constitucional; cuando se propuso la adición del quinto párrafo, mismo que establece: La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta constitución señala. La actuación de las instituciones policiacas se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. Así como del contenido del sexto párrafo, el cual dispuso: La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinaran, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.

La polémica en las Cámaras de Senadores y Diputados se presentó con motivo del empleo del concepto seguridad pública, mismo que para muchas

personas se reduce a las actividades tendientes a la prevención respecto de la posible comisión de actos ilícitos o bien, a su investigación y persecución. Bajo esa óptica, muy limitada por cierto, en efecto las fuerzas armadas no deben ni tienen porque participar, correspondiéndole exclusivamente a la policía preventiva, al Ministerio Público y a su policía judicial, realizar todas las acciones tendientes a lograr dicho objetivo. Pero si por seguridad pública entendemos, el mantenimiento del orden interno, del bienestar colectivo tanto de las personas en sus bienes, así como en su integridad física y la preservación del Estado, para que la población en general realice sus actividades cotidianas; entonces la participación de las instituciones castrenses, resulta ser fundamental.

Desde luego es prudente anotar que los conceptos orden interno, seguridad pública y seguridad nacional, aun y cuando tienen acepciones doctrinarias diversas, presentan varios puntos de contacto que los asimilan; ya que todos ellos coinciden en el hecho de que como objetivo final pretenden evitar una grave perturbación del orden o de la paz pública. Partiendo de estas ideas, podemos afirmar que en términos muy amplios la seguridad pública, debe conceptuarse como sinónimo de orden interno y ambos, deben considerarse como las múltiples medidas que todo Estado debe adoptar para protegerse de su posible destrucción, ya sea en su ámbito interno, mediante actos violentos o debido a una agresión externa. En estos casos, consideramos que resulta ser la función prioritaria de las fuerzas armadas de un país el intervenir y participar en la conservación del Estado, así como de los elementos que lo integran, esto es, debe preservarse a la población, el territorio y las instituciones establecidas por la legislación superior del país.

4.3. Las Fuerzas Armadas en la lucha contra el narcotráfico, problemática y perjuicio.

En realidad, es más el perjuicio que se le puede encontrar al hecho de que las Fuerzas Armadas se encuentren combatiendo al narcotráfico,

independientemente de que, como ya lo hemos dicho, se encuentre impedida constitucionalmente para ello.

Bien, dejando de lado el impedimento Constitucional, debemos de hacer un análisis de conciencia y pensar, las Fuerzas Armadas de este y de cualquier otro país, son y deben de ser, el Instituto Armado más respetable con que cuenta el Estado; motivo por el cual, resulta importante que el Estado busque conservar ese respeto y honorabilidad de sus Fuerzas Armadas, y más aún fomentarlo, a tal grado de que sea un gran orgullo, el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas.

A colación y diferencia de lo anterior, cabe resaltarse que el combate al narcotráfico no ha sido la mejor manera de engrandecer ni conservar el respeto y honorabilidad de las Fuerzas Armadas, sino por el contrario, es una tristeza observar que existe un sin número de casos de elementos del Ejército que se han encontrado coludidos e implicados en encubrimiento, protección y apoyo a organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico; e inclusive podemos hablar de altos mandos.

Al efecto, me permito reproducir un criterio que es parte del punto de vista de un estudioso del tema militar, sin duda alguna, mismo a quien me he permitido citar en diversas ocasiones a lo largo de esta humilde obra:

“Pero el Ejército no debe de realizar actividades policíacas ni intervenir en la lucha contra la delincuencia organizada, tanto en materia de narcotráfico como en otra especie de delitos de fuero ordinario, donde debe de mediar una corporación especial, llámese Guardia Nacional, Policía Federal Preventiva, Cuerpo de Gendarmería, etcétera, como sucede en otros países; esto es con el fin de evitar que el Ejército se desfase en su actividad constitucional e invada otra esfera de competencia, que es propia de órganos de seguridad pública, independientemente de que con esta acción policial sólo alcanza desprestigio y crítica pública; además, con ello se evita que los efectivos del

Ejército en todos sus niveles de jerarquía se corrompan y sobre todo salgan del marco jurídico para el que fueron creadas las Fuerzas Armadas.

La delincuencia atiende a la sistemática costumbre de realizar actividades que la norma jurídica coloca al tipo de la ley penal, y para ello en los términos del artículo 21 constitucional, subsiste el Ministerio Público, el cual estará apoyado por la policía judicial; se propone que se robustezca el cuerpo de seguridad pública, con una policía preparada para tal efecto, con verdaderos incentivos, que capten la atención de sus miembros para no verse seducidos por la corrupción. Pero en forma definitiva, no se deben de dar tareas infames de participación en la lucha abierta contra el narcotráfico al instituto armado, toda vez que pone en peligro su prestigio y su credibilidad de acción”.⁷²

⁷² Saucedo López Antonio, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Ed. U.N.A.M., México, 2002, p. 105.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Constitución es el ordenamiento Fundamental y Supremo en que se proclaman los fines primordiales del Estado, de igual manera, es en ella donde se establecen las normas básicas a las que se debe sujetarse su poder público de imperio para realizarlos. Fundamentalidad y Supremacía, por ende, son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda Constitución Jurídico – Positiva; Consiguientemente el concepto de fundamentalidad equivale al de primariedad, o sea, que si la Constitución es la “Ley Fundamental”, al mismo tiempo es “La Ley primaria”. La Constitución es el origen, es de donde emana toda norma Jurídica, por ello se denominan estas últimas como “Leyes secundarias”.

Por arriba de la Constitución nada, por arriba de la Constitución nadie.

SEGUNDA.- El Ejército, entiéndase como genero, englobando a todas las Fuerzas Armadas, como autoridad militar y dependiente del Poder Ejecutivo Federal, al igual que cualquier otra autoridad que ejerza su poder dentro del territorio nacional, tiene como normatividad suprema la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues es esta la piedra angular con la que se finca la pirámide jurídica, así como la propia existencia del Ejército

TERCERA.- Pues bien, en la Constitución se crean órganos (o poderes) encargados del ejercicio del poder público del Estado. Estos órganos o “poderes” son, por consiguiente, engendrados por la Ley Fundamental, a la cual deben su existencia y cuya actuación, por tal motivo, debe estar subordinada y supeditada a los mandatos constitucionales. Es por esto por lo que los órganos estatales, de creación y vida derivadas de la Constitución, nunca deben, jurídicamente hablando, violar o contravenir sus disposiciones, pues sería una aberración que a una autoridad constituida por un ordenamiento le fuera dable infringirlo. En

consecuencia, si la Ley Fundamental y Suprema (Artículos 21 y 102 - A), le confiere a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público de la Federación, facultades expresas y perfectamente determinadas para que sea por su medio que se lleve a cabo la investigación y persecución de los delitos, auxiliándose de una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato, y que de conformidad a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Artículos 10 fracción IX, 20 fracción I, inciso a, y 21), se infiere que dicha policía, lo es, la Policía Federal Investigadora. Por consiguiente, la actividad que desempeñan las Fuerzas Armadas dentro del combate al narcotráfico es inconstitucional, esto es, están actuando por encima de la Constitución.

CUARTA.- Es un desacierto del gobierno federal, el colocar en el cargo de Procurador General de la República a un General de las Fuerzas Armadas, y más aún permitir el otorgamiento de otros cargos de menor jerarquía dentro de la Procuraduría General de la República, a elementos de aquel Instituto Armado, aún y cuando estos se encuentren con licencia para retirarse temporalmente de su encargo dentro de las Fuerzas Armadas; ya que ellos no podrá tener la imparcialidad y objetividad necesarias para llamar a la cordura e impedir que las Fuerzas Armadas intervengan en el combate al narcotráfico.

Aún más, reforzando lo anterior, al entrar elementos de las Fuerzas Armadas a la Procuraduría General de la República se ha venido dando una militarización a tal grado de que el escudo de la Agencia Federal de Investigaciones, de donde depende la Policía Federal Investigadora, auxiliar directa e inmediata del Ministerio Público de la Federación por mandato Constitucional, lo es dos cabezas unidas por una balanza que simboliza la justicia, pero dichas cabezas son el antecedente de las Fuerzas Armadas, una de ellas la de un distinguido Caballero Águila y la de un distinguido Caballero León o *Miztli*.

QUINTA.- Aparentemente parece ser la solución al problema del narcotráfico, el atacar dicho problema por medio de nuestras Fuerzas Armadas, ya

que tenemos la idea de las Fuerzas Armadas como las protectoras de la soberanía e integridad nacionales y como personas rectas e intachables; pero la realidad nos ha dado la respuesta al acertijo, el camino a seguir, no es conveniente, de acuerdo a la experiencia que nos han proporcionado otros países y en particular la experiencia que se ha tenido en nuestro país dentro del tiempo que llevan las Fuerzas Armadas dentro de este combate al narcotráfico, con casos muy sonados y muy lamentables en donde nos ha tocado ver con un tanto de ira, coraje y tristeza, como han quedado inmiscuidos con las organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico, a Generales, Capitanes y a otros mandos de las Fuerzas Armadas, totalmente corrompidos y segados por los beneficios que les otorgan las organizaciones delictuosas dedicadas al narcotráfico. Es este el Instituto Armado e intachable a quien se le ha encomendado la protección y defensa nacionales; no dañemos su imagen, es una de las Instituciones de mayor respeto a través de la historia.

SEXTO.- Se ve la imperiosa necesidad y conveniencia a nivel Estado, de hacer una reforma Constitucional al artículo 129, pues mientras este artículo se encuentre como hasta la actualidad, las Fuerzas Armadas se verán impedidas para desempeñar otras actividades que no estén relacionadas con la actividad militar y consecuentemente será un constante desperdicio de recursos. Además de una reforma a dicho artículo, sería necesario reglamentar su actividad respecto de dicha reforma, lo anterior con la finalidad de evitar ilegalidades como las que hoy en día podemos observar.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALBA Carlos H, *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*, Ed. Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949.
- ÁLVAREZ Mario I, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. McGraw-Hill, México, 1995.
- ARELLANO García Carlos, *Derecho internacional público*, Ed. Porrúa, México, 1983, Tomo II.
- BENÍTEZ Treviño V. Humberto, *Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia*, Ed. Porrúa, México, D. F. 1993.
- BERMÚDEZ F. Renato de J, *Compendio de derecho militar*, Ed. Porrúa, México, 1996.
- BURGOA Orihuela Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 1996.
- BURGOA Orihuela Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1996.
- CALDERON Serrano Ricardo, *El Ejército y sus Tribunales*, Ed. Lex, México, 1946, Tomo I.
- CARPIZO Jorge, *Estudios Constitucionales*, 3ª ed., Ed. U.N.A.M. – Porrúa, México, 1991.
- CASTILLO Ledón Luis, *Hidalgo, la vida del Héroe*, Ed. Talleres Gráficos de la Nación, México, 1949.
- CASTILLO Soberanes Miguel Ángel, *el Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México*, Ed. U.N.A.M. (Serie G. Estudios Doctrinales Núm. 131), México, D. F., 1992.
- CASTRO Juventino v., *El Ministerio Público en México*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1990.
- CLAVIJERO Francisco J., *Historia antigua*, Ed. Editora Nacional, México, 1970.
- COLÍN Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1970.
- CORONA del Rosal Alfonso, *La guerra, el Imperialismo, el Ejército mexicano*, Ed. Grijalbo, México, 1988.
- CORONA del Rosal Alfonso, *Moral militar y civismo*, Ed. Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1991.
- CUEVA de la Mario, *Teoría de la Constitución*, Ed. Porrúa, México, 1982.
- DÍAZ Barreiro Juan Manuel, *Diccionario de Jurisprudencia Militar de la República Mexicana, ó sea el Código de Justicia Militar, puesto en forma de diccionario*, Ed. Taller Autográfico de la Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1997.
- ESTADO Mayor de la Defensa Nacional, Dirección General de Comunicación Social, *Manual de Actuación del Agente del Ministerio Público Militar en la Lucha Permanente contra el Narcotráfico*, Ed. Taller Autográfico de la Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1999.
- FIX – Zamudio Héctor, *“El Sistema Presidencialista y La División de Poderes”*, La Universidad Nacional y los problemas nacionales, Ed. U.N.A.M., México, 1979, Vol. IX, Tomo III.

- GARCÍA Ramírez Sergio, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1989.
- GONZÁLEZ Posada Adolfo, *Comentarios a las Constituciones políticas de Iberoamérica*, Ed. Ediciones Jurídicas Herrero, México, 1954, Tomo I.
- GUIZA Alday Francisco Javier, *Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia*, Ed. Ángel Editor, México, 1999.
- GUTIÉRREZ Santos Daniel, *Historia militar de México*, Ed. Ateneo, México, 1961, Tomo I.
- INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, Tomo I.
- INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, Tomo II.
- JELLINEK George, *Teoría General del Estado*, Ed. Cajica S. A., Puebla, México, 1984.
- LASALLE Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires.
- La Constitución Mexicana de 1917, Ed. edición de Coordinación de Humanidades de la U. N. A. M., 1969.
- MADRID Hurtado Miguel de la, *El Ejército de las facultades presidenciales*, Ed. Porrúa, México, 1998.
- MARTÍNEZ Garnelo Jesús, *Policía nacional investigadora del delito*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- OROZCO Henríquez José de Jesús, *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985.
- PALLARES Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1986.
- PODER Judicial de la Federación, *La Suprema Corte de Justicia. Sus orígenes y primeros años 1808-1847*, México, 1986.
- PORRÚA Pérez Francisco, *Teoría del Estado*. 31ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.
- RECASÉNS Siches Luis, *Filosofía del Derecho*.
- RÚBIO Mañe José Ignacio, *El Virreinato*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1983, Tomo I.
- SAUCEDO López Antonio, *Teoría jurídica del Ejército*, edición del autor, México, 1979.
- SAUCEDO López Antonio, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, Ed. U.N.A.M., México, 2002.
- SOUSTELLE Jacques, *La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la Conquista*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1953.
- VALLARDO Berrón Fausto E., *Teoría General del Derecho*, Ed. U.N.A.M., México, D. F., 1972.

LEGISLACIÓN.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 2004.
- Código Penal Federal.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
- Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.
- Ley Orgánica de la Armada de México.
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Armada de México.
- Ordenanza General del Ejército.
- Código de Justicia Militar.