

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO

TESIS: EL CONTROL DEL PODER.

Ciudad Universitaria a de de 2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A MI MADRE "JULIA"

Cierro mis ojos y el pensamiento encuentra.
La encuentra a ella conmigo de la mano.
Yo tan pequeño y ella tan serena
Tan perfecta, tan clara y digo no es humano.

Estiro mis manos en mi soledad imperfecta
Para alcanzarla y tocar sus lindas manos
Mirar sus ojos que en los míos se encuentran
Y brillan intensos como el sol en el verano.

Y hoy me pregunto. Quién pudiera ser ella
Que sus lágrimas derrama cuando me siento triste.
Siente el dolor, cuando en su alma no existe
Cuando su alma sólo es de estrellas

Quiero pensar que mi madre es un angel
Que de niño me llevo entre sus brazos
Que su tiempo lastimó, cuando el mío hecho pedazos
Y de la nada, en mariposa me volvió.

Pude volar, y en mi volar violento
Con mis alas maltratadas por la lluvia
Lleve tu nombre "Julia" por el viento
Y por el tiempo lleve tu nombre "Julia".

A Dios, por darme la oportunidad de soñar con ser mejor cada día, y por volver su mirada hacia la esperanza que siempre he abrigado, que mi madre Julia estuviera en mi examen, aunque ya no pueda ser físicamente.

A México, un país con personas talentosas, y más que nada humanistas, humildes con los gobernantes, y apasionados con su trabajo; un pueblo que ha derramado sangre y lágrimas por la libertad que sigo detentando, el derecho a estudiar; tengo la intención de no decepcionarlo.

A mi Universidad Nacional Autónoma de México, porque tengo el privilegio de ser parte de su constante tradición, su presente y su futuro y; por darme el placer de sentir por mis venas el orgullo de pertenecer a tan magna institución, la mejor de Latinoamérica.

A mi Facultad de Derecho, la fuente a quien le debo lo que soy y seguire siendo; una institución que guarda la esperanza en cada uno de sus hijos, y lleva como objetivo hacer de cada uno de ellos, personas virtuosas y valerosas que se distingan por el respeto a los demás y a sus gobernantes.

A mi Familia, porque si no hubiese tenido la Familia que tengo, estoy plenamente seguro que la vida no hubiera tenido el sentido que ahora tiene; pues me han enseñado lo más valioso, el respeto, la lealtad y el trabajo, no importando que se presenten todo tipo de obices.

A mi mama, una mujer con corazón de hierro, y con un alma llena de ternura; que se mantuvo inexorable en mis instantes de cobardía, y que se convirtió en un ángel cuando tuvo que velar por la tristeza de su hijo que se ausentó de su mirada.

A mi papa, por darme la oportunidad de contemplar a cada instante el esfuerzo derramado, el sudor y las lágrimas por el trabajo que desempeñó, y que en todo momento lo hizo por mi familia, un capitán que cada tripulación debe tener.

A mis hermanos, Mileyvi Dian, Verlin Santiago, Mahoma G., y Mojamid Otero Salas, por ser mis pilares fundamentales, mi inspiración académica. Porque quieren incondicionalmente a todos los que quiero; me quieren con mis defectos y virtudes, y siempre me han apoyado; valió la pena crecer junto a ellos. A mis sobrinos, el Lobito, el Conejo y el Tigrito,

a la Yaya, la Vale y el Juanito, para quienes espero ser un modelo a seguir.

A mis amigos, personas que me han honrado con su amistad incondicional: Fernando Navarro Alcantara, Salvador Nasta Victoria, Alberto Arellano Mendez, Alejandro Hernández Muñoz, Norma Ivette Sony Perrusquia, Lilia Rojas Mercado, Angela Martinez Cruz, Elena Nazaret Vera Hernandez, Michel Miranda Valdés, Michel Cazares Ruiz, Erick y Angie, Victor y Ana, Moises Soto, Tomas Barcena Solis, Adriana Montero, Alejandro Lopez Olvera y David Cienfuegos.

A mi amigo incondicional Fabrizio F. Santiago Sanchez, compañero de andanzas; con quien es un honor el haber coincidido en este mundo y una certeza de la vida.

A mi maestro y ahora amigo, el Lic. Rogelio Cepeda Cervantes; una persona humanista que me dio la oportunidad de iniciarme en la materia de derecho constitucional, pero sobre todo, me brindó su amistad y respeto.

A mi maestro y jefe, el Dr. Jorge Fernández Ruiz, de quien he aprendido mucho y lo seguiré haciendo; una

persona con quien es un privilegio y un gusto trabajar.

Al Dr. Diego Valadés por haber aceptado ser el director de mi tesis; un profundo agradecimiento, porque me dio la oportunidad de tener el honor que pocos pueden detentar, el ser dirigido por una persona del máximo nivel académico.

Al Dr. Hector Fix Zamudio y a la Dra. Aurora Arnaiz Amigo, porque ellos han sido y seguirán siendo el modelo en quien me he inspirado.

A los papas de mis amigos, Fabrizio F. Santiago Sanchez, Fernando Navarro Alcantara, Salvador Nasta Victoria, Michel Cazares Ruiz, y Norma Ivette Sony Perrusquia.

A mis amigos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, por tener el honor de seguir compartiendo tiempos académicos de gran importancia.

A mis amigos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con quienes tuve el placer de compartir momentos inolvidables.

A mis amigos del INACIPE con quienes he tenido la fortuna de compartir instantes académicos de gran valía.

Indice

Indice.....	1
Introducción.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPITULO I.....	¡Error! Marcador no definido.
EL CONTROL DEL PODER EN LA ANTIGÜEDAD.....	¡Error! Marcador no definido.
A El control del poder en Esparta.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- La antigua Esparta.....	¡Error! Marcador no definido.
a- Licurgo y la gran Retra.....	¡Error! Marcador no definido.
2.- La diarquía.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Origen del poder real.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- El control del poder real.....	¡Error! Marcador no definido.
3.- El régimen político administrativo.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- El eforado.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Origen del eforado.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Conformación del eforado.....	¡Error! Marcador no definido.
III) Primitivas funciones de control de los éforos.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) El control del eforado.....	¡Error! Marcador no definido.
V) Reformas de la institución.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- La Gerusía.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Origen.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Conformación.....	¡Error! Marcador no definido.
III) El control del poder de la Gerusía.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- La Apella.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Origen.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Conformación.....	¡Error! Marcador no definido.
III) Resoluciones.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) Control del poder.....	¡Error! Marcador no definido.
B El control del poder en Atenas.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- El régimen estatal de Atenas.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- La Asamblea popular.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Conformación.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Resoluciones.....	¡Error! Marcador no definido.
III) El control sobre el poder político y social ejercido directamente por la ciudadanía, y también existió un control del poder político hacia la ciudadanía.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) Las facultades y el control del poder en la Asamblea ordinaria...;	¡Error! Marcador no definido.
A) Facultades legislativas.....	¡Error! Marcador no definido.
B) Facultades jurisdiccionales.....	¡Error! Marcador no definido.
C) Facultades de control sobre el gobierno.....	¡Error! Marcador no definido.
V) El control del poder en Asamblea plenaria.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- El Consejo de los Quinientos.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Organización.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Sesiones.....	¡Error! Marcador no definido.
III) El control sobre el Consejo y sobre los miembros de este.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) El control del poder de la Bule, y esta sobre la Asamblea y los magistrados....;	¡Error! Marcador no definido.
c.- El tribunal ateniense de jurados.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Los magistrados y los jueces.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Organización.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Nombramiento de los magistrados.....	¡Error! Marcador no definido.
III) Funcionamiento de los colegios de magistrados.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) Poder y responsabilidad de los magistrados.....	¡Error! Marcador no definido.

- A) Al inicio de su encargo.....;Error! Marcador no definido.
- B) Durante el ejercicio de su encargo.....;Error! Marcador no definido.
- C) Al término de su encargo;Error! Marcador no definido.
- e.- Instrumentos de control;Error! Marcador no definido.
 - I) Moción ilegal :;Error! Marcador no definido.
 - A) Órgano competente.....;Error! Marcador no definido.
 - B) Competente para presentar;Error! Marcador no definido.
 - C) Sujetos u órganos contra los que procede;Error! Marcador no definido.
 - D) Efectos suspensivos;Error! Marcador no definido.
 - E) Hipótesis de procedencia;Error! Marcador no definido.
 - F) Resolución;Error! Marcador no definido.
 - II) *Grafeparanomoi* o queja contra la ilegalidad;Error! Marcador no definido.
 - A) Competente para presentarla;Error! Marcador no definido.
 - B) Órgano competente.....;Error! Marcador no definido.
 - C) Sujetos u órganos contra los que procede;Error! Marcador no definido.
 - D) Efectos suspensivos;Error! Marcador no definido.
 - E) Hipòtesis de procedencia;Error! Marcador no definido.
 - F) Resolución;Error! Marcador no definido.
 - III) Procedimiento de vigencia de la ley.....;Error! Marcador no definido.
- C El control del poder en Roma;Error! Marcador no definido.
 - 1.-La Monarquía.....;Error! Marcador no definido.
 - a.- El Rey.....;Error! Marcador no definido.
 - I) La lucha por el poder;Error! Marcador no definido.
 - II) Características del poder monárquico;Error! Marcador no definido.
 - III) El contenido de las facultades.;Error! Marcador no definido.
 - A) Poderes de designación.;Error! Marcador no definido.
 - B) Función legislativa.;Error! Marcador no definido.
 - b.- Los Colegios Sacerdotales;Error! Marcador no definido.
 - I) Colegio de los Pontífices.....;Error! Marcador no definido.
 - II) Colegio de los augures.....;Error! Marcador no definido.
 - III) Colegio de los Feciales;Error! Marcador no definido.
 - c.- El Senado.....;Error! Marcador no definido.
 - I) Participación del Senado en la designación del rey;Error! Marcador no definido.
 - d.- Las asambleas populares (tribus, curias y centurias).....;Error! Marcador no definido.
- 2.-La República.;Error! Marcador no definido.
 - a.- La equiparación del patriciado y la plebe, y la participación de estos últimos en instrumentos de control.....;Error! Marcador no definido.
 - b.- El equilibrio de poderes durante la República romana.....;Error! Marcador no definido.
 - c.- El Senado.....;Error! Marcador no definido.
 - I) Composición;Error! Marcador no definido.
 - II) Funcionamiento y control por parte del Senado.....;Error! Marcador no definido.
 - III) El control del poder.....;Error! Marcador no definido.
 - A) El control de la actividad religiosa por conducto del Senado..... ;Error! Marcador no definido.
 - B) El control sobre el Senado en materia militar y éste sobre los magistrados.;Error! Marcador no definido.
 - C) Función legislativa y declaración de inconstitucionalidad;Error! Marcador no definido.
 - D) Situación extraordinaria;Error! Marcador no definido.
 - E) Finanzas públicas;Error! Marcador no definido.
 - F) Control del Senado hacia los magistrados y la Asamblea..... ;Error! Marcador no definido.
 - G) La ausencia o muerte de los cónsules (magistrados).;Error! Marcador no definido.
 - H) Facultades de nombramiento;Error! Marcador no definido.
 - d.- Las asambleas populares;Error! Marcador no definido.
 - I) Estructuración.....;Error! Marcador no definido.
 - A)Comitia centuriata.....;Error! Marcador no definido.

B)Comitia tributa	¡Error! Marcador no definido.
II) Procedimiento comicial	¡Error! Marcador no definido.
III) Competencias.....	¡Error! Marcador no definido.
A) Competencias de los <i>comitia curiata</i>	¡Error! Marcador no definido.
B) Competencia legislativa de los <i>comitia tributa y centuria</i>	¡Error! Marcador no definido.
C) Competencia electoral de los <i>comitia tributa y centuria</i> ..	¡Error! Marcador no definido.
D) Facultades jurisdiccionales	¡Error! Marcador no definido.
e.-Tribunos de la plebe	¡Error! Marcador no definido.
f.- Magistraturas	¡Error! Marcador no definido.
I) Elección	¡Error! Marcador no definido.
II) Organización.....	¡Error! Marcador no definido.
III) Imperium.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) Limitacion y control sobre las magistraturas	¡Error! Marcador no definido.
A) La temporalidad	¡Error! Marcador no definido.
B) Colegialidad	¡Error! Marcador no definido.
C) Gratuidad	¡Error! Marcador no definido.
D) La <i>provocatio ad populum</i>	¡Error! Marcador no definido.
E) Responsabilidad al finalizar su encargo.....	¡Error! Marcador no definido.
F) <i>Intercessio</i>	¡Error! Marcador no definido.
g.-Instrumentos de control.....	¡Error! Marcador no definido.
I) La <i>auctoritas patrum</i> del Senado	¡Error! Marcador no definido.
II) La <i>provocatio ad populum</i> a favor del gobernado romano	¡Error! Marcador no definido.
A) Promovente	¡Error! Marcador no definido.
B) Órgano de control	¡Error! Marcador no definido.
C) Órgano sujeto a control	¡Error! Marcador no definido.
III) La <i>interccesio</i> de los magistrados y tribunos de la plebe	¡Error! Marcador no definido.
A) Órgano de control	¡Error! Marcador no definido.
B) Órgano sujeto a control.....	¡Error! Marcador no definido.
C) Hipótesis de procedencia.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) Procedimiento censitorio	¡Error! Marcador no definido.
A) Declaración.....	¡Error! Marcador no definido.
B) Negativa a proporcionar datos.....	¡Error! Marcador no definido.
C) Valoración favorable y desfavorable.....	¡Error! Marcador no definido.
D) Nota desfavorable	¡Error! Marcador no definido.
E) Finalización del censo.....	¡Error! Marcador no definido.
Conclusiones	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO II	¡Error! Marcador no definido.
CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y COMPLEMENTARIOS PARA EL ESTUDIO SOBRE EL CONTROL DEL PODER.	¡Error! Marcador no definido.
A Conceptos fundamentales.	¡Error! Marcador no definido.
1. Límite	¡Error! Marcador no definido.
2. Limitación del poder.....	¡Error! Marcador no definido.
3. Límites permanentes y transitorios.....	¡Error! Marcador no definido.
4. Límites técnicos.....	¡Error! Marcador no definido.
5. Límites malignos	¡Error! Marcador no definido.
6. Límites sociales	¡Error! Marcador no definido.
7. Bloque de la constitucionalidad.....	¡Error! Marcador no definido.
8. Control.....	¡Error! Marcador no definido.
9. Control y limitación del poder.....	¡Error! Marcador no definido.
10. Controlar el poder.....	¡Error! Marcador no definido.
11. Finalidad del control.....	¡Error! Marcador no definido.
12. Principios constitucionales de limitación y control.	¡Error! Marcador no definido.
13. Sistemas de control (Difuso y concentrado).....	¡Error! Marcador no definido.

14. Control de constitucionalidad.....	¡Error! Marcador no definido.
15. Control de constitucionalidad formal.....	¡Error! Marcador no definido.
16. Control de constitucionalidad material.....	¡Error! Marcador no definido.
17. Controles políticos.....	¡Error! Marcador no definido.
18. Ámbito en donde se ejercen los controles políticos.....	¡Error! Marcador no definido.
19. Control parlamentario.....	¡Error! Marcador no definido.
20. Control intraorgánico.....	¡Error! Marcador no definido.
21. Control Interorgánico.....	¡Error! Marcador no definido.
22. Controles internos y externos.....	¡Error! Marcador no definido.
23. Control por órgano jurisdiccional.....	¡Error! Marcador no definido.
24. Control por vía de acción, de excepción y de oficio.....	¡Error! Marcador no definido.
25. Control social.....	¡Error! Marcador no definido.
26. Defensa de la Constitución.....	¡Error! Marcador no definido.
27. Derecho procesal constitucional.....	¡Error! Marcador no definido.
28. Jurisdicción constitucional.....	¡Error! Marcador no definido.
29. Justicia constitucional.....	¡Error! Marcador no definido.
30. Inconstitucionalidad por omisión.....	¡Error! Marcador no definido.
31. Inconstitucionalidad sobrevenida.....	¡Error! Marcador no definido.
32. Garantía.....	¡Error! Marcador no definido.
33. Garantía y control.....	¡Error! Marcador no definido.
34. Garantías constitucionales.....	¡Error! Marcador no definido.
35. Garantías institucionales.....	¡Error! Marcador no definido.
36. Garantismo.....	¡Error! Marcador no definido.
37. Poder.....	¡Error! Marcador no definido.
38. Poder político o total.....	¡Error! Marcador no definido.
39. Poder concentrado.....	¡Error! Marcador no definido.
40. Poder distribuido.....	¡Error! Marcador no definido.
41. Poder descentralizado.....	¡Error! Marcador no definido.
42. Poder limitado.....	¡Error! Marcador no definido.
43. Poder ilimitado.....	¡Error! Marcador no definido.
44. Poder meritorio y no meritorio.....	¡Error! Marcador no definido.
45. Poder abierto y poder cerrado.....	¡Error! Marcador no definido.
46. Poder de facto y de iure.....	¡Error! Marcador no definido.
47. Poderes sociales.....	¡Error! Marcador no definido.
48. Poder y responsabilidad.....	¡Error! Marcador no definido.
49. Acceso al poder.....	¡Error! Marcador no definido.
50. Acceso y conquista del poder.....	¡Error! Marcador no definido.
51. Contrapoderes.....	¡Error! Marcador no definido.
52. Bloqueo de poder.....	¡Error! Marcador no definido.
53. Conflictos de poder.....	¡Error! Marcador no definido.
54. Exceso y desviación de poder.....	¡Error! Marcador no definido.
55. Aumento de poder.....	¡Error! Marcador no definido.
56. Despersonalización del poder.....	¡Error! Marcador no definido.
57. División de poderes.....	¡Error! Marcador no definido.
58. Colaboración de poderes.....	¡Error! Marcador no definido.
59. Funciones del poder.....	¡Error! Marcador no definido.
B Conceptos complementarios.....	¡Error! Marcador no definido.
1. El control del poder y la soberanía.....	¡Error! Marcador no definido.
2. El control del poder y el constitucionalismo.....	¡Error! Marcador no definido.
3. El control del poder y el neoconstitucionalismo.....	¡Error! Marcador no definido.
4. El control del poder en el proceso político del Estado constitucional.....	¡Error! Marcador no definido.
5. El control del poder y la Constitución.....	¡Error! Marcador no definido.
6. El control del poder y la Constitución abierta.....	¡Error! Marcador no definido.
7. El control del poder y el Estado constitucional.....	¡Error! Marcador no definido.
8. El control del poder y el Estado democrático.....	¡Error! Marcador no definido.
9. El control del poder y parlamentarismo.....	¡Error! Marcador no definido.

10. El control del poder y presidencialismo.	¡Error! Marcador no definido.
11. El control del poder y semipresidencialismo.	¡Error! Marcador no definido.
12. El control del poder y semiparlamentarismo.	¡Error! Marcador no definido.
Conclusiones	¡Error! Marcador no definido.
CAPITULO III	¡Error! Marcador no definido.
LOS TEÓRICOS Y EL CONTROL DEL PODER.....	¡Error! Marcador no definido.
A Heródoto.....	¡Error! Marcador no definido.
B Aristóteles.....	¡Error! Marcador no definido.
C Pitágoras.....	¡Error! Marcador no definido.
D Platón.....	¡Error! Marcador no definido.
E Cicerón.....	¡Error! Marcador no definido.
F Montesquieu (Teoría de la división de poderes).	¡Error! Marcador no definido.
G Constant Benjamin.	¡Error! Marcador no definido.
H Sieyes Emanuel.	¡Error! Marcador no definido.
I Locke John.....	¡Error! Marcador no definido.
J Loewenstein Karl. (Los controles verticales y horizontales).	¡Error! Marcador no definido.
K Aragon Reyes Manuel. (Los controles, políticos, jurídicos y sociales) ...	¡Error! Marcador no definido.
L Valadés Diego. (Los controles políticos)	¡Error! Marcador no definido.
M Quiroga Lavie Humberto. (La teoría de sistemas aplicada al control del poder). ...	¡Error! Marcador no definido.
definido.	
Conclusiones	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO IV.-.....	¡Error! Marcador no definido.
EL CONTROL DEL PODER Y LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL, EN LOS GRANDES SISTEMAS DEMOCRATICOS.	¡Error! Marcador no definido.
A Francia.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- Consejo Constitucional francés.....	¡Error! Marcador no definido.
2.- Medios de control jurídico.	¡Error! Marcador no definido.
a.- El control de la constitucionalidad sobre leyes ordinarias.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Control de constitucionalidad sobre leyes orgánicas.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- Control de los reglamentos durante el procedimiento legislativo. ¡Error! Marcador no definido.	¡Error! Marcador no definido.
d.- Control de las ordenanzas durante un procedimiento legislativo. ¡Error! Marcador no definido.	¡Error! Marcador no definido.
e.- Control sobre los tratados internacionales.....	¡Error! Marcador no definido.
f.- El control en los referéndums.	¡Error! Marcador no definido.
g.- El control con respecto a los reglamentos de las cámaras.	¡Error! Marcador no definido.
h.- Funciones de control en materia electoral.	¡Error! Marcador no definido.
I) Velar por la regularidad de las elecciones.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Jurisdicción electoral.	¡Error! Marcador no definido.
III) Comprobación.	¡Error! Marcador no definido.
IV) Consulta.	¡Error! Marcador no definido.
i.- Las resoluciones del Consejo Constitucional.	¡Error! Marcador no definido.
3.- El Parlamento.	¡Error! Marcador no definido.
4.- Medios de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Declaración de guerra.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Estado de sitio.	¡Error! Marcador no definido.
c.- Presupuestos de ingresos y egresos.....	¡Error! Marcador no definido.
5.- Senado francés.	¡Error! Marcador no definido.
6.- Medios de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Nombramientos.	¡Error! Marcador no definido.
7.- Asamblea Nacional.	¡Error! Marcador no definido.
8.-Medios de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- La inviolabilidad parlamentaria.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- La irresponsabilidad penal.	¡Error! Marcador no definido.
c.- La disolución de la Asamblea Nacional.	¡Error! Marcador no definido.
d.- Leyes.	¡Error! Marcador no definido.
e.- Moción de censura.....	¡Error! Marcador no definido.
9.- Presidente de la República de Francia.....	¡Error! Marcador no definido.

10.- Medios de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Veto suspensivo.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Nombramiento.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- Medidas extraordinarias (Poderes excepcionales).....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Refrendo ministerial.....	¡Error! Marcador no definido.
e.- Tratados internacionales.....	¡Error! Marcador no definido.
f.- Responsabilidad del presidente.....	¡Error! Marcador no definido.
g.- Revisión y reforma de la Constitución.....	¡Error! Marcador no definido.
11.- Primer ministro.....	¡Error! Marcador no definido.
12.- Medios de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Sesiones.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Iniciativa legislativa.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- Cuestionamiento al gobierno.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Delegación legislativa (ordenanzas).....	¡Error! Marcador no definido.
e.- Comisión mixta.....	¡Error! Marcador no definido.
f.- Cuestión de confianza.....	¡Error! Marcador no definido.
g.- Moción de censura a partir de una cuestión de confianza.....	¡Error! Marcador no definido.
h.- Poder reglamentario.....	¡Error! Marcador no definido.
i.- Presidente interino.....	¡Error! Marcador no definido.
j.- Referéndum.....	¡Error! Marcador no definido.
13.-Tribunal Supremo de Justicia.....	¡Error! Marcador no definido.
14.-Consejo de Estado.....	¡Error! Marcador no definido.
15.- Consejo Superior de la Magistratura.....	¡Error! Marcador no definido.
16.- Tribunal de Justicia de la República.....	¡Error! Marcador no definido.
17.- Consejo de Ministros.....	¡Error! Marcador no definido.
B Estados Unidos.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- Los controles jurídicos en los Estado Unidos de Norteamérica.....	¡Error! Marcador no definido.
a.-La revisión judicial.....	¡Error! Marcador no definido.
I) La revisión judicial en la época colonial en los Estados Unidos de Norteamérica.....	¡Error! Marcador no definido.
II) La Constitución de 1787 y la doctrina, en el Federalista sobre la judicial review.....	¡Error! Marcador no definido.
III) Caso Marbury Versus Madison.....	¡Error! Marcador no definido.
2.- Los controles políticos en los Estados Unidos de Norteamérica.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Presidente.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- El <i>Impeachment</i> (impedimento).....	¡Error! Marcador no definido.
c.- Iniciativa.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Veto.....	¡Error! Marcador no definido.
e.- Veto selectivo.....	¡Error! Marcador no definido.
f.- Convocatoria al Congreso.....	¡Error! Marcador no definido.
g.- Informe al Congreso.....	¡Error! Marcador no definido.
h.- Facultades de investigación del Congreso.....	¡Error! Marcador no definido.
i.- Poder de declarar la guerra.....	¡Error! Marcador no definido.
j.- Facultades de nombramiento.....	¡Error! Marcador no definido.
k.- El Gabinete.....	¡Error! Marcador no definido.
l.- Los tratados internacionales.....	¡Error! Marcador no definido.
m.- Poderes implícitos.....	¡Error! Marcador no definido.
n.- Facultades delegadas.....	¡Error! Marcador no definido.
ñ.- Facultades extraordinarias e inherentes.....	¡Error! Marcador no definido.
o.-Comisiones administrativas autónomas (Comisiones independientes de carácter reglamentario).....	¡Error! Marcador no definido.
p.- EL veto legislativo.....	¡Error! Marcador no definido.
C Reino Unido de Gran Bretaña.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- Medios de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Controles ordinarios.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Extraordinarios (Moción de censura y cuestión de confianza).....	¡Error! Marcador no definido.

I) Del Parlamento hacia el gobierno.....	¡Error! Marcador no definido.
II) Del gobierno hacia el Parlamento.....	¡Error! Marcador no definido.
A) La disolución de la Cámara de los Comunes.....	¡Error! Marcador no definido.
III) El veto de la Cámara de los Lores.....	¡Error! Marcador no definido.
IV) El veto del soberano.....	¡Error! Marcador no definido.
V) Tratados internacionales.....	¡Error! Marcador no definido.
VI) Control por conducto de la Comisión Parlamentaria para la Administración.....	¡Error! Marcador no definido.
Marcador no definido.	
2.- Medios de control jurídico.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- La inexistencia de medios de control sobre los actos parlamentarios.....	¡Error! Marcador no definido.
definido.	
b.- Control de la legislación subordinada por el Parlamento.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- La revisión judicial.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Habeas Corpus.....	¡Error! Marcador no definido.
D México.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- Instrumentos de control político.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Iniciativa.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Veto.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- Sesiones.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Informe presidencial.....	¡Error! Marcador no definido.
e.- El informe, las preguntas y las comisiones de investigación.....	¡Error! Marcador no definido.
f.- Los controles financieros.....	¡Error! Marcador no definido.
g.- La suspensión de garantías.....	¡Error! Marcador no definido.
h.- Facultades extraordinarias.....	¡Error! Marcador no definido.
i.- La aprobación de los nombramientos.....	¡Error! Marcador no definido.
j.- Tratados internacionales.....	¡Error! Marcador no definido.
k.- La desaparición de poderes.....	¡Error! Marcador no definido.
l.- La defensa nacional.....	¡Error! Marcador no definido.
m.- La declaración de Guerra.....	¡Error! Marcador no definido.
n.- Refrendo ministerial.....	¡Error! Marcador no definido.
ñ.- La ausencia temporal.....	¡Error! Marcador no definido.
o.- Jefe de Gobierno del Distrito Federal.....	¡Error! Marcador no definido.
2.- Instrumentos de control jurídico.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Juicio de amparo.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- La controversia constitucional.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- La acción de inconstitucionalidad.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- El juicio político.....	¡Error! Marcador no definido.
e.- Juicio de procedencia.....	¡Error! Marcador no definido.
f.- Facultad indagatoria en el caso de vulneración a las garantías individuales y del voto público.....	¡Error! Marcador no definido.
g.- El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.....	¡Error! Marcador no definido.
Marcador no definido.	
h.- El juicio de revisión constitucional electoral.....	¡Error! Marcador no definido.
i.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.....	¡Error! Marcador no definido.
Conclusiones.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO V.....	¡Error! Marcador no definido.
UN EMERGENTE CONTROL DEL PODER Y LOS ORGANISMOS SUPRANACIONALES.....	¡Error! Marcador no definido.
Marcador no definido.	
A Latinoamérica.....	¡Error! Marcador no definido.
1.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	¡Error! Marcador no definido.
a.- Origen.....	¡Error! Marcador no definido.
b.- Organización.....	¡Error! Marcador no definido.
c.- Facultades.....	¡Error! Marcador no definido.
d.- Procedimiento ante la CIDH.....	¡Error! Marcador no definido.
I) Legitimados para presentar una denuncia o queja ante la CIDH..	¡Error! Marcador no definido.
definido.	

II) Procedimiento previo a la admisibilidad de la demanda de petición...	¡Error! Marcador no definido.
III) Requisitos que deben cubrirse para que una petición sea admitida por la Comisión.	¡Error! Marcador no definido.
IV) Resolución sobre admisibilidad e inadmisibilidad.	¡Error! Marcador no definido.
V) Procedimiento sobre el fondo.	¡Error! Marcador no definido.
A) Apertura del caso.	¡Error! Marcador no definido.
B) Decisión sobre el fondo.	¡Error! Marcador no definido.
C) Seguimiento de las resoluciones de la Comisión.	¡Error! Marcador no definido.
2.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	¡Error! Marcador no definido.
a.- La función jurisdiccional.	¡Error! Marcador no definido.
I) Procedimiento de la función Jurisdiccional.	¡Error! Marcador no definido.
A) Procedimiento escrito.	¡Error! Marcador no definido.
B) Procedimiento oral.	¡Error! Marcador no definido.
C) De la prueba.	¡Error! Marcador no definido.
D) Terminación anticipada.	¡Error! Marcador no definido.
E) La Sentencia.	¡Error! Marcador no definido.
F) Demanda de interpretación.	¡Error! Marcador no definido.
b.- La función consultiva.	¡Error! Marcador no definido.
I) Procedimiento de la función consultiva.	¡Error! Marcador no definido.
c.- México ante un control del poder emergente por organismos supranacionales.	¡Error! Marcador no definido.
Marcador no definido.	
B Europa y el control del poder a través de organismos supranacionales.	¡Error! Marcador no definido.
1.- El control del poder en y por organismos supranacionales, como lo es la Unión Europea (lato sensu).	¡Error! Marcador no definido.
a.- Controles políticos.	¡Error! Marcador no definido.
I) La moción de censura.	¡Error! Marcador no definido.
II) Las preguntas al Consejo, a la Comisión y otros.	¡Error! Marcador no definido.
III) La obligación de informar.	¡Error! Marcador no definido.
IV) La facultad de petición.	¡Error! Marcador no definido.
V) Comisiones de investigación.	¡Error! Marcador no definido.
VI) El control del presupuesto.	¡Error! Marcador no definido.
VII) El control en los acuerdos internacionales.	¡Error! Marcador no definido.
VIII) Derecho de acudir al Defensor del Pueblo.	¡Error! Marcador no definido.
IX) La Comisión (El guardián del Derecho comunitario).	¡Error! Marcador no definido.
X) El Consejo como el protector de los principios fundamentales.	¡Error! Marcador no definido.
definido.	
XI) El control sobre los ingresos y egresos de la Unión Europea por conducto del Tribunal de Cuentas.	¡Error! Marcador no definido.
b.- Controles jurídicos.	¡Error! Marcador no definido.
I) Recurso de anulación.	¡Error! Marcador no definido.
II) La cuestión de ilegalidad.	¡Error! Marcador no definido.
III) Recurso por inactividad.	¡Error! Marcador no definido.
IV) El recurso por incumplimiento.	¡Error! Marcador no definido.
V) Recurso por responsabilidad extracontractual.	¡Error! Marcador no definido.
VI) La cuestión prejudicial.	¡Error! Marcador no definido.
VII) El control previo de la legalidad sobre los acuerdos internacionales.	¡Error! Marcador no definido.
Marcador no definido.	
c.- La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales.	¡Error! Marcador no definido.
definido.	
Conclusiones	¡Error! Marcador no definido.
CAPITULO VI	¡Error! Marcador no definido.
UNA TEORIA PARA EL CONTROL DEL PODER.	¡Error! Marcador no definido.
A Los actuales desafíos del control.	¡Error! Marcador no definido.
1 La objetividad y subjetividad en los controles ¿una verdadera separación?.	¡Error! Marcador no definido.
definido.	

2 El poder privado	¡Error! Marcador no definido.
3 La crisis del Estado nacional	¡Error! Marcador no definido.
a Ámbito administrativo	¡Error! Marcador no definido.
b Ámbito legislativo	¡Error! Marcador no definido.
c Ámbito jurisdiccional	¡Error! Marcador no definido.
4 El plano supranacional un desafío a los controles	¡Error! Marcador no definido.
B Apreciaciones teóricas del control del poder	¡Error! Marcador no definido.
1 La actividad del Estado y la conducta del sujeto.	¡Error! Marcador no definido.
2 El parámetro a que se someten los actos de poder.	¡Error! Marcador no definido.
3 El exceso de poder.	¡Error! Marcador no definido.
4 Los límites de la actividad del Estado y la participación de la persona.	¡Error! Marcador no definido.
5 La sanción en el control del poder.	¡Error! Marcador no definido.
C El control del poder en el Estado constitucional	¡Error! Marcador no definido.
1 El control del poder en el Estado de derecho y constitucional.	¡Error! Marcador no definido.
2 El aspecto objetivo y subjetivo del control jurídico.	¡Error! Marcador no definido.
3 La objetividad y subjetividad en el control político.	¡Error! Marcador no definido.
4 La objetividad y subjetividad en el control social.	¡Error! Marcador no definido.
5 La Constitución como parámetro de control en el Estado constitucional.	¡Error! Marcador no definido.
6 Ilícitos atípicos constitucionales.	¡Error! Marcador no definido.
7 Los demás elementos del control del poder.	¡Error! Marcador no definido.
8 La interpretación constitucional	¡Error! Marcador no definido.
Conclusiones	¡Error! Marcador no definido.
Conclusiones Generales	¡Error! Marcador no definido.
Bibliografía	¡Error! Marcador no definido.

Introducción

En los grandes sistemas democráticos, la irresponsabilidad y la inmunidad en las personas titulares de los órganos de poder que se exceden en su uso, son evidentes, como consecuencia de los obstáculos y limitaciones en que se encuentran inmersos los mecanismos de control, los cuales, son el resultado de las diversas teorías que ya no responden a los fenómenos institucionales e individuales, sustentadas desde tiempos remotos hasta la actualidad, generando en varias ocasiones, un falso entendimiento de quienes se encuentran facultados o, en su defecto, quienes gozan de la potestad en su diseño y aplicación, propiciando a su vez un anquilosamiento y, en algunas ocasiones el resquebrajamiento de los sistemas políticos.

El exceso de poder por conducto de los órganos y sujetos titulares de los mismos, así como de personas particulares y organismos supranacionales, hace indispensable la fijación de ciertos límites que al ser vulnerados precisan de instrumentos de control. Uno de los máximos problemas, hasta la actualidad irresuelto y que ha puesto en entredicho al constitucionalismo y ha sido motivo del surgimiento de novedosas doctrinas, como el garantismo, lo es, la forma de cómo controlar el poder, por tal motivo, el trabajo se ha intitulado: **“El control del poder”**.

La teoría del control, es a quien le concierne el diseño y la aplicación de los instrumentos de control, con la intención específica y clara de mantener a órganos y personas dentro de los márgenes normativos y racionales, a efectos de tener un Estado eficiente y eficaz y, como consecuencia un respeto por los derechos humanos.

Los que ejercitaron el poder e incurrieron en exceso en la Ciudad Antigua, estuvieron sujetos a control, cuyos medios de control procedían contra las

instituciones y las personas; dichos instrumentos estuvieron impregnados por doctrinas, religión, y un poco después, durante la República, se vincularían e interrelacionarían, religión y derecho.

Salvo ciertas excepciones, las diversas teorías que se construyeron en la Ciudad Antigua y en la modernidad, han cumplido con su cometido, pero vivimos en una sociedad dinámica que reclama nuevas teorías respecto al control del poder. Como consecuencia de que en la antigüedad y en la modernidad, se sancionó al sujeto o en su caso se eliminó el acto o la norma a través de la privación de validez y de vigencia, situación que en la actualidad todavía continúa operando en los mecanismos de control, épocas, donde se ha controlado el exceso de poder, pero con un deslinde radical entre objetividad y subjetividad, cuya sanción objetiva generó la exclusión de la responsabilidad subjetiva y viceversa, con una perspectiva subjetiva se eliminó lo objetivo que dio pauta a la tiranía de los controles políticos.

Los sistemas políticos de la actualidad, Europeos y Latinoamericanos, disponen de instrumentos de control no idóneos en su mayoría, los cuales, no han podido tener eficacia en el control del poder, de ahí la crisis del Estado de derecho; problemática que se ha agravado ante la inexistencia de una teoría particular y unificadora que respete divergencias. Instrumentos de control político y jurídico que no responden, hoy por hoy, a la conformación de los órganos de poder público y al surgimiento de nuevos centros de poder; resultando de carácter necesario su rediseño, o en su caso, su actualización y revisión.

El surgimiento de nuevos centros de poder en el ámbito supranacional, ha motivado, la proliferación de instrumentos de control de corte supranacional, los cuales son pocos y no se han podido desenvolver, ni desarrollar con mucho éxito, por lo tanto, es urgente crear organismos supranacionales con facultades de control, la tendencia es congruente, sólo de ésta manera, se daría un gran avance al diseñar organismos de control con esencia, no regional, sino mundial.

El problema del control del poder, debe ser analizado por conducto de una teoría objetiva-subjetiva, con características dúctiles, de este modo, ayudaría en parte a resolver la situación, en el entendido de que no representaría una panacea, ni sería razonable creerlo.

Los objetivos que se pretenden colmar, con el presente trabajo de investigación, son: el de estudiar y explicar el origen del control del poder; analizar las teorías que se han diseñado desde la antigüedad hasta el presente; familiarizar y familiarizarme con conceptos de actualidad que guarden conexión con el tema y que se muestran imprescindibles en su conocimiento; indagar y explicar la manera de funcionar los controles políticos y jurídicos en los sistemas democráticos, el modo de funcionar los organismos supranacionales y sus mecanismos de control en el ámbito Europeo y Latinoamericano; y esencialmente, establecer una propuesta teórica que responda a la gran interrogante ¿Cómo controlar a quienes ejercitan el poder político y social, y se exceden en su ejercicio?.

En el tratamiento del tema, se utilizaron diversos métodos, como el histórico, el sintético, el inductivo, el analítico, el de derecho comparado, así como las técnicas de investigación y de campo.

Durante la investigación, me enfrenté a diversas limitantes las cuales superé con éxito, pero la más difícil, fue la de haberme privado de mi familia por casi tres años o más, tiempo que nunca podré reponerles, esperando con la presente tesis, lo haya hecho en parte, porque las grandes instituciones como la Familia, mi Universidad, mi Facultad conjuntamente con sus catedráticos, no se merecen menos, sino algo propio de ellos, y sopesando en la balanza de la justicia, resulta que a grandes instituciones, grandes aportaciones. Teniendo en cuenta que es poco lo que les puedo ofrecer con dicho trabajo, sin embargo, para el hombre apasionado que tiene la esperanza en el derecho, el cual ha sido su

antorcha en sus largas e ignotas travesías académicas, es para él un privilegio y trata de hacer de este mismo su sacerdocio.

CAPITULO I EL CONTROL DEL PODER EN LA ANTIGÜEDAD

SUMARIO: CAPÍTULO I EL CONTROL DEL PODER EN LA ANTIGÜEDAD. A El control del poder en Esparta. 1.- La antigua Esparta. a.- Licurgo y la gran Retra. 2.- La diarquía. a.- Origen del poder real. b.- El control del poder real. 3.- El régimen político administrativo. a.- El eforado. I) Origen del eforado. II) Conformación del eforado. III) Primitivas funciones de control de los éforos. IV) El control del eforado. V) Reformas de la institución. b.- La Gerusía. I) Origen. II) Conformación. III) El control del poder de la Gerusía. c.- La Apella. I) Origen. II) Conformación. III) Resoluciones. IV) Control del poder. **B El control del poder en Atenas** 1.- El régimen estatal de Atenas. a.- La Asamblea popular. I) Conformación. II) Resoluciones. III) El control sobre el poder político y social ejercido directamente por la ciudadanía, y también existió un control del poder político hacia la ciudadanía. IV) Las facultades y el control del poder en la Asamblea ordinaria. A) Facultades legislativas. B) Facultades jurisdiccionales. C) Facultades de control sobre el gobierno. V) El control del poder en Asamblea plenaria. b.- El Consejo de los Quinientos. I) Organización. II) Sesiones. III) El control sobre el Consejo y sobre los miembros de este. IV) El control del poder de la Bule, y ésta sobre la Asamblea y los magistrados. c.- El tribunal ateniense de jurados. d.- Los magistrados y los jueces. I) Organización. II) Nombramiento de los magistrados. III) Funcionamiento de los colegios de magistrados. IV) Poder y responsabilidad de los magistrados. A) Al inicio de su encargo. B) Durante el ejercicio de su encargo. C) Al término de su encargo. e.- Instrumentos de control. I) Moción ilegal. A) Órgano competente. B) Competente para presentar. C) Sujetos u órganos contra los que procede. D) Efectos suspensivos. E) Hipótesis de procedencia. F) Resolución. II) *Grafeparanomoi* o queja contra la ilegalidad. A) Órgano competente. B) Competente para presentarla. C) Sujetos u órganos contra los que procede. D) Efectos suspensivos. E) Hipótesis de procedencia. F) Resolución. III) Procedimiento de vigencia de la ley. **C El control del poder en Roma** 1.-**La Monarquía.** a.- El Rey. I) La lucha por el poder. II) Características del poder monárquico. III) El contenido de las facultades. A) Poderes de designación. B) Función legislativa. b.- Los Colegios Sacerdotales. I) Colegio de los Pontífices. II) Colegio de los Augures. III) Colegio de los Feciales. c.- El Senado. I) Participación del Senado en la designación del rey. d.- Las asambleas populares (tribus, curias y centurias). 2.-**La República.** a.- La equiparación del patriciado y la plebe, y la participación de estos últimos en instrumentos de control. b.- El equilibrio de poderes durante la República romana. c.- El Senado. I) Composición. II) Funcionamiento y control por parte del Senado. III) El control del poder. A) El control de la actividad religiosa por conducto del Senado. B) El control sobre el Senado en materia militar y éste sobre los magistrados. C) Función legislativa y declaración de inconstitucionalidad. D) Situación extraordinaria. E)

Finanzas públicas. F) Control del Senado hacia los magistrados y la Asamblea. G) La ausencia o muerte de los cónsules (magistrados). H) Facultades de nombramiento. d.- Las asambleas populares. I) Estructuración. A) *Comitia centuriata*. B) *Comitia tributa*. II) Procedimiento comicial. III) Competencias. A) Competencias de los *comitia curiata* B) Competencia legislativa de los *comitia tributa* y *centuria*. C) Competencia electoral de los *comitia tributa* y *centuria*. D) Facultades jurisdiccionales. e.-Tribunos de la plebe. f.- Magistraturas. I) Elección II) Organización. III) Imperium. IV) Limitación y control sobre las magistraturas. A) La temporalidad. B) Colegialidad. C) Gratuidad. D) La *provocatio ad populum*. E) Responsabilidad al finalizar su encargo. F) *Intercessio*. g.-Instrumentos de control. I) La *auctoritas patrum* del Senado. II) La *provocatio ad populum* a favor del gobernado romano. A) Promovente. B) Órgano de control. C) Órgano sujeto a control. III) La *intercesio* de los magistrados y tribunos de la plebe. .A) Órgano de control. B) Órgano sujeto a control. C) Hipótesis de procedencia. IV) Procedimiento censorio. A) Declaración. B) Negativa a proporcionar datos. C) Valoración favorable y desfavorable. D) Nota desfavorable. E) Finalización del censo.

A El control del poder en Esparta.

1.- La antigua Esparta.

a- Licurgo y la gran Retra.

Los historiadores, estudiosos de las instituciones espartanas, coinciden en atribuir al equilibrio de poderes imperante entre los diversos órganos, el mérito de la permanencia que alcanzó la Constitución de Licurgo, sobre la base de un sistema donde estaban combinadas las tres formas de gobierno, monarquía, aristocracia y democracia, y que como consecuencia, impedían el exceso y abuso de poder de parte de alguna institución.

Las instituciones espartanas tuvieron muy bien delimitadas sus atribuciones; que generalmente se ejercían de manera complementaria, es decir, que una atribución estaba conferida a dos o más, de tal manera, que los obligaba a actuar bajo un sistema de coordinación, en el entendido de que ninguna podía

desempeñar su actividad clandestinamente, por esto fueron instituciones que se complementaron y apoyaron recíprocamente.

Las instituciones tuvieron sustento en la Constitución atribuida a Licurgo, cuyo documento estableció los parámetros del sistema social y económico.¹ La carta fundamental del Estado espartano, fue de carácter inalterable y de obligado cumplimiento, debido a que se le atribuye una precedencia divina, bajo el supuesto de que estaba relacionada con las leyes cretenses dictadas por Zeus y porque fueron facilitadas por el oráculo de *Delfos*.

El origen de la *Retra* (cosa dicha) ha sido motivo de diversas hipótesis; pero lo que es un hecho, es que es, el claro ejemplo de una sociedad en constante cambio y evolución, pero con un objetivo claro, el equilibrio de poder que privó desde sus inicios en las paradigmáticas instituciones del pueblo de Esparta. Sin embargo, dichos documentos sufrirían reformas entre los siglos VI y VII a.c., con el propósito de limitar el poder legislativo de la Asamblea, dicho cometido de controlar el poder, se le otorgó a la Gerusia. Aunque otros niegan la reforma, lo cierto es que en la práctica la Asamblea estuvo sujeta a control.

2.- La diarquía.

Son bien conocidas por los historiadores las diversas tendencias que han tratado de dar explicación a la génesis de la diarquía, es así, que se han presentado diferentes corrientes en la actualidad, de entre las que destacan, la expuesta por L.PARETTI y G. DE SANCTIS, la sostenida por P. OLIVA, o la defendida por P. A. CARTLEDGE.² Lo cierto y como así lo confirman los datos históricos, el sistema

¹ “Es un extraño pasaje, redactado en forma de oráculo delfico que ordena, entre otras cosas, proceder a una nueva distribución de la población en tribus, (en las tres tradicionales Hylleis, Dymanes y Panfhyloi) y en divisiones administrativas de carácter local cuyo número se ignora, establecer en treinta, incluidos los dos reyes, el número de miembros de la Gerusia, reunir periódicamente a la Apella o asamblea en un recinto abierto sin portal alguno, edificio próximo o estatua que distrajera las deliberaciones, finalmente, aprobar esta ley mediante el asentimiento del pueblo.” Casillas, Juan, M., *La Antigua Esparta*, Madrid, Arco/Libros, S. L., 1997, p. 33.

² “La primera teoría expuesta entre otros por. L.PARETTI y G. DE SANCTIS, se basaba en la presencia de las tres tribus Dorias que con la formación de la diarquía acometieron un proceso

de gobierno del Estado espartano estaba sustentado en una diarquía, es decir, en dos reyes recaía el poder político, con iguales poderes, uno de los cuales pertenecía a la familia de los Agidas y el otro a la de los Europontidas, en el sentido de que habían desaparecido los dioses, pero la realeza continuaría hasta la época helenística, la cual no se desvincularía de su carácter simbólico y carismático, el cual devenía de que el monarca era considerado un personaje público y no privado, representante del Estado y descendiente directo del dios Heracles lo que lo conectaría con la divinidad, lo que propició que a su muerte fuese considerado como un héroe o daimon, al servicio de la comunidad.

a.- Origen del poder real

El origen del poder político tenía las siguientes características: era una magistratura vitalicia y hereditaria, en donde la lucha por el poder se daba en virtud de ésta última, es decir, que el poder de los monarcas se originaba por sucesión, aún cuando es dable expresar que no era necesario que el poder recayera en el primogénito o se transmitiese de manera directa, porque: "Siempre heredaba el hijo por delante del hermano, y entre los hijos el primero nacido tras la nominación de su padre como rey, aunque hubiera un primogénito absoluto. Es

reductivo; así, se mantuvieron en el poder los Basilei de los Hylleis y de los Dymanes, mientras que los Panphyloi quedaban aislados en Amiclas, localidad situada a pocos kilómetros de Esparta. No obstante, el punto débil de esta conjetura es que no se aprecia en la historiografía antigua una inferioridad de esta última tribu con respecto a las otras dos y, tampoco que la supresión del tercer basileus tuviera su puesto la eliminación de toda la tribu.

La segunda hipótesis defendida por P. OLIVA, se basa en el asenso a la realeza de un segundo magistrado que evitara el monopolio político y la tiranía que podía ejercer un único monarca. En contra se puede argüir que el poder regio fue progresivamente limitado, desde el arcaísmo, por otras instituciones como la del eforado o la gerusia. Una forma particular de esta segunda teoría es considerar la diarquía como la persistencia de la pareja micénica Wanaslawaghetas que evolucionó desde una colegialidad desigual a otra semejante tratándose así, la perfecta continuidad de las formas políticas del periodo micénico y arcaico.

La tercera tendencia, postulada por P. A. Cartledge e interesante en sus planteamientos, se centra en el proceso sineicístico como origen de la ciudad de Esparta y de sus instituciones. El territorio que rodeaba la fértil llanura del río Eurotu estaba distribuido entre cuatro pequeños poblados autónomos: Cinosura, Mesoa, Pitana y Limna; en el transcurso del siglo VIII a.c. por intereses políticos y económicos las aldeas se fusionaron en única polis. Como consecuencia de este suceso las dos villas más fuertes, o los iniciadores del proceso unificador impusieron como basilei a sus respectivos jefes, los Agidas procedentes de Pitana y los Euripóntidas oriundos de Limna; el cuadro se completó unos años después con la conquista y absorción de Amiclas lo que concluyó la configuración definitiva de Esparta como ciudad." Ibidem, p. 35.

decir, perdía la colateralidad frente a la descendencia y, en esta, se imponía el nacimiento en la púrpura. Esto permitió que con frecuencia reinara el hijo menor frente al mayor y, que en más de una ocasión accediera al trono en minoría de edad, lo que obligaba a la designación de un regente hasta que el rey alcanzara la mayoría, regencia que en los casos conocidos correspondió fundamentalmente a un hermano o a un tío del monarca”.³

La diarquía representaba ya, una limitación a los poderes omnimodos de los diarcas,⁴ en el entendido de que se limitaban reciprocamente; pero cuando surgía un conflicto entre estos; un órgano constitucional que sirvió de arbitro y de mediador entre las partes en conflicto, lo fue el eforado espartano, aún cuando: “En la práctica terminaba imponiéndose la voluntad del rey que tenía mayor fuerza; esta le venía dada tanto de parte del poder de la familia del rey como del asunto en cuestión y de lo que pudiera afectar al Consejo o al pueblo”.⁵ Asimismo, había situaciones en que verdaderamente desempeñaban facultades de naturaleza absoluta, es decir, sin ninguna limitación, las cuales se daban en épocas de guerra, pero una vez que hubiese concluido ésta el poder diarquico quedaba sometido a diversas limitantes, ya sea, por su igual, o por los demás órganos políticos.

Estaban subordinados al Senado en todos los asuntos y, después de la batalla de Platea, sus atribuciones fueron reduciéndose a favor de los éforos.

b.- El control del poder real

³ Ibidem, p. 38.

⁴ “Esta extraña institución fue probablemente fruto de un compromiso entre dos cosas emparentadas y, por eso mismo, rivales, o acaso nació como hábil expediente encaminado a aprovechar las ventajas psicológicas que el sistema monárquico presenta para el mantenimiento del orden social y del prestigio nacional, a la vez, prevenirse contra cualquier tendencia absolutista. Los poderes de los reyes espartanos eran limitados; realizaban los sacrificios de la religión del estado, dirigían la administración de justicia y conducían al ejército en la guerra.” Durant, Will, *La vida de Grecia*, Traducción de Luis Tobio, Tomo I., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1945, p.133.

⁵ Mangas, Julio, *Textos para la historia antigua de Grecia*, Madrid, Cuarta Edición, Ediciones cátedra S. A., 1986, p. 70.

El poder que detentaban los monarcas estaba sometido a control, las instituciones que ejercieron tales funciones lo fueron la Apella⁶ y el eforado⁷ espartano.

En un mismo sentido y como consecuencia de proteger a los ciudadanos espartanos, los reyes podían ser sujetos de responsabilidad civil o penal,⁸ de forma tal, que en la diarquía el Estado espartano contó con los instrumentos de control suficientes que vinieron a materializar un equilibrio entre sus órganos políticos, evitando de esta manera el exceso y abuso de poder por parte de los reyes.

En cuanto a sus facultades, estos gozaban de determinados privilegios con relación a los ciudadanos espartanos, y de ciertas prerrogativas en materia religiosa. Asimismo, en asuntos de guerra detentaban la jefatura del ejército,⁹ tenían competencia en asuntos civiles y en materia de relaciones exteriores.

3.- El régimen político administrativo.

Los tres órganos del régimen político, característicos de las ciudades griegas en los primeros siglos del primer milenio, rey, Consejo y Asamblea, se

⁶ “La Apella desempeñaba un control más restringido que el de los eforos aunque en determinadas ocasiones esta institución fue utilizada como freno de las aspiraciones reales debatiendo y votando resoluciones contrarias a los deseos del rey, como la que señaló el inicio de la feroz guerra del peloponeso en 431 a. c. aprobada frente a la prudencia y sensatez reclamados por Arquidamo II.” Casillas, Juan, M., Op. Cit., p. 37.

⁷ “...mediante la facultad de oponerse a los designios de los diarcas –como aconteció en 396 a. c. al mostrarse contrarios a la campaña asiática de Agesilao II- o por la observación cada nueve años del cielo en busca de una estrella fugaz que indicase que los reyes habían errado, lo que permitía suspenderle en el ejercicio de sus funciones hasta consultar el Oráculo de Delfos. Loc. Cit.

⁸ “En defensa de los intereses de la comunidad ciudadana a los diarcas se les podía exigir responsabilidades civiles o penales e imponerles castigos cuando los intereses espartanos se hubieran visto dañados; así tenemos noticias de multas (AGIS II), deposiciones (LEOTIQUIDAS II), exilios (DEMARATO) y ejecuciones (AGIS IV).” Loc. Cit.

⁹ “Constitucionalmente los reyes estaban sometidos a un férreo control ejercido por otras instituciones como el eforado, la Gerusia e, incluso en determinados asuntos como la declaración de guerra debían acatar la voluntad de la asamblea.” Ibidem, p. 35.

conservaron en Esparta en los periodos siguientes; aunque con especiales características.

Esparta iría a tener un régimen político, conformado por cuatro instituciones las cuales tenían como una de sus finalidades básicas la de controlar el poder de los reyes, es así; como se puede ubicar al eforado, una institución creada al término de la segunda guerra con Mecenia en el siglo VII. En este sentido, los éforos representantes religiosos de las aldeas van a tener ahora poder político para controlar el poder de los reyes, la Gerusia y la Apella.

a.- El eforado

I) Origen del eforado.

Con relación al origen del eforado espartano, se han dado diversas versiones, algunas que existió dicha institución antes del siglo VIII.¹⁰ Sin embargo, si existió, se ha argumentado que solamente debieron poseer poderes religiosos. Algunos otros ubican su origen después de la guerra de Mesenia,¹¹ con relación al autor de dicha institución se ha dicho que fue Licurgo,¹² algunos otros historiadores se lo atribuyen al rey Teopompo.¹³

¹⁰ "El eforado existía ya antes de Licurgo y, sin embargo, no aparece mencionado en las referencias que sobre la legislación de Licurgo han llegado a nosotros." Durant, Will, Op. Cit., p. 134.

¹¹ "Hoy parece generalizarse la tesis que conecta el origen del poder (y también tal vez la de la creación) de los éforos con los acontecimientos habidos en Esparta después de la segunda guerra contra Mesenia. Coinciden cronológicamente esos años con el establecimiento de tiranías en otras ciudades griegas. El pueblo, aprovechando el poder que había demostrado en la guerra, exigió la reestructuración de la constitución: los éforos, a partir de entonces se manifiestan como un órgano democrático y son los guardianes de la constitución. No resulta, pues, extraño admitir que realmente entonces se instituyó el eforado." Mangas, Julio, Op. Cit., pp. 70-71.

¹² "Así sucede con Herodoto (1-65) y Jenofonte, quien en la república de los lacedemonios parece dar a entender, indirectamente, esta posibilidad (cfr.8-1-3); de igual opinión es Platón en una de sus cartas (epist.8.354-b); y Diógenes Laercio (1-68)." Casillas, Juan, M., Op. Cit., p. 38

¹³ "En cambio, en el texto de la política de Aristóteles se mantiene otra versión diferente pues se considera que la institucionalización del eforado fue debida al rey Teopompo, que vivió en el último cuarto del siglo VIII a. c. (s-1313 a 26); Esta opinión es mantenida también por Plutarco(lyc.7.1), y sorprendentemente por Platón en una de sus obras para indicar que primero un hombre con poderes divinos creó la Gerusia y otro con posterioridad el llamado "tercer salvador" a los eforos (lg.691.d692 a), el rey consolidó el Estado, dotó a Esparta de nuevas e imprescindibles tierras con

II) Conformación del eforado.

El eforado espartano estaba compuesto por cinco personas denominadas éforos, representantes de las cinco aldeas o *Komai* las cuales se unieron en cinecismo para formar la ciudad de Esparta,¹⁴ los cinco éforos eran elegidos democráticamente de manera colegiada y anual por la Asamblea,¹⁵ y vinieron a constituir como representantes del pueblo, un freno al poder regio, este último era representante de la aristocracia.

III) Primitivas funciones de control de los éforos

Sobre el control del poder que ejerció en su origen el eforado, se tienen pocas noticias. La tradición concede a Elatos el honor de haber sido el primer éforo epónimo a mediados del siglo VIII a. c. Su nombre, “*el que mira las estrellas*“, puede estar en relación con la inicial obligación que tenían de observar el cielo una vez cada nueve años, en busca de estrellas fugaces que determinaran si los reyes se habían equivocado. En el supuesto de un dictamen negativo, a los diarcas se les retiraba el poder y, la decisión posterior se dejaba en manos del oráculo de Delfos. Esto permite suponer, que originalmente eran sacerdotes a los que se les confiaban materias religiosas y, cuyo poder e influencia no era tan extraordinario; como el que tuvieron durante la época clásica; en la sociedad griega arcaica; una magistratura administrativa a menudo se combinaba con el cumplimiento de obligaciones religiosas. Por lo tanto, dicha facultad de control, la

la conquista de Mecenía, y promulgó una legislación que aunó las aspiraciones de los espartiatas-.” Ibidem, pp. 38-39.

¹⁴ “...en cambio, si correspondían a la segmentación de Esparta en cinco Komai o aldeas, los primitivos Mesoa, Pitana, Limnas y Cinosura más la conquistada “Hacia el 740. a. c. “Amiclas, fecha aproximada que coincide con los nombres más antiguos de los éforos que conocemos.” Ibidem, p. 39.

¹⁵ “...señalaremos que el procedimiento de selección es desconocido, Aristóteles indica que “donde luego, esta magistratura debía ser electiva de entre todos, pero no del modo en que lo es ahora porque es demasiado pueril” (Pol-1270 b 27-28); este texto combinado con otro de Platón (lg.3.692 a) parece dar a entender que la elección no se realizaba como en algunos estados griegos, por votación o por sorteo sino que había una tercera vía extraña, pero de la que hay noticias para la designación de cargos públicos en Esparta, como era la proclamación por la asamblea de ciudadanos; así, ésta forma de acceso a la magistratura les confería el carácter de representantes del demos.” Ibidem, p. 42.

podemos considerar como el origen de la cuestión de confianza, pero ésta, no devenía del pueblo u órgano, sino que tuvo por origen la religión.

IV) El control del eforado

Sus poderes de control fueron amplios. Los éforos ocupaban la dignidad durante un año, siendo el de más edad quien asumía la responsabilidad de ser el epónimo y dar su nombre al año. Tenían la obligación de convocar y presidir la Apella, mantener el orden y vigilar el cumplimiento de la legislación constitucional espartana; una importante limitación al poder regio; ya que podían llevar a juicio al rey, si consideraban que había faltado a la Constitución. Para llevar a buen fin sus obligaciones, disfrutaban de plenos poderes legislativos y judiciales al disponer de competencias en materia civil y, gozar de autoridad disciplinaria sobre el conjunto de ciudadanos, incluidos los propios reyes; gozaban de la importante potestad de interpretar las leyes y normas de carácter consuetudinario; examinaban los actos de los funcionarios públicos quienes estaban obligados a presentarles los resultados de su trabajo al abandonar su labor; vigilaban las acciones de los reyes en el ejercicio de su dignidad, e incluso en campaña le acompañaban los dos éforos; en el caso de que los diarcas hubieran transgredido una norma, se les podía imponer multa y en algunas ocasiones, aplicaban arrestos; eran los responsables últimos de la sumisión de los hilotas, pues debían evitar que organizaran alborotos o revueltas para lo que disponían de su propia policía; organizaban las *Kripteia* y podían ejecutarlos sin previo juicio; y, como representantes del demos, tenían la potestad de supervisar las finanzas, los negocios de la polis y la política exterior. Las relaciones con los reyes fueron tensas y faltas de confianza; ambos, mensualmente intercambiaban juramentos; los primeros en nombre propio y los éforos en el de la ciudad, juramentos que obligaban a los monarcas a reinar según las leyes establecidas, y a la ciudad a otorgar, si aquel mantenía lo prometido, sumisión inquebrantable a la institución real.

Lo cierto es que el eforado fue una de las instituciones, de las cuales se sirvió el pueblo de Esparta, para hacer frente mediante dicho órgano de control a las facultades omnipotentes inherentes al sistema diarquico y, asimismo, el eforado fue un mediador con relación a los conflictos de poderes, a fin de evitar las patologías del sistema político, sin duda alguna, una muestra de ingeniería constitucional y de control del poder. También fue importante la cuestión de confianza de naturaleza religiosa, una figura que en la actualidad se sustenta en la voluntad del electorado, fue un instrumento de control que ejerció el eforado en contra del poder regio, propio de las instituciones que se regían por sistemas religiosos, como lo fue en un inicio Esparta.

V) Reformas de la institución.

A partir de mediados del siglo VI, se dará una profunda reforma a la institución del eforado espartano, cuyo autor fue Quilon,¹⁶ y debido al conflicto entre aristocracia y el pueblo, el cual trascendió a los órganos políticos y, a la victoria en la guerra de Mesenia, fue preciso reforzar la autoridad del Estado e incrementar la unidad del pueblo espartano, la reforma trajo como consecuencia que se incrementara el poder aristocrático y, la unión y solidaridad del pueblo. Este reforzamiento se debió a la renovación de las antiguas costumbres, al fortalecimiento psicológico y en donde el eforado espartano fue el encargado de reforzar y preservar esas tradiciones, aún cuando Jenofonte se lo atribuya a la comprensión ciudadana de la ley y su obediencia,¹⁷ lo cierto, es que fue un factor más. “A mediados del siglo VI los éforos llegaron a tener tanta autoridad como los reyes, y después de las guerras médicas, fueron, de hecho los magistrados supremos, recibiendo

¹⁶ “El autor de la misma fue el éforo Quilon, uno de los siete sabios de Grecia y considerado por los espartanos, como un segundo Licurgo.” Ibidem, p. 40.

¹⁷ “No obstante, Jenofonte en *La República de los Lacedemonios* justifica la asunción de tan extraordinarios poderes por parte de los eforos en la comprensión de los propios ciudadanos de que “obedecer es el mayor de los bienes, lo mismo en la ciudad que en el ejército y en la familia; “por lo que, cuanto mayor poder tiene el magistrado, tanto mejor creyeron que podían imponer este respeto a los ciudadanos, induciéndoles a obedecer (8.3).” Ibidem, p. 41.

embajadas, resolviendo las contiendas jurídicas, mandando los ejércitos y dirigiendo, deponiendo o castigando a los reyes”.¹⁸

El eforado mantuvo su estructura y funciones hasta la época Helenística, cuando el rey reformador Cleómenes III la suprimió en el año 235 e impuso un Consejo de Magistrados (denominados *Patronomoi*) con un número comprendido entre los seis y los doce miembros. Años después tras la derrota del rey en la batalla de Selasia en 222, el eforado fue rescatado por el soberano Macedonio Antigonos Doson, al parecer, Nabis lo volvió a suprimir hacia fines del siglo III a. c. restituyendo los *Patronomoi*. En época romana, la institución subsiste aunque considerablemente mermada en sus funciones, prerrogativas y poderes.

b.- La Gerusía

l) Origen

El origen de la institución es desconocido, pudo tener su génesis en época anterior al cinecismo u organización de Esparta como ciudad, pues en los poemas homéricos aparecen formas de gobierno similares y existe la presunción de que la primitiva composición de esta institución debió estar en función de un número fijo de miembros que representarían por igual a los tres *Phylai* o tribus: *Hileis*, *Dimanos* y *Pánfilos* y, a los cinco *Obai* locales de Esparta: es decir, en su comienzo los *gerontes* serían escogidos según el principio tribal y representarían a algunas *gens* o a las *fratrías*.

Tal vez, se pensaba que este era un modo cómodo y realista de simplificar el proceso democrático. Al Senado correspondía la iniciativa legislativa, actuando además como tribunal supremo en las causas de muerte y, generando la política general del Estado.

¹⁸ Durant, Will, Op. Cit., p. 134.

II) Conformación.

Algunos tratadistas han expresado que dicho órgano encarnaba el elemento aristocrático. El Consejo de ancianos o la Gerusia se encontraba integrada con treinta miembros, veintiocho miembros que deberían de cumplir con los siguientes requisitos; tenían que ser ciudadanos espartanos, no sabemos quienes, de entre los ciudadanos, eran elegibles para tal dignidad; aunque es de presumir que gozaban de ese derecho los *homoioi*, o iguales, propietarios del suelo de Lacedemonia, que habían servido en el ejército y aportaban su cuota de alimentos a las comidas comunes; tener como mínimo sesenta años de edad, debido a que los menores de edad eran tenidos por poco maduros para intervenir en las deliberaciones y, los otros dos eran los dos monarcas reinantes en ese momento, los veintiocho miembros eran elegidos por la Asamblea y, debían comparecer por turno y silenciosamente ante ésta, siendo designado para el cargo, aquel que fuera acogido con mayores y más prolongadas aclamaciones, además de que se elegían en función de grupos aristocráticos y elitistas.¹⁹

III) El control del poder de la Gerusia.

No se conocen las funciones de control de la Gerusia en el periodo arcaico. Sólo tenemos noticias de ellas para la época clásica, una vez que la institución estuvo perfectamente formada y definido su papel dentro de la sociedad espartana. Las atribuciones más importantes de que disfrutaba se localizan en el área jurídica, entendía de la administración, de la justicia criminal, como órgano supremo. Así, tenían autoridad para tomar decisiones en los litigios de carácter penal que conllevaran la pena capital, como en los procesos de criminalidad y de traición al Estado, y cuya resolución era inapelable; podían imponer el castigo de *atimia* o privación de derechos que impedía al condenado (*atimos*) participar en las actividades públicas y pertenecer a los grupos de hermandad y asociaciones

¹⁹ “La única referencia es la que se encuentra en Plutarco (Lyc.26.2) quien indica que era elegido - siempre en un ámbito aristocrático y elitista- de por vida el mejor y más sensato de los candidatos presentados mayores de sesenta años.” Casillas, Juan, M., Op. Cit.,p. 42.

militares hasta que no se le restituyera la *epitimia*; y, estaban capacitados para desterrar a los que delinquían y no eran dignos de ser considerados ciudadanos. Disponían de ciertas competencias, de control sobre la política exterior aunque no muy extensas.

Tenía a la vez funciones preboleuticas. Todos los proyectos que fueran a exponerse en la Asamblea, debían pasar antes por sus manos donde se decidía su rechazo o su presentación al pueblo, si la Asamblea no estaba conforme, la Gerusia podía disolverla o escucharla, quedando con la posibilidad de decidir incluso en contra del parecer de aquella. Cuando fue asegurándose el colegio de los éforos, también la Gerusia, como los reyes, perdió poder, pero su prestigio y la organización de la constitución la siguió manteniendo con vigencia a través del resto de la historia de Esparta.

También, tenían la obligación de estudiar las leyes que con posterioridad eran sometidas a la aprobación de la Asamblea y, disolverla si el proyecto era rechazado.

Por lo anterior, parece ser que en materia legislativa, sus facultades fueron muy extensas, por encima de las de la Asamblea, en el entendido de que en principio la Gerusia decidía si sometía o no un proyecto de ley a la Asamblea, de una forma u otra ejercía un poder muy amplio, sin embargo, una vez sometido el proyecto a la Asamblea, si esta última lo rechazaba, era un veto que podía ser superado, a través de la facultad de disolución de que disponía la Gerusia, como medio de control en contra de la Asamblea como consecuencia de la resolución negativa.

c.- La Apella

I) Origen

Los orígenes de la Apella permanecen en la oscuridad, el texto de la Retra que hace referencia a la misma no permite desentrañar la verdadera función de la Asamblea en el juego político del Estado Lacedemonio. Sólo disponemos de testimonios parciales, no muy concretos, incluso de carácter indirecto que exclusivamente permiten el conocimiento incompleto, sesgado y poco clarificador de ésta institución. Parece seguro que la configuración más documentada corresponde a época clásica, aunque posiblemente debió sufrir una importante remodelación a fines del arcaísmo, cuando el centro del poder se desplazó hacia el éforado, no obstante, en el estado actual de nuestro conocimiento, no se puede precisar con una mayor concreción el alcance de ésta reforma.

II) Conformación

La Apella o Asamblea del pueblo, considerada como el elemento democrático, aún cuando por otros tratadistas es calificado el régimen de Esparta como aristocrático por el mínimo papel político de la Asamblea,²⁰ la cual estaba conformada por todos los espartiatas pertenecientes al grupo de los *Homoio*, que habían llegado a la edad de treinta años, con plenos deberes militares y derechos políticos, y que deberían ser ciudadanos, en si eran unos 8000 de una población aproximadamente de 376000, quedando excluidos los semiespartanos.²¹ La única ocasión en la que la Apella quedaba abierta a la asistencia del resto de los Lacedemonios, mujeres, periecos, y otros grupos de población dependiente que

²⁰ “Esta Asamblea se presenta semejante a la que tenían las ciudades griegas en el periodo oscuro y no cambió en lo fundamental en los siglos siguientes. Este escaso papel político de la Asamblea es uno de los elementos que obligaban a caracterizar de aristocrático el régimen espartano. A pesar de ello, a partir de comienzos del siglo VI, con la importancia que adquirió el ejército de hilotas, debió igualmente ser mayor el peso real de las opiniones manifestadas en la Asamblea, ya que los dirigentes debían contar con el pueblo para poder poner en práctica sus decisiones.” Mangas, Julio, Op. Cit., p. 72.

²¹ “Estaban, pues, excluidos no sólo los periecos e hilotas, sino todos los que, por diversas circunstancias habían llegado a ser (inferiores) es decir, los semi espartanos (pártenos, motases).” Loc. Cit.

en origen habían disfrutado de la ciudadanía, (como los *Hypomeiones*) era con ocasión del fallecimiento y funerales de uno de los monarcas. El pueblo, reunido en la Asamblea, le tributaba su último homenaje y votaba la concesión de los máximos honores que se podían dispensar a una persona.

Sus reuniones se daban una vez al mes, estas eran convocadas en época de luna llena, las cuales tenían lugar en un recinto conocido como *Esciada*, en un principio los reyes y los *Gerontes* tenían la facultad de reunirlos, no obstante, a partir de la expedición de la Retra, la Apella funcionaría permanentemente sin necesidad de convocatoria, las reuniones de la Asamblea eran presididas por el éforo eponimo²² quien tenía la facultad de establecer el orden del día.

III) Resoluciones

Las resoluciones de la Asamblea, ya fuesen en sentido positivo o negativo se tomaban a través de murmullos y gritos, y no por un sistema de votos individuales, además de que sus miembros no podían expresar individualmente su opinión, de esta forma, las propuestas, su debate y discusión, así, como su aceptación o rechazo de las mismas, se hacía por aclamación de los asistentes, resultando en último término un órgano consultivo sin poder de decisión, ya que, en última instancia quienes resolvían eran la Gerusía y el eforado.

IV) Control del poder

La Apella tenía una función consultiva, electiva y en menor medida decisoria. Tenía la potestad de designar a los generales del ejército -brasidas en 424 para conducir la campaña de Tracia- y a los navarcas de la flota - Lisandro en 407, y calicratidos en 406 a. c.-; elegía a los miembros, entre los diversos

²² "Así, en 432.a. c. el éforo Estenelaidas rigió la crucial reunión que abrió las puertas al enfrentamiento contra Atenas y fue él quien determina el cariz de las intervenciones el orden y duración de las mismas y, lo que fue más importante, el método de votación." Casillas, Juan, M., Op. Cit., p. 44.

candidatos presentados, de la Gerusía y del eforado; decidía, en caso de duda, sobre quien debía ocupar el trono, situación que en Esparta acaeció en algunas circunstancias, por ejemplo en 491 cuando se hubo de determinar quien reemplazaría al supuesto rey Demarato, o en 400 al discutirse el sucesor de Asís II, Leontíquidas o Agesilao; otorgaba premios y recompensas, así como menciones especiales y condecoraciones destinadas a los espartiatas que se hubieran distinguido por su valor y entrega; estaba autorizada a conceder cierta libertad a los hilotas distinguidos durante el combate; y disfrutaba de amplias competencias en cuestiones relativas a la declaración de guerra, acuerdos de paz y concertación de alianzas.

Los asuntos de gran importancia pública eran sometidos a la Asamblea y ninguna ley podía ser dictada sin su consentimiento. Sin embargo, pocas leyes llegaron a añadirse a la Constitución de Licurgo.

La Asamblea podía aceptar o rechazar las leyes que se le proponían, pero no discutirlos ni modificarlos. Era, en esencia, lo mismo que la antigua Asamblea homérica, escuchando, como ella, respetuosamente al consejo de los jefes y ancianos o, a los reyes que mandaban el ejército. La soberanía residía teóricamente en la Apella; pero una enmienda constitucional posterior a Licurgo capacitaba al Senado para revocar la decisión tomada por la Asamblea si estimaba que esta había procedido *torcidamente*.

De ésta forma, la Asamblea desempeño diversas funciones de control, ya sea de naturaleza militar a través de la designación de los generales; de decisión con respecto a las personas que se le presentaban como elegibles para el eforado o la Gerusía; tenía injerencia en asuntos de importancia para el Estado, y una de las más importantes, es que ninguna ley podía emitirse sin su consentimiento, requisito *sine qua non*, empero, con posterioridad la Gerusía contaría con la facultad de disolución y revocación, las cuales permitirían superar el veto de la Asamblea.

B El control del poder en Atenas

1.- El régimen estatal de Atenas.

En su conjunto, el poder estatal establecido en Atenas durante la vida de Pericles, se caracterizó, en primer lugar, por el hecho de que la plenitud del poder superior legislativo, ejecutivo y judicial pertenecía a los ciudadanos que se reunían en la Asamblea popular (Ecclesia).

a.- La Asamblea popular

I) Conformación

La democracia directa fue una característica básica del gobierno ateniense, en donde, los derechos soberanos eran ejercidos por la Asamblea popular. Para formar parte de ésta, la persona debería ser ciudadano ateniense y tener veinte años de edad, el presidente de la Asamblea era el *epistato* de los *pritanos* designado cada día por sorteo, pero en tratándose de asambleas electorales y plenarias en el *ágora*, ésta sería presidida por los nueve *arcontes*, y el presidente tenía un secretario y heraldo de la ciudad. Dicha Asamblea se reunía diez veces al año, una vez por *pritanía*, los cuales no eran en fechas previamente establecidas, sin embargo, cada una contaba con su orden del día, es decir, su programa determinado, para dirigir y decidir sobre los asuntos más importantes del Estado ateniense, y en donde, todo participante de manera individual ejercía la libertad de palabra y de iniciativa legislativa.

II) Resoluciones

La sesión comenzaba muy temprano, al amanecer. La sede de la Ecclesia se encontraba, al comienzo en el *ágora* "plaza pública", después del siglo V sólo

servió para pocas sesiones en que debía reunirse todo el pueblo, la colina de la *prnyx* proporcionaba más comonidad para las asambleas ordinarias.

Las resoluciones se daban a través del levantamiento de manos y, se tomaban por seismil votos o, en su defecto depositando algunas piedrecillas y, de forma excepcional se efectuaba el voto secreto, pero este último, se reservaba para las asambleas en que se trataba de tomar medidas graves contra particulares, para las asambleas plenarias en que se vote sobre el *ostracismo* o en caso de prohibiciones legales y, para las asambleas ordinarias que enjuicien actos de alta traición, una vez obtenida una primera votación el asunto puede ser sometido a una segunda,²³ las resoluciones deberían ser protocolizadas.²⁴

III) El control sobre el poder político y social ejercido directamente por la ciudadanía, y también existió un control del poder político hacia la ciudadanía.

Los atenienses mayores de cincuenta años, podían pedir la palabra, estando impedidos para solicitarla, los acusados y condenados, también todo ateniense tenía el derecho de iniciativa. El control se ejercía de manera directa, por lo que, las personas de forma individual podían presentar cualquier propuesta, o crítica, contra algún funcionario público, contra un proyecto de ley o contra una medida ya aprobada por el Estado. Aún, cuando los particulares tenían el derecho de iniciativa, este derecho no era ilimitado, sino que también estaba sujeto a control, dicha iniciativa que acarreaba cierta responsabilidad, se recuerda en la formula del decreto con el nombre del que la propuso, de igual forma, todo

²³ “Nicias vuelve a tratar ese asunto, ya decidido y se dirige a la presidencia: “Y tu, pritano, si consideras tú deber velar por el bien del Estado, si quieres hacer un acto de patriotismo, vuelve a someter el asunto a votación y procede a una nueva deliberación. Si temes volver a lo ya votado piensa que ésta derogación de la ley no podría ser reprensible cuando se hace delante de tantos testigos.” Glotz, G., *La Ciudad Griega*, traducido al español por José Almoína, Tomo XV., México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1957, p. 138.

²⁴ “Comenzaban con la formula: “han establecido el consejo y el pueblo” luego se indicaba que fila era la pritanía, quien había sido su secretario, quien había presidido la reunión, quien de los oradores había formulado tales o cuales propuestas.” Struve, v.v., *Historia de la antigua Grecia*, Traducido por M. Caplan y grupo Editorial, Cuarta edición, Madrid, Akal Editor, 1981, p. 300.

ateniense tiene el derecho de enmienda y, en lugar de la simple adición al *probouleuma*, cualquier ateniense puede plantear un contraproyecto, lo cual sucede a menudo, cuando el *proboleuma* no conviene, es decir, cuando es desfavorable el proyecto.

Los tesoros estaban protegidos contra la impiedad, es decir, en un caso en donde se condenaba a muerte a cualquiera que sometiera a la Asamblea la proposición de tocar la reserva.

Los abusos del derecho de iniciativa son severamente reprimidos: toda proposición ilegal debe ser rechazada por la presidencia de *pritanos* y, puede llevar al autor ante los tribunales.

Al inicio, procedía el *epicheirotonia* o voto de confianza sobre la gestión de los magistrados, un verdadero medio de control previo, la Asamblea deliberaba sobre el aprovechamiento y la defensa del país, recibía las *eisangelias* o acusaciones de alta traición, hacía leer los estados de bienes confiscados y de las instancias en curso por sucesiones abiertas; además, en la sexta *pritania*, decidía si debía aplicar la ley sobre el *ostracismo* y conceder apoyo moral a las acusaciones intentadas por *sifodantia*.

Antes de comenzar las deliberaciones, se llevaba a cabo una ceremonia religiosa.

Cumplidas las formalidades, el presidente ordenaba al heraldo leer el informe de la Bulé sobre el proyecto puesto en el orden del día *probouleuma*, no se podía someter a discusión algún proyecto que no sea enviado por la Bulé, el presidente tenía prohibido introducirla, la Asamblea debe enviar al Consejo toda proposición, el Consejo no tenía derecho de veto, al término se lee un informe de la conclusión favorable o sin conclusión (opinión desfavorable) del Consejo.

Si el informe del Consejo era favorable, se procedía a la *procherratania* a la votación, la cual podía ser entera o parcial. De ordinario, los jefes de partido y sus colaboradores sostenían el peso de la discusión.

La Asamblea tenía una limitante, porque no podía deliberar sobre cualquier proyecto, sino que solamente los que le fueren sometidos por conducto de la Bulé, en caso contrario, se podía combatir una ley por conducto de los instrumentos de control; como la *grafeparanomoi*.

Todos los órganos del Estado ateniense se consideraban supeditados a la Asamblea popular, a la que debían rendir cuentas, de entre esos órganos figuraban el Consejo de los Quinientos, la Helia, el Areópago, el Colegio de los Estrategas, el Colegio de Arcontes y otros funcionarios que recibían sus poderes principalmente por sorteo. Una democracia esencialmente directa, en donde el pueblo ateniense ejerce un control de identidad, pues este era ejercido directamente por la ciudadanía.

IV) Las facultades y el control del poder en la Asamblea ordinaria.

La Asamblea en su reunión ordinaria, aun cuando desempeñaba diferentes potestades que le habían sido conferidas²⁵, también ejercía funciones de control, es así, como la Ecclesia ejerció el control del poder, en materia de relaciones exteriores pues a ella le tocaba decidir sobre la paz, la guerra, las alianzas; se ocupaba de las negociaciones, nombraba a los embajadores, recibía a los embajadores y, les concedía audiencia en dos sesiones por pritania; ratificaba tratados y, designaba a los personajes debiendo confirmarlos con juramento o recibir el juramento de la otra parte.

²⁵ “En la práctica del trabajo de la Asamblea popular tenían mayor significación los siguientes asuntos: la elección de los estrategas y de otros funcionarios militares superiores; la declaración de guerra; la concertación de los tratados de paz y de los tratados de alianzas; la solución de otras cuestiones de la política exterior; el otorgamiento de los derechos de la ciudadanía; la recepción de informes de los altos funcionarios; la promulgación de toda clase de leyes de variada índole; la consideración y confirmación del presupuesto del Estado.” Ibidem, p. 299.

También ejercía el control sobre cuestiones militares, hacía leer el informe de la situación de la flota naval en tiempos de guerra, fijaba los contingentes que se debían movilizar, designaba a los estrategas para todas las expediciones que ella ordena, condenaba al exilio o, a pena de muerte a generales vencidos y vencedores.

A) Facultades legislativas.

Si bien es cierto que ejercía facultades legislativas, también es cierto que la Asamblea estaba imposibilitada para abolir leyes existentes y como consecuencia crear leyes nuevas, debido a que los decretos del pueblo o del Consejo no podían prevalecer por encima de la ley misma²⁶; por tal motivo se ejercería un control con relación a los autores de la propuesta de decreto, aún cuando fuere mínima la modificación a la ley por conducto del mismo, si al sujeto participe de la propuesta no le era otorgada la inmunidad, podía ser sujeto de responsabilidad penal y patrimonial; o en su caso, se le sancionaba hasta con la propia muerte. De ésta manera, los miembros de la Asamblea podían hacer propuestas legislativas, pero los decretos emanados de la Asamblea a través de los cuales tenía como objetivo eludir la ley, la cual contó con una garantía jurisdiccional, sancionar al autor del decreto si a través de este se modificaba su contenido.

Control: por poco que se modificara de las leyes existentes en el decreto nuevo, el autor de esa proposición sacrílega y revolucionaria debe apartar de su cabeza la maldición y la pena que lo amenazan, suplicar gracia con anterioridad, y la inmunidad que solicite solo le puede ser acordada en una Asamblea plenaria, con escrutinio secreto, por 6000 votos al menos.

²⁶ Aristóteles, citado por Glotz quien argumentaba que " la soberanía de las leyes es la condición misma del régimen constitucional "Y que " el Estado en que todo se hace por decretos no es propiamente una democracia puesto que un decreto no tolera ninguna disposición severa." Glotz, G., Op. Cit., p.140.

B) Facultades jurisdiccionales

La parte más importante y especialmente la parte política del poder judicial, sobreentendiéndose que los asuntos que no retiene en su poder, pasan a tribunales directamente emanados del pueblo.

La Asamblea también desempeñaba facultades jurisdiccionales, pero aún cuando era soberana, delegaba parte de sus facultades en los tribunales, reservándose la facultad para intervenir sobre cuestiones de intereses importantes para el Estado, dando indicaciones a los tribunales a través de los votos prejudiciales.

Es así, como conocía de las quejas prejudiciales o *progoles*, otorgando el apoyo moral a petición de aquel ciudadano ateniense, quien tenía la intención de llevar a juicio al autor de un delito o crimen que se relacionare con la ciudad, que podía recaer en cualquiera que hubiese engañado al pueblo.

Con relación a la acusación o defensa votada, la Asamblea podía votar positivamente o en contra, si el acusado ganaba no estaba obligado a seguir la demanda contentándose con la satisfacción moral, pero si le era contraria la votación los *tesmothetes* introducían la *probolé* y la *Katacherrotonia* ante el tribunal.

Sin embargo, en tratándose de la *einsangelia*, cuando a una acusación de este género se planteaba en una de las sesiones principales, la Ecclesia votaba sobre la cuestión previa de aceptación o rechazo. En caso afirmativo, el Consejo se encargaba de declarar, por medio de un *probouleuma* si el asunto debía ser juzgado por la Ecclesia o por un tribunal de *Heliastas* presidido por *tesmothetes*. Si el pueblo en masa se reservaba el juicio, sus poderes eran ilimitados en lo concerniente a la pena; si se inhibía, especificaba en el decreto introductorio de

instancia, la ley cuyas sanciones serían aplicables en caso de condena; por lo regular juzgaba en casos de carácter político.

Como se puede observar la Asamblea también ejercía funciones de control jurisdiccional, ya que, era ella quien decidía sobre los intereses más importantes del Estado, se encargaba de otorgar su apoyo moral al ciudadano quien tenía la intención de acusar de un delito a otro, y la más importante es que conocía esencialmente de asuntos políticos. De ésta forma se le puede ver como un órgano que desempeñaba un verdadero control jurídico.

C) Facultades de control sobre el gobierno.

La Asamblea desempeñó sobre los magistrados, ya sea colegiados o individuales un ferreo control político y jurisdiccional, debido a que antes de que estos entraran en funciones, se les sometía a instrumentos de control previo, durante el ejercicio de su encargo y al término del mismo.

El control que ejerce la Asamblea por un lado en contra de los magistrados, sería a través de la *epicheirotonia* que era un verdadero control preventivo y, en donde en cada *pritania*, nueve meses por año, tenían que hacerse renovar sus poderes a través del voto de confianza, en el caso de que fuera contrario el voto de confianza, además de que no podían continuar en el cargo, eran enviados a los tribunales, donde eran objeto de control jurisdiccional. Aún, cuando el control más severo se ejerce sobre los jefes militares, políticos y los estrategas; la desconfianza se extiende a toda clase de funcionarios y, sobre todo, a aquellos que manejan los fondos públicos.

También, ejercía un control en el momento del nombramiento de los magistrados, pues estos, solamente podían formar parte de la magistratura si eran designados por sorteo o mediante elección, ésta última se da a través de las

asambleas especiales de la *Pnyx*, cuyas operaciones son introducidas por parte del Consejo.

Durante el periodo de su encargo, los magistrados están sometidos a un control continuo. Y, al término de su encargo, los magistrados tienen que rendir cuentas, ante dos comisiones, acerca de su gestión financiera y administrativa, por lo tanto, también se verían sometidos a control al finalizar en sus funciones.

V) El control del poder en Asamblea plenaria.

Además de que se reunía de manera ordinaria, también debía reunirse de manera plenaria donde ejercía funciones de control y de otorgamiento de inmunidad, si bien es cierto que sus decretos se adoptaban y eran válidos sin necesidad de un quórum determinado, también era cierto, que bajo ciertas hipótesis necesitaba de unanimidad o de mayoría en sus resoluciones, por lo que el mínimo de unanimidad era de 6000 sufragios.

La Asamblea en sesión plenaria se reunía para tratar aspectos concernientes a las siguientes hipótesis:

Para designar a los atenienses que debían ser expulsados por aplicación de la ley del *ostracismo*, una verdadera función de control.

En la Asamblea principal de la sexta *pritanía*, inmediatamente después de mediados del año, los *pritanos*, conforme al orden del día, planteaban al pueblo, si querían o no proceder al *ostracismo*. La votación se hacía inmediatamente, sin pasar a discusión. En caso afirmativo, se fijaba el día en que tendría lugar en la Asamblea plenaria la operación misma de la *ostrocografía*. Era necesario apresurarse, porque sólo tenía sentido hacerlo antes de las elecciones, y estas se realizaban todos los años de la séptima a la novena *pritanía*.

El *Ágora* se dividía en diez secciones, con una urna por cada tribu. La presidencia estaba formada por los nueve *arcontes*, rodeados de toda la Bulé. El quórum era de 6000. la votación se hacía por medio de tejuelas, y se inscribía el nombre del que se consideraba enemigo público. El resultado del escrutinio era proclamado en la *pnux*. El exiliado debería irse por diez años.

Para conferir la *adeia*, la impunidad o la gracia, ya sea el auto eventual de una proposición ilegal pero necesaria, o, a personas castigadas por la *atimia*.

La necesidad de una Asamblea plenaria para la concesión de la *adeia* se explicaba por las creencias religiosas. Según la idea de los griegos, la sanción de las leyes y de los juicios, era una imprecación que brotaba espontáneamente contra cualquiera que las violara y que le acarreaba la *atimia*.

De ésta forma, la Asamblea desempeñaba funciones de protección, en contra de aquellas personas acusadas por propuesta ilegal o en su defecto por la *atimia*.

Durante diversas épocas el control de la constitucionalidad de las leyes estuvo a cargo de diversos sujetos, entes u órganos, por ejemplo; estas estuvieron protegidas por el poder sagrado de la imprecación, con posterioridad por el Areópago y²⁷, durante la democracia, los protectores de las leyes serían los tribunales por conducto de los *tesmothetes*, a propuesta de cualquier ciudadano parte de la Asamblea, uno de los instrumentos de control lo fue la moción ilegal y la *grafeparanomoi*.

²⁷ “en otros tiempos, las leyes dadas por los dioses estaban protegidas por el poder sagrado de la imprecación. Cuando existieron leyes escritas, su guardián fue el tribunal más augusto de todos el que tenía atribuciones esenciales religiosas, el Areópago. Vino la reforma de Efiates y despojó a los areopagitas de todas las funciones que les confería la salvaguarda de la Constitución.” Ibidem, p. 152.

b.- El Consejo de los Quinientos.

I) Organización

El Consejo o Bule estaba compuesto por quinientos miembros²⁸, es decir de cincuenta *pritanos* por cada tribu, los cuales eran los representantes de las diez existentes, estas (las tribus) se turnaban para cumplir con su encargo diez veces por año, y el orden en que las tribus se sucedían en el puesto de honor se hacía por sorteo, asimismo los *buleutas* eran sorteados por medio de habas entre los *demotes* de más de treinta años que se presentasen como candidatos. La presidencia del Consejo la presidían los *pritanos* y, su *epistato* era el presidente de la sesión²⁹, cargo que diariamente se sorteaba, quien ejercía su alta función de un atardecer a otro y sólo podía ser elegido una vez, de entre los cincuenta *pritanos* (era como el presidente hoy en día, pero sólo un día). Con un reglamento muy severo. Sin embargo estaban sujetos a limitaciones, ya que, estaba prohibida la reelección y una vez que hubiesen sido electos, antes de entrar a desempeñar su encargo con respecto a los asuntos públicos, deberían de prestar juramento en el día de su toma de posesión y prestar los sacrificios inaugurales, desde ese momento también gozaban de una remuneración, la cual era muy baja, es decir que se les otorgaba su ficha de asistencia que después podían hacer válida por dinero, los *pritanos* recibían un dracma y los *buleutas* cinco ecolas, y el *epistato* diez ecolas más que los *pritanos*.

²⁸ “Consejo, Bulé, es considerado como la primera magistratura de la República, fue reformado por Clístenes de los cuatrocientos pasando a los quinientos, “...repartidos entre los demos, proporcionalmente de acuerdo a su importancia y a razón de cincuenta por tribu, y en las listas oficiales los buluetas estaban siempre clasificados por tribus y por demos”. Ibidem, p. 155.

²⁹ “El epistato de los pritanos, presidente de la Bulé y de la iglesia, tenía en su poder durante una noche y un día, las llaves de los templos donde estaba el tesoro, el archivo y el sello del Estado.” Ibidem, p. 159.

II) Sesiones.

El Consejo es convocado por la *pritanía*, quienes hacen anunciar el programa y el lugar de sesión, y a su vez sesiona todos los días en tiempos normales en el *Buleterian* al sur del *Ágora*, con excepción de los días feriados y nefastos y en los casos de peligro público, la cual, daba lugar a que se reuniera en sesión permanente (día y noche). Una de las características de las sesiones es que eran de naturaleza pública, en donde los oyentes y consejeros están separados por una valla, sin embargo, en tratándose de revisión general de las leyes, se le autoriza al pueblo asistir y expresar su parecer, igual regla se aplica a los magistrados; el decreto de autorización era emitido por el pueblo mismo.

III) El control sobre el Consejo y sobre los miembros de este.

El control se realizaba en principio sobre el *epistato*³⁰, sobre la *pritanía* quien componía la presidencia del Consejo y³¹, con respecto a cada uno de sus miembros.

También, tenemos que el Consejo realizaba funciones de control, es decir, si constataba que uno de sus miembros cometía un acto propio de sanción, procedía a la expulsión del miembro infractor³², aún, cuando éste tenía posibilidad de apelación, pero si consideraba que no bastaba con la expulsión, lo enviaba a los tribunales populares; era un control intraorgánico, y a su vez, interorgánico.

³⁰ "La tribu que ejerce la pritanía no solamente está implicada en la responsabilidad común de la Bulé, sino que también es responsable de sus propios actos, como cada pritano lo es de sus actos personales." Ibidem, p. 160.

³¹ "Los decretos mencionan siempre el nombre del epistato, para que se le pueda localizar, aún después de hecha la votación." Loc. Cit.

³² "La corporación ejerce...sobre sus miembros un poder disciplinario... Si uno de ellos comete un acto punible, puede ser excluido por indigno. Para ese genero de votación se emplean hojas de olivo, y de ahí el nombre de esta expulsión sumaria llamada Ecphyllophobia. El expulsado puede alzarse en apelación ante la Bulé mejor informada,... en caso de condena la Bulé puede sentenciar una multa,... Si juzga que la sanción no basta, debe transferir al acusado ante los tribunales populares." Ibidem, p. 156.

No obstante, el control no solamente se realizaba durante el ejercicio de los miembros del Consejo, sino que también eran sometidos a control al término de su encargo por conducto de la Asamblea, quien analizaba si el desempeño del Consejo era positivo o negativo, en tratándose del primer caso, le obsequiaba una corona de oro por su buen desempeño para ofrecerla a un santuario, en caso contrario, se la negaba, causándole daño moral a dicho órgano por un lado y, por el otro, para el caso de que existiera alguna responsabilidad personal, conocería el tribunal de ésta y de su examen.

IV) El control del poder de la Bule, y esta sobre la Asamblea y los magistrados.

La Bulé tenía tres medios para ejercer sus poderes: 1.- pasaba a la Asamblea los *probouleumata*, que servían de base a los decretos del pueblo; 2.- ella misma dictaba decretos independientes, para hacer ejecutar en detalle las decisiones tomadas; 3.- colaboraba mas o menos directamente, en consejo o en acto, con las otras magistraturas.

Todos los asuntos que iban a ser considerados por la Asamblea popular eran preparados previamente por el Consejo, es así, como se encargaba de aportar los proyectos con o sin conclusiones definitivas, promover los *probouleuma* sin los cuales no pueden iniciar los *Syngrapheies* o *Nomothetes*. Aún, cuando es responsable cada Bulé únicamente de todas las propuestas que haga. Así las cosas, podemos decir que los asuntos secundarios dependían de la Bulé, la presidencia, la sesión de la Asamblea y, aún cuando no fuese superior a la Asamblea³³, si realizaba verdaderas funciones de control sobre ésta.

³³ "Mas ello no significaba, de manera alguna que este fuese superior a la Asamblea. La reunión de la Asamblea, debido al número de sus integrantes no podía considerar las cuestiones sin preparación previa y con la debida aplicación. Desde este punto de vista, el Consejo aparece como un instrumento de trabajo de la Asamblea popular." Struve, v.v., Op. Cit., p. 300.

Puede redactar decretos sin ninguna formalidad; tratándose de asuntos corrientes que requerían decisión inmediata, tenía la obligación de hacer aplicar las leyes o los decretos del pueblo; también en tratándose de circunstancias extraordinarias, estaba formalmente provista de plenos poderes para completar las disposiciones de un determinado decreto. No podía violar las leyes o decretos cuya aplicación le era confiada; podían incurrir en acción ilegal.

Recibe del pueblo una especie de procuraduría general que le da autoridad sobre los magistrados, vigila a todos, ejerce la administración de acuerdo con ellos, recibe sus informes y les da sus instrucciones.

Concede audiencia a los embajadores antes de presentarlos a la Ecclesia y negocia con ellos antes de someter el resultado de sus conversaciones bajo la forma de *probouleumata*, da las instrucciones a los ministros enviados en misión y recibe su correspondencia, comunica los decretos del pueblo a los estados interesados y, jura en nombre de la ciudad los tratados de paz y alianza.

Se encarga de recibir con todos los honores debidos a los huéspedes del pueblo, no solamente a los embajadores, sino también a los *proxenos* y los *evergetas*.

A partir del siglo V, intervendrá en la fijación de los tributos y, a propuesta de los *syngrapheis*, prepara los proyectos concernientes a las ciudades, a los distritos y a todo el territorio federal; le toca velar incesantemente por la defensa de la ciudad; tenía el derecho de revisar el catálogo de los *hoplitas*, vigila el funcionamiento de la institución *efébica*, controla la lista de los *efebos* y recibe el informe del *cosmeta*. Se ocupaba especialmente de la caballería; tenía la vigilancia de la intendencia marítima. Se le podía conceder un decreto honorífico por construcción de navíos. Dependían de su jurisdicción los administradores de los astilleros y arsenales y los trierarcas, pudiendo castigarlos. Podía exigir a los *pritanos* una acción capital contra los *estrategas* que no han cumplido con su

deber. Se encargaba de conseguir los recursos necesarios al presupuesto, sobre todo en tiempo de guerra, presenciaba las adjudicaciones que el Estado realizaba por los *poletas*. Vigilaba atentamente el empleo que se hace de los fondos públicos. Su primera preocupación es la estricta observancia de la Ley del Presupuesto. Los *apodectas* reciben toda la existencia y la distribuyen entre diversos magistrados; al día siguiente llevan a la sala del Consejo el repartimiento escrito en una tablilla, la leen, artículo por artículo, y preguntan al Consejo si alguien tiene conocimiento de que un magistrado o un particular haya cometido una irregularidad en el repartimiento; en caso afirmativo exigen una votación sobre la cuestión de culpabilidad. Impide la transferencia o las excedencias de crédito, los *nomothetes* conocen junto con la Bulé de gastos no previstos en el presupuesto; tenía la facultad para encargar a una comisión en examinar en cada *prítania* los libros de todos los magistrados responsables, al realizar el inventario de los tesoros sagrados y el cuidado de que su transmisión se haga con su intervención; tenía bajo su competencia los gastos de obras públicas; vigilaba la administración del culto; cuidaba los santuarios y los otros edificios y asiste a la transmisión anual del dinero, estatuas, adornos y de todo el material sagrado a los tesoreros de Atenea y de los otros dioses; tenía atribuciones de policía y de justicia; ejercía el derecho de censura, de *docimasia*. (Inscribir al ateniense en el registro cívico a través de su aprobación); examinaba al terminar su ejercicio, a los *buleutas* y *arcontes* nombrados para el año siguiente; tenía derecho absoluto para excluirlos; vigilaba la gestión de los funcionarios especialmente de los de hacienda, y a su vez tenía la facultad de obligarles a comparecer ante ella y para juzgarlos, si eran culpables de haber faltado a los deberes de su cargo o de infracción a las leyes.

Al inicio disponía de sanciones ilimitadas, teniendo a su vez el derecho de imponer multas, encarcelar y hasta condenar a muerte, posteriormente sólo podría imponer multas y las demás facultades pasaban a los *tesmothetes*, Tribunal popular cuya decisión era soberana.

Podía intervenir a petición de un particular, y entender de las quejas contra los magistrados que no observan las leyes. Castigaba a través de un proceso sumario los crímenes contra el Estado, la *eisangelia* (atentado contra la Constitución).

Con relación a la Asamblea, aún cuando algunos tratadistas han expresado que realizaba funciones de apoyo, en sí ejercía el control sobre ésta, ya que ningún asunto podía ser tratado sin que previamente fuere presentado por la Bulé, omitir tal requisito, traía consigo responsabilidad para el promovente, como ya se vió con anterioridad, por esta razón los que presentaban los proyectos eran responsables de estos, también estaban impedidos para vulnerar las leyes o decretos a quienes se les había encargado su aplicación, a propósito de incurrir en acción ilegal, por lo tanto, también estaban sujetos a control; asimismo, ejercían el control sobre los magistrados, ya sea militares y de hacienda principalmente y en el supuesto de desobediencia a las leyes, así como durante su gestión, como lo pudimos constatar, pudiendoles en principio fincarles responsabilidad, aunque con posterioridad dicha facultad se transmitiera a los tribunales populares. Desempeño facultades de control presupuestario, desde el inicio en la fijación de tributos, con respecto a la ejecución del presupuesto de gasto que se hacía y con relación a los gastos que no hubiesen sido previstos en el presupuesto, también conocía de la *eisangelia* de forma sumaria, aún cuando no debemos de olvidar que también conocía de ésta la Asamblea .

c.- El tribunal ateniense de jurados.

La Heliea representaba, tanto por su estructura como por sus funciones, especialmente por la particularidad de los procesos que en ella se ventilaban, una institución muy peculiar. Como ya hemos señalado, la Heliea se componía de 6000 jurados, distribuidos en diez cámaras, los *dicasterion*, a razón de 500 jurados en cada uno, con otros 100 considerados como de reserva. Para prevenir sobornos, los procesos eran distribuidos entre los *dicasterion* por sorteo. En los

casos especialmente importantes, dos o más *dicasterion* se juntaban para ver la causa.

El proceso judicial de la Heliea se realizaba sobre la base de la competición. Los jueces jurados escuchaban tanto al acusador como al acusado (al querellante o querellado) y, a los testigos, admitían disputas entre las dos partes, y cuando la esencia de la causa se tornaba clara o suficientemente aclarada para ellos, acudían a la votación. En el Tribunal ateniense no se conocían los fiscales oficiales. La acusación en cualquier causa, incluso en los que concernían a los intereses del Estado o, a la salvaguardia del orden existente, podía ser sostenida por cualquiera que lo deseara. En principio se consideraba que los intereses y la seguridad del Estado tenían que tocar por igual a todo ciudadano, y por ello todo ciudadano podía y debía salir frente al Tribunal en su defensa. Tampoco existían defensores profesionales. Todo ciudadano tenía que defenderse por sí mismo. En caso de que no se sintiera en condiciones de hacerlo con suficiente eficacia, se dirigía a un especialista –los había en Atenas- y aprendía de memoria el discurso que este escribía para él.

La Heliea se encargó de conocer de los instrumentos de control más importantes con los que contó el pueblo ateniense en su época, Vgr: la *grafeparanomoi*, de ésta manera, podemos constatar que se trataba de verdaderos medios de control jurisdiccionales en contra de la Asamblea, del Consejo esencialmente, porque ellos, eran quienes se encargaban de la emisión de decretos y leyes, contra los que procedieron principalmente dichos instrumentos, ya sea, por vicios de forma o de fondo.

d.- Los magistrados y los jueces.

l) Organización.

La estructuración de las magistraturas cambiaría gradualmente, a partir de la primera revolución en donde se despoja a los reyes del poder³⁴, empero, dicha organización ya no sería la misma a partir de la cuarta revolución³⁵, en donde las magistraturas no se habían suprimido, ya que eran tradicionalistas los atenienses; pero si habían adecuado a las circunstancias sus instituciones, creadose nuevas magistraturas, durante la época democrática.

Las magistraturas presentaron diversas características, como la anualidad y la colegialidad y, determinadas limitantes debido a que los magistrados no podían reelegirse y, a su vez estaban imposibilitados para ocupar varios cargos durante su periodo anual, no obstante presentaron ciertas excepciones³⁶, dicha excepción consistía en que se podía dar la reelección, sin embargo, previamente se tenía

³⁴ "El rey y el arconta, juntamente con el polemarcha y los seis tesmóctetas, que quizá existían de mucho antes, completaron el número de los nueve magistrados anuales, a los que la costumbre dio en llamar los nueve arcontas, por el nombre del primero de ellos." Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, Tercera edición, México, Porrúa, 1978, p.185.

³⁵ "Atenas reunía gran número de magistrados. En primer lugar, había conservado todos los de la época precedente: el arconta, que daba su nombre al año y velaba por la perpetuidad de los cultos domésticos; el rey, que celebraba los sacrificios; el polemarcha, que figuraba como jefe del ejército y juzgaba a los extranjeros; los seis tesmóctetas, que parecían dictar justicia y que en realidad, sólo presidían los grandes jurados. También tenía los diez lepotioioi, que consultaban los oráculos y celebraban algunos sacrificios; los tapaoiioi, que acompañaban al arconta y al rey en las ceremonias; los diez atlotetas, que permanecían cuatro años en ejercicio para preparar la fiesta de Atenas; en fin, los pritanos, que, en número de cincuenta, estaban permanentemente reunidos para velar por la conservación del hogar público y la continuación de las comidas sagradas. Por esta lista se ve que Atenas seguía fiel a las tradiciones del tiempo antiguo: tantas revoluciones no habían logrado aún destruir ese respeto supersticioso. Nadie osaba romper con las antiguas formas de la religión nacional: la democracia continuaba el culto instituido por los eupatridas.

Venían luego los magistrados especialmente creados por la democracia, que no eran sacerdotes, y que velaban por los intereses materiales de la ciudad. Eran, en primer lugar, los diez estrategas, que se ocupaban en los negocios de la guerra y de la política; luego, los diez astinomos, que tenían el cuidado de la policía; los diez agoronomos, que vigilaban los mercados de la ciudad y del Pireo; los quince sitofilaquios, que vigilaban la venta del trigo; los quince metrónomos, que controlaban los pesos y las medidas; los diez custodios del tesoro; los diez receptores de cuentas; los once, encargados de ejecutar las sentencias." Ibidem, pp. 244 -245.

³⁶ "Era permitido pertenecer dos años consecutivos al consejo en las funciones militares, sobre todo las de estrategas, se podían renovar los poderes de año en año indefinidamente... para ser candidato de la segunda, era necesario haber rendido cuentas de la primera,... Por otra parte, una función extraordinaria podía agregarse a una magistratura ordinaria y a los antiguos arcontes, aunque sesionaran en el areópago se les permitía obtener un cargo diferente." Glotz. Op. Cit., p. 174.

que someter el magistrado a un medio de control preventivo, teniendo que rendir cuentas de su primer periodo.

Al lado de los *arcontes*, se erigiría un nuevo colegio, el de los *estrategas*, el cual estaba conformado por diez personas, cuyo origen del poder estaba sustentado en las elecciones, ya no sería por sorteo como los antiguos colegios. Por dicho encargo no se recibía ninguna clase de emolumento, cargos a los que solamente podían aspirar personas con una economía estable.

Aún cuando desempeñaron facultades militares, también ejercieron otro tipo de funciones, pero igual que los demás magistrados, estos estarían sujetos a control por conducto de la Asamblea, un control que se extendería desde su nombramiento³⁷, durante su encargo³⁸ y, hasta después de terminada su función como *estratega*.

II) Nombramiento de los magistrados.

Los colegios a partir de la reforma de Clístenes estarían compuestos por diez magistrados, aún cuando existieron excepciones; eran magistrados que contaban con sueldos modestos o en ciertos casos consistían en cargos honoríficos; y cuyo nombramiento se hacía, ya sea por sorteo de acuerdo a una lista de candidatos previamente escogidos por las tribus o mediante elección³⁹ cuyos nombres eran puestos en las urnas y elegidos por el pueblo; dos formas en la lucha y acceso al poder.

³⁷ "En general, en Atenas se prestaba una atención especial a las elecciones de los funcionarios. Según las fuentes, los ciudadanos atenienses tomaban en consideración la conducta de todo candidato, averiguándose si guardaba el debido respeto a sus progenitores, si prestaba servicio en todos los casos en que era exigido para ello, si cumplía sus obligaciones financieras para con el Estado, etc. Licias informa que era loable que el candidato rindiera cuenta de toda su vida antes de las elecciones." Struve, v.v., Op. Cit., p. 301.

³⁸ "...los estrategas se encontraban al mismo tiempo bajo el permanente control de la asamblea popular, ante la cual tenían que rendir cuentas y dar informes. En caso de que su informe fuera considerado insatisfactorio, los estrategas podían ser suspendidos antes de haberse cumplido el término de sus funciones y se llevaban a cabo nuevas elecciones." Loc. Cit.

³⁹ "Los magistrados-sacerdotes se escogían a la suerte. Los magistrados que sólo ejercían funciones de orden público eran elegidos por el pueblo." Fustel de Coulanges, Op. Cit., p. 245.

Una vez que hubiesen sido designados, mediante las dos formas ya mencionadas, y antes de iniciar en su encargo, principalmente ante el Senado, los magistrados salientes o, ante el *Areópago*, deberían de pasar la prueba de *docimasia*⁴⁰, de esta forma, se ejercía un control inicial sobre los magistrados.

III) Funcionamiento de los colegios de magistrados.

Se realizaba un control sobre los magistrados antes de iniciar en funciones, consistente en que debían prestar un juramento de investidura y, su función iniciaba el primer día del año, los cuales contaban con otros funcionarios que eran sus auxiliares⁴¹.

IV) Poder y responsabilidad de los magistrados.

A) Al inicio de su encargo

Al inicio del encargo los magistrados estaban sujetos a control, por consecuencia la *Ecclesia* procedía a la *epicheirotonia* nueve veces por año, es decir, que votaba levantando las manos, sobre la gestión de los magistrados confirmandolos en sus poderes, si juzgaba que desempeñaban bien su cargo; en caso contrario, los destituía y los enviaba ante el tribunal. La *Ecclesia* no titubeaba en destituir a los *estrategas* que no le satisfacían, aún antes de que el voto de confianza hubiera pasado al estado del procedimiento ordinario y reiterado. También los podía acusar por el crimen de prevaricación por medio de la

⁴⁰ "Sin embargo, se adoptaba una precaución contra los caprichos de la suerte o del sufragio universal: cada nuevo electo sufría un examen, o ante el Senado, o ante los magistrados que cesaban en su cargo, o, en fin, ante el *Areópago*; no se le exigían pruebas de capacidad o de talento, pero se abría una información sobre la probidad del hombre y sobre su familia; también se exigía que cada magistrado tuviese un patrimonio consistente en tierras." Loc. Cit.

⁴¹ "Algunos magistrados tenían asesores, paredros, que también eran magistrados, puesto que podían reemplazar a los titulares... Cada colegio contaba con un escribano.. subsecretarios..., y de escribano adjunto... Los principales magistrados tenían sus heraldos para llamar cuando se ofrecían los sacrificios bajo su presidencia." Glotz. Op. Cit., pp. 187-188.

eisangelia; y cuando la *epicheirotomia* se encontraba regularmente inscrita en el orden del día de las asambleas principales, la acusación podía hacerse antes o después de ella. En el siglo V a.c., la Ecclesia juzgaba las *eisangelias* en la mayoría de los casos, pero en el siglo IV a.c., prefería pasarla a los *Heliastas*. En caso de absolución, el magistrado destituido volvía a su cargo; y en caso de condena, los castigos los fijaba arbitrariamente el pueblo, tanto en la *Heliae* como en la Ecclesia, y a veces eran terribles.

B) Durante el ejercicio de su encargo

Durante el ejercicio de sus funciones se encontraban sujetos a control. De esta forma para prevenir los abusos del poder, el pueblo soberano elegía un control continuo sobre sus servidores, cualquier ciudadano podía vigilar insolentemente a cualquier funcionario. Por lo demás, todo se hacía por orden del Consejo o de la Asamblea o, por lo menos, se desarrollaba ante sus ojos. Podemos decir que ninguna administración podía tomar una iniciativa cualquiera sin pedir al Consejo su parecer o su colaboración. La mayoría de los magistrados, sobre todo los que manejaban los fondos públicos, estaban sometidos a su jurisdicción penal. En cada *prytania* debían presentar cuentas a una comisión de diez *logistas* elegidos por sorteo y en el seno del Consejo. Por las conclusiones de los *logistas* o por su propia iniciativa, el Consejo podía juzgar a todo magistrado culpable de malversación; pero, en caso de condena, el magistrado tenía derecho de apelar ante el tribunal. También era lícito que los particulares introdujeran una *eisangelia* ante el Consejo contra todo magistrado que acusaran de no atenerse a las leyes y en ese caso, el acusado tenía también el derecho de apelar a la justicia popular. Pero la Ecclesia conservaba un poder directo y mucho más extenso sobre todos aquellos que no eran sino los ejecutores temporales de sus decisiones.

Salvo casos graves, que casi eran de orden político, los magistrados permanecían en su cargo todo el año. Pero entonces les esperaba una prueba muy seria. Cada uno de ellos era responsable, solidariamente con su colegio e

individualmente en su persona y en sus bienes de todo crimen, delito o falta cometidos durante su gestión. Para que esa responsabilidad no fuera una vana palabra, no tenía derecho de irse del país, disponer de sus bienes, ni de pasar a otra familia por adopción -en una palabra, ni tomar, ni esconder ninguna suma que pudiera pasar eventualmente al Estado- antes de ser absuelto. Y mientras no se llenara esa formalidad, estaba prohibido hacer votar una recompensa para un magistrado por la manera en que había desempeñado su función.

La responsabilidad de los magistrados era doble, primeramente financiera, y luego, moral y política.

C) Al término de su encargo

Al finalizar sus funciones, los magistrados tenían que rendir cuentas de los fondos públicos que emplearon o redactar una declaración escrita, atestiguando que no tuvo que emplearlos.

Si se sustraía a esa obligación por medios ilícitos o no la cumplía dentro de los límites legales, se le castigaba con una acción pública (acusación por descuido o con una *eisangelia*).

La cuenta se llamaba *logos*, y los que percibían las cuentas y las comprobaban eran los *logistas*. Designados por sorteo, los *logistas* eran treinta en el siglo V; en el siglo IV, sólo eran diez, pero tenían sus asesores o diez *sinegares* o procuradores también elegidos por sorteo.

Después de repartir los expedientes entre ellos en sus cámaras de cuentas, tenían que revisarlos en treinta días. No se trataba solamente de ver si las cuentas estaban de acuerdo con los documentos oficiales conservados en los archivos del Metrón, sino que también, si hacía falta, debían pedir a los interesados todo lo concerniente a una justificación necesaria -si del examen de los documentos y de

la información resultaba que el funcionario contador había cometido un acto reprobable o criminal, los *logistas* encargaban a los *sinogares* realizar todo lo que en derecho correspondía-. Si los *sinogares* comprobaban el fundamento de la acusación, de acuerdo con los *logistas* introducían ante un tribunal de *heliastas* una acción ya sea por robo (hurto de caudales publicos) por venalidad, corrupción o por fechoría (delito injuria). Si por el contrario, los *logistas* y los *sinogares* encontraban la contabilidad en regla, extendían un certificado de comprobación y lo presentaban al tribunal único competente para dar el visto bueno. Con o sin proceso un jurado de, por lo menos, quinientos un miembros decía la última palabra. Ante el tribunal, donde los *logistas* ocupaban la presidencia, los *sinogares* hacían las veces de ministerio público; pero cada ciudadano podía por la petición lanzada por el heraldo de los *logistas* presentar su queja a propósito de las cuentas de discusión. La decisión del tribunal era inapelable. En caso de simple negligencia en el manejo de los fondos públicos, el funcionario culpable, debía restituir la suma sustraída al tesoro, en caso de falta grave, se le condenaba a devolver el décupulo. Si era absuelto estaba doblemente protegido, por la soberanía judicial del pueblo y por el principio inviolable del derecho *ático* (no dos veces contra el mismo o causa de la misma) *non bis contraeumdem in idem*.

Pero, aunque quedara irrevocablemente librado en lo que concierne a la contabilidad, seguía siendo responsable de cualquier otro acto derivado de su gestión. Además de la rendición de cuentas en sentido estricto y preciso, en el Derecho Público de Atenas había otra rendición de cuentas en un sentido más amplio y más vago, la *euthyma*, ante los *euthynoi*.

Estos correctores o examinadores eran diez, uno por tribu y cada uno tenía dos asesores o *paredros*. Todos los treinta eran elegidos por sorteo en el seno del Consejo. Durante los tres días que seguían al juicio provocado por los *logistas* y los *sinogares*, la *eutina* sesionaba con sus asesores en las horas de mercado, ante la estatua del héroe epónimo de su tribu; todo ciudadano podía introducir allí; contra el magistrado ya juzgado por su contabilidad, una acción privada o pública

por sus otros actos; en una tablilla blanca inscribía su nombre, el del defensor, la queja, la estimación del perjuicio causado y la condena solicitada, y la entregaba a la *eutina*; esta examinaba la queja, y si, después de estudiarla la juzgaba admisible, lo notificaba a las autoridades competentes; la acción privada era transmitida a los jueces de los *demos* encargados de presentar a la justicia los asuntos de las tribus, la acción pública se inscribía en la oficina de los *thesmothetes*. Si estos la juzgaban también admisible, la llevaban ante el tribunal popular cuya decisión era soberana.

Los magistrados estaban, pues, sometidos a una vigilancia continua y minuciosa. No podían hacer nada sin el consentimiento del Consejo, instruido por una comisión de intervención permanente.

Dentro del pueblo ateniense y entre los magistrados imperó el siguiente principio “quien gobierna también estaba obligado a obedecer” y, aún cuando los magistrados gozaban de inmunidad suspensiva, en el sentido de que no podían demandarlos, estaban sujetos a ferreos instrumentos de control, tanto políticos como jurisdiccionales, ya sea que se ejercieran por el Consejo, por los tribunales populares o por la Asamblea.

Es así, como los magistrados se encontraban sujetos a un control desde el inicio de sus funciones a través de la *epicheirotonia* o voto de confianza que le concedía la Asamblea, durante el ejercicio de su encargo, ya sea que cualquier ciudadano presentara alguna acusación en su contra, o que el Consejo los acusara por malversación de fondos, o que un particular introdujera una *eisangelia* contra los magistrados ante el Consejo, asimismo, al término de sus funciones se les sometía a una rendición de cuentas a través de los *logistas* y los *sinegores*, sin embargo, aun cuando quedaran librados de ésta, no quedaban librados de alguna otra responsabilidad por otros actos que hubiesen cometido durante su encargo, Vgr: la *euthyma*. Eran magistrados que respondían colegiada e individualmente, así, su responsabilidad era doble, económica y moral o política, lo cierto es que los

magistrados fueron funcionarios que en Atenas no tenían amplios márgenes de impunidad por el ejercicio del poder público, de forma tal, que se ha llegado a decir por algunos tratadistas que eran tratados tiránicamente.

e.- Instrumentos de control

Los medios de control jurisdiccional más importantes cuyo objeto fue hacer frente a la omnipotente facultad de la Asamblea popular quien detentaba el derecho de hacer cambios a la Constitución; asimismo, para prevenir que sufriera la norma fundamental cambios radicales, fueron dos, los cuales permitieron la solidez de la ley, dichos instrumentos de salvaguarda son; la moción ilegal y la *grafeparanomoi*, así, también, el procedimiento para poner en vigencia una ley.

I) Moción ilegal :

A) Órgano competente

El órgano competente para conocer de la moción ilegal era el tribunal, unas veces formado por mil jurados y otras por seis mil, quien sesionaba bajo la presidencia de los *tesmothetes*.

B) Competente para presentar

La competencia para presentar la moción de ilegalidad, recaía en todos y cada uno de los ciudadanos atenienses, a quienes se les consideraba como los verdaderos guardianes de la ciudad en materia de leyes, a su vez, deberían presentar un escrito, con el nombre del autor de la ley, la ley que hubiere sido vulnerada, aunque de forma previa podía expresar su voluntad de moción ilegal, ya sea con anterioridad o posterioridad a la votación de la ley que el acusador consideraba ilegales.

Pero, el autor de un moción ilegal estaba impedido con relación a un decreto, expresar las vulneraciones que traía consigo, estando obligado a probar que el decreto era contrario a la norma, en el caso de una ley, podía pedir reparación por el perjuicio causado a la República.

C) Sujetos u órganos contra los que procede

Contra quienes procedía la moción de ilegalidad, era frente todos aquellos cuyos nombres aparecían inscritos en un decreto promulgado por la Ecclesia o en una ley adoptada por los *nomothetes*.

D) Efectos suspensivos

Esta declaración oficial tenía como resultado la suspensión de la validez del decreto hasta después de dictada la sentencia.

E) Hipótesis de procedencia

Toda moción podía ser acusada de vicio de forma: bastaba con que no se hubieran observado puntualmente las severas reglas del procedimiento. Un decreto era ilegal, si había sido sometido a la Asamblea sin haber sido examinado previamente por el Consejo o sin haber sido puesto en el orden del día por los *pritanos*. Una ley era ilegal si no había sido propuesta después de una votación realizada en la primera asamblea del año, y luego anunciada en su tiempo y lugar. Naturalmente, más grave era la ilegalidad que provenía, no de la forma, sino del fondo.

F) Resolución

La sanción de ilegalidad dependía del tribunal: generalmente no pasaba de una multa más o menos cuantiosa, pero otras veces se trataba de la pena de muerte. Y después de haber sido sancionada tres veces por ilegalidad, una persona perdía su derecho a presentar iniciativas ante la Asamblea.

II) *Grafeparanomoi* o queja contra la ilegalidad

A) Competente para presentarla

Cualquier ciudadano que quería hacer uso de su derecho en la *Grafeparanomoi*, tenía que declararlo en la Asamblea popular, se le conminaba a que prestara juramento de que no usaría del derecho que se le otorgaba en detrimento del Estado ateniense, tras lo cual exponía su queja contra cualquier propuesta que hubiera sido sometida a la consideración de la Asamblea o, contra cualquier disposición o ley ya aprobada por la Asamblea, a la que considerara contraria a la legislación existente.

B) Órgano competente

Después de haber presentado su intención ante la Asamblea y de haberse aprobado, la Asamblea la remitiría al tribunal popular para que emitiera una resolución acorde con la *grafeparanomoi*.

C) Sujetos u órganos contra los que procede

La *grafeparanomoi*, procedía contra las propuestas sometidas ante la Asamblea, disposición o ley, las cuales se consideraban contrarias a la legislación vigente.

D) Efectos suspensivos

La queja expresada en este orden paralizaba la vigencia de una disposición o ley y, el asunto era dirigido al Tribunal popular (Heliea).

E) Hipòtesis de procedencia

En esta instancia, el querellante debía probar lo fundamental de su protesta ante los jueces jurados, en un proceso basado en la competencia. En defensa de lo querellado, salía el ciudadano que en su momento la había presentado y apoyado en la Asamblea popular o, la comisión especial que la había formulado. Tras escuchar a ambas partes, los jueces expedían su veredicto.

F) Resolución

Si la queja presentada en ejercicio de la *Grafeparanomoi* era reconocida como justificada, la disposición o ley querellada era abolida y, el ciudadano que la había propuesto, era sometido ahí mismo a la correspondiente responsabilidad por haber inducido al error a sus conciudadanos. El juzgado podía condenarlo a una multa pecuniaria grande o imponerle un castigo mucho más severo, inclusive hasta la expulsión o la pena de muerte. De esta manera, así como todo ciudadano ateniense se le otorgaba plena libertad para sostener iniciativas de orden legislativo, también se le podía fincar responsabilidad. Por toda propuesta que hacía, respondía con sus bienes y con su vida y no sólo ante los órganos del Estado, sino, ante cualquier otro ciudadano ateniense, pues cada uno de ellos podía hacerlo responder mediante el ejercicio de la *Grafeparanomoi*.

III) Procedimiento de vigencia de la ley

En el procedimiento legislativo participan la mayoría de los órganos, y a contrario de los decretos (*psefismas*) que no requerían de varias formalidades

para poder entrar en vigencia, con relación a las leyes (*nomoi*) sucedía lo contrario, para evitar que la Asamblea tomara decisiones desmedidas e irreflexivas, es así, que en principio se procedía en la reunión de la Asamblea a una votación a efectos de que decidiera si quería o no hacer la revisión de las leyes que se consideraban caducas, cuya revisión especializada se encargaba a los *nomothetes*⁴², si resolvía en favor de revisarlas, cada miembro presentaba un proyecto, se aprobaba por la Asamblea y con posterioridad se remitía al Consejo (tesmothetes) para su detallamiento y redacción final; una vez que se tenía el proyecto final se remitía a la Asamblea nuevamente y, a la *Heliae* para su aprobación, se gravaba el texto definitivo en tablas y se hacía del conocimiento al pueblo, de esta forma, era aceptada como nueva ley.

C El control del poder en Roma

1.-La Monarquía

a.- El Rey

l) La lucha por el poder

El acceso al poder durante la Monarquía, no estaba sustentado en el carácter hereditario, ni en la adopción, ni en la familia, porque en la elección del monarca participaban varios órganos; como el Senado, los *augures* y el *populus*, de ésta forma, se hacía depender de tres actos, la *creatio* por parte del *Interrex*

⁴² Glotz al referirse a los Nomothetes expresa lo siguiente “le encarga la asamblea conjuntamente con la Bulé de seleccionar las leyes que convenían abolir y las que debían conservarse...por el momento no pasan de ser auxiliares a los que el mismo pueblo designa una tarea era especial y temporal.” Ibidem, p. 151.

unida a la *auctoritas* de los padres; la *lex curiata*⁴³ por parte del *populus*; y la *inaguratio* a cargo de los augures.⁴⁴

Y, ante la ausencia de uno de los requisitos anteriores, se podían derivar las siguientes consecuencias: el rey no puede gobernar en las organizaciones *gentilicias* sin haber obtenido la aprobación de los *patres*, así; como no puede dirigir él ejército sin lograr la aprobación del pueblo armado reunido en *curias* y, finalmente, no puede efectuar actos sacerdotales sin conseguir la aprobación del dios. El rey es el jefe vitalicio, religioso y militar de la comunidad ciudadana.

II) Características del poder monárquico

La Monarquía⁴⁵ estaba conformada por un rey y, era quien detentaba el poder supremo, un sistema de gobierno que duró cerca de doscientos cincuenta años, durante el cual se sucedieron siete reyes⁴⁶, el ejercicio del poder era vitalicio, único y amplio.

El rey era quien presidía los colegios, de entre los cuales podemos mencionar al de los Pontífices conformado por cinco personas, el de los augures conformado por tres y, el de los Feciales.

⁴³ “La *lex curiata*: Es un acto de la asamblea de los *curiae* en la que intervienen todos los ciudadanos y para adoptar la investidura regia se pronuncian según a petición (*rogatio*) del mismo rey *creatus*.” Burdese, (Traductor Sarrión Martínez Ángel), *Manual de derecho público romano*, Barcelona, Bosch, casa editorial, 1972, p. 14.

⁴⁴ “En la *inaguratio*. La voluntad del dios confiere al rey los poderes más íntimamente sacerdotales al tiempo que ratifica los atribuidos precedentemente en el sentido de que dejaría de ostentarlos si estos poderes fuesen contrarios a la voluntad divina.” *Ibidem*, p.15.

⁴⁵ “El término monarquía procede del griego *apxomai*: Mandar y monos, uno, el poder lo ostenta una persona.” Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, *Derecho Público Romano*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1996, p. 39.

⁴⁶ “La tradición nos habla de siete reyes: cuatro de procedencia latina: Rómulo, Numa Pompilio, Tulo Ostilio y Anco Marcio, y tres de procedencia etrusca: Tarquinio el Antiguo, Servio Tulio y Tarquinio el Soberbio.” *Ibidem*, p. 40.

III) El contenido de las facultades.

A) Poderes de designación.

El rey contaba con poderes amplios en materia de designación, principalmente en lo que corresponde a los delegados en el seno del ejército, como en la actividad sacerdotal, de entre los primeros podemos considerar que se encargaba de nombrar a los *duoviri perduellonis* que eran dos magistrados encargados de conocer y de sancionar los delitos de alta traición y, los *quaestores parricidi*; tribunal encargado de perseguir el delito relacionado con dar muerte a un *paterfamilias*; el *praefectus urbi* quien sustituía al rey en caso de que se ausentara de la ciudad romana; el *magister equitum* jefe de la caballería y, el *magister populi*; jefe de la infantería.

B) Función legislativa.

El rey también desempeñaba funciones legislativas, las leyes se conocen como *leges regiae*, por un lado eran rogadas por el rey debiendo ser aprobadas por la Asamblea popular, estas consistían en reglas de costumbre y dictámenes religiosos los cuales eran elaborados por los sacerdotes, principalmente emanaban del Colegio de los Pontífices, verdaderas ordenanzas del *ius sacrum* derivadas del rey como supremo sacerdote de la comunidad ciudadana y con una característica, la de obligar. De este modo, podemos advertir como las funciones legislativas, estuvieron relacionadas con la religión en la Roma antigua y durante la Monarquía.

b.- Los Colegios Sacerdotales

El rey como titular de los diversos colegios sacerdotales⁴⁷, desempeñaba diversas facultades por conducto de estos, como el *Pontífice máximo* en el *Colegio de los Pontífices*, que a su vez tenían competencia en materia de ritos, de técnica, interpretación, creación y aplicación del derecho, a diferencia de los anteriores el Colegio de los augures era el encargado de interpretar la voluntad de los dioses, de esta manera, todo acto ya fuese político o militar debería estar precedido del conocimiento de la voluntad de los dioses, a fin de constatar si era favorable o desfavorable, a través de diversas técnicas; como el vuelo de las aves, el apetito de éstas, el análisis de las entrañas de los animales e incluso la observación del cielo, para efectos de declaración de guerra, o de designación de un rey o de un magistrado; por último, el Colegio de los Feciales era el encargado de la materia internacional, quien podía declarar la guerra, firmar la paz o hacer la alianza con otras ciudades griegas.

I) Colegio de los Pontífices

A partir de mediados de la república, el Colegio de los Pontífices publica unas tablas de madera, todos los años, en las que se contienen los nombres de los cónsules elegidos y los acontecimientos más relevantes acaecidos para ese año. De ésta práctica, derivan su nombre los historiadores denominados analistas, que narran los acontecimientos año por año: “Los anales de los Pontífices fueron durante varios siglos, “secretos”, es decir, de conocimiento exclusivo de los propios pontífices. Habrían elaborado el primer calendario (señalando en él los días tenidos por fastos, propicios a los dioses, y nefastos no propicios)”⁴⁸.

⁴⁷ “El sacerdocio en Roma tiene una significación diferente a otros pueblos de la antigüedad. Los sacerdotes no eran necesariamente personas espirituales consagrados al culto de los dioses. Se trataba más bien de patricios que tenían encomendados las funciones correspondientes a su colegio y las desempeñaban de una manera semejante al ejercicio de un cargo público.” Ibidem, p. 43.

⁴⁸ Ibidem, p. 42.

II) Colegio de los augures

Hay un momento, en la época republicana, en la que los magistrados sustituyen a los sacerdotes en la interpretación de los augurios y en la expresión de los auspicios; es lo que se conoce por la sustitución de la *auguratio* por la *auspiciatio*.

III) Colegio de los Feciales

De forma especial, a partir de la república, la progresiva secularización de la vida política comporta una clarificación de variadas competencias de los colegios, y así los hay con sólo funciones religiosas, como el colegio de los flamines o de los vestales, o con atribuciones básicamente políticas, como el Colegio de los Feciales.

c.- El Senado

El Senado se encontraba conformado en un inicio por cien senadores y al término de la Monarquía por trescientos, recibe su nombre por virtud de que las personas que lo componían deberían de tener una edad de sesenta años, de ahí el término de *senex*, las personas que lo conformaban eran conocidos como *patres*, los cuales accedían al poder a través de la designación emanada del rey.

Participación del Senado en la designación del rey

La principal función del Senado, sería el *interregnum*, es decir la competencia en el periodo comprendido entre el fallecimiento de un rey y la designación del sucesor. En esta circunstancia *auspicia redeunt ad patres*, dicen las fuentes, es decir, son los senadores, *patres*, los encargados de interpretar la voluntad de los dioses (auspicia), probablemente en colaboración con los augures

cada uno de los senadores, al que se le denominaba *interrex*, durante cinco días consecutivos procedería a interpretar la voluntad divina. Cuando la interpretación resultase favorable a una persona, sería presentada ante la asamblea senatorial, la cual en el caso de pronunciarse favorablemente al candidato auspiciado, procedería a la designación del nuevo rey.

La función permanente del Senado consistiría en el asesoramiento al rey, y parece razonable pensar en la autoridad moral y en el poder efectivo, aunque quizás no de carácter vinculante para el rey, del parecer de un organismo formado por los jefes de familias vigentes que componían la sociedad política romana.

d.- Las asambleas populares (tribus, curias y centurias).

La Asamblea popular de los *comitia curiata*, deriva de la *lex curiata*, de ésta forma, el pueblo romano estaría dividido en en tres tribus, los *tisis*, *ramnos* y *huseres*, cada tribu a su vez estaba conformada por diez *curias*, juntas las tres equivaldrían a treinta *curias*.

Es así, como se llegaría a una Asamblea, la cual estaría conformada por las treinta *curias*, y la de comicios por *centurias*, la cual sería conformada por cien personas cada una.

Como es bien sabido, participaban en la designación de los reyes, conjuntamente con el Senado y los augures.

2.-La República.

a.- La equiparación del patriciado y la plebe, y la participación de estos últimos en instrumentos de control.

Con el tránsito a la república, originada por la aversión a la monarquía consecuencia de que el último rey hubo gobernado de manera despótica, la concentración del poder supremo ya no recaería en una sola persona, sino en un órgano colegiado denominado consulado; pero dicho cambio no implicaría la desaparición del rey, ya que, este seguiría subsistiendo, aún con mínimas funciones fundamentalmente en materia religiosa⁴⁹.

Los grandes problemas que se generaron durante la monarquía y que subsistieron hasta la república, esencialmente constituidas por la lucha entre patriciado y plebe, estos últimos mantenidos en un ámbito de desigualdad que se vería reflejada en todos los ámbitos político, social, económico, religioso, jurídico, desigualdad que se vería atenuada durante la república basada en que la plebe a partir de entonces, accedería a las magistraturas, a los sacerdocios; se eliminaría la prohibición de contraer matrimonio entre patricios y plebeyos, se sustraería el monopolio del poder de los Pontifices, y la interpretación de ésta, de ahora en adelante tendrían un mismo valor los acuerdos o plebiscitos y las leyes, emanados de la Asamblea y de los comicios populares.

La plebe empezaría a tener representantes de forma paulatina, iniciando con los *ediles*⁵⁰, posteriormente serían los tribunos de la plebe, a quienes con posterioridad se les daría la calidad de magistrados protectores de todo el pueblo romano y no sólo de la plebe, situación que los había originado. Asimismo vendrían a tener diversas facultades destacandose la *intercessio*, en un mismo sentido se les permitiría acceder a las magistraturas de elección popular, al consulado⁵¹ y, a los colegios religiosos⁵² propios de la clase patricia,

⁴⁹ “La figura del rey queda vagamente recordada en el cargo sacerdotal denominado rey sacrorum o rey sacrificialus, que tiene carácter vitalicio y competencia en el ámbito religioso de la interpretación de la voluntad de los dioses del Estado Romano.” Ibidem, p. 48.

⁵⁰ “Los primeros representantes de la plebe fueron los ediles, (de aedes, templo) con funciones de custodia y administración de los templos plebeyos.” Ibidem, p. 50.

⁵¹ “A lo largo del siglo IV a. c. se produce el acceso de los plebeyos a los cargos de magistrado por votación popular, en el 367 a. c. los tribunos de la plebe, proponen y logran la aprobación, primero en las asambleas de la plebe, después en los comicios centuriados y finalmente en el senado, de una disposición –que formalmente es una ley publica– en virtud de la cual se permite el acceso de

materializándose una nobleza no de sangre o de origen, sino política, la nueva nobleza de la época republicana. Todo lo anterior, trajo como consecuencia una equiparación entre patriciado y plebe con respecto a todos los ámbitos donde con anterioridad había imperado la desigualdad.

b.- El equilibrio de poderes durante la República romana

El Estado romano⁵³ se vendría a consolidar durante la época republicana, la cual se asentó, en dos ideas básicas, la ley pública y la libertad⁵⁴, de esta forma, la Constitución y esencialmente la forma de gobierno en Roma estuvo sustentada en tres pilares fundamentales como lo fueron, las magistraturas, el Senado y las asambleas, cuya colaboración de los tres vendría a otorgar una situación de estabilidad a la Constitución misma y por ende permitiría un equilibrio entre los órganos de gobierno⁵⁵.

c.- El Senado

l) Composición

El Senado en sus inicios fue un órgano representante del patriciado, compuesto en un principio por los *patres conscripti*, palabra que significaba patricios y miembros agregados, debido a que en su origen no se les conoció

los plebeyos al consulado. A partir del siglo IV a. c. se produce una equiparación en materia de cargos públicos, entre los dos estamentos." Ibidem, p. 51.

⁵² "Los colegios religiosos, monopolizados durante siglos por los patricios, abren también sus puertas a los plebeyos, en el año 250.a. c., un plebeyo, tiberio, coruncanio, es elegido pontífice máximo." Ibidem, p. 52.

⁵³ "La Roma republicana constituye un tipo de Estado, que supuso la culminación de la idea griega de polis, bajo la denominación de rex pública romana." Ibidem, p. 71.

⁵⁴ "Las dos ideas básicas sobre las que se asienta el ideal republicano son: la ley pública, entendida como producto de la voluntad mayoritaria del pueblo, y la idea de libertas entendida como sometimiento voluntario a la ley votada en común.

Las dos se contraponen al arbitrio del regnum y al asambleísmo como nota característica de la demagogia." Ibidem, p. 72.

⁵⁵ "si nos fijamos en el poder de los cónsules parece que estamos en una monarquía: Si en el del senado ante una aristocracia, pero si nos detenemos a examinar el poder de la mayoría estamos ante una auténtica democracia". Tal era el equilibrio y los contrapoderes que a juicio de Polibio caracterizaban a la Constitución republicana." Ibidem, p. 73

como senadores; órgano que en sus inicios estuvo compuesto por cien senadores; elevándose hasta los trescientos durante la monarquía; Sila va elevar el número a seiscientos y Cesar seguiría en la misma tendencia elevandolo a los novecientos, volviendo a una composición de seiscientos con Augusto; en el futuro estaría integrado por miembros de la plebe.

La designación de senador, podía recaer en aquellas personas que tenían la calidad de exmagistrados, personas de experiencia política, los cuales en su origen eran nombrados por los cónsules, tal facultad se trasladaría hacia los censores a partir del 312 a.de c., una vez que fue expedida la Ley Ovinia en ese mismo año. Dichos censores tenían la facultad para excluir del Senado a aquella persona que fuera indigna para integrarlo⁵⁶ y, también gozaban de la facultad para fiscalizar la composición del Senado cada lustro. El cargo de senador era vitalicio, el cual, contaba con una mayor *auctoritas* que las propias magistraturas, además de que gozaban de ciertos privilegios⁵⁷, con relación a los que no tenían la calidad de senador.

II) Funcionamiento y control por parte del Senado

El Senado se reúne previa convocatoria emitida por un magistrado; pero en ocasiones este se podía autoconvocar⁵⁸; la sesión tenía lugar en la plaza pública

⁵⁶ "Asímismo, podían los censores, en virtud de su competencia en materia de guarda y tutela de las tradiciones (régimen *morum*) proceder a la exclusión de los senadores considerados indignos para desempeñar el cargo, si bien era una atribución ejercitada sólo en casos muy excepcionales, hasta que progresivamente acabaron delimitándose por ley todas las causas de exclusión del senado, entre los que se contaban la renuncia al cargo y la pérdida de la ciudadanía romana." *Ibidem*, pp. 74-75.

⁵⁷ "La condición de senador suponía diversas prerrogativas sociales (por ejemplo, en materia de espectáculos públicos, prioridad en las votaciones populares, etc.) y manifiestas limitaciones a su capacidad de obrar, sobre todo en el ámbito económico (por ejemplo, imposibilidad de ejercer el comercio en gran escala o dedicarse al tráfico marítimo)." *Loc. Cit.*

⁵⁸ "Ni siquiera está limitado a la dependencia de la iniciativa del magistrado, por lo que aunque normalmente es convocado por un magistrado con *ius agendi cum patribus*, puede también autoconvocarse -cual sucede en los supuestos en que hay que proceder a la designación de interrex- o cuando estime oportuno designar un dictador o bien imponer la abdicación al magistrado designado aduciendo la existencia de vicios en la forma de su *creatio*." Burdese, (Traductor Sarrión Martínez Ángel), *Manual de derecho público romano*, Barcelona, Bosch, casa editorial, 1972, p. 99.

denominada *Curia Hostilia* o en otro lugar; podía congregarse siempre y cuando los augurios para sesionar en un lugar distinto hubiesen sido favorables.

Quien emitía la convocatoria presidía la reunión y dirigía los debates, por virtud de que detentaba la presidencia; una vez reunido, se expone la cuestión materia de la reunión y una vez terminada esta y, antes de que se votara, los senadores más antiguos y de conformidad con su autoridad y prestigio eran interrogados, en un inicio el procedimiento era oral para con posterioridad volverse escrito y, el último en intervenir era el *Princeps Senatus* el más antiguo de los excensores; una vez concluido dicho acto se procede a la votación⁵⁹, la cual concluía en una resolución del Senado, ya sea a manera de informe o de consejo quien recibía la denominación de *Senatus consultum*.

Se redactaban por escrito los senadoconsultos⁶⁰, cuyo contenido era el siguiente: lo conformaban las circunstancias procedimentales, la sustancia del asunto, las intervenciones más destacadas, depositándose en el erario público a cargo de los cuestores, para una interpretación y estudio en un futuro. El magistrado podía separarse de los senadoconsultos⁶¹, ante tal situación podremos a simple vista sostener que tenían el carácter de meras recomendaciones, aún, cuando esto no fue cierto, porque se les podía hacer sujetos de una responsabilidad penal al inicio y al término de su cargo.

⁵⁹ "La votación se hace per discessionem, separándose en dos grupos -el favorable y el contrario a la propuesta- los senadores votantes - pedibus in sententia ire-." Iglesias, Juan, *Derecho Romano*, instituciones de derecho privado, Cuarta reimpresión de la novena edición, Barcelona, Editorial, S. A., 1989, p. 24.

⁶⁰ "Por todo ello el senadoconsulto tiene una fuerza coercitiva directa, por lo que aunque parezca externamente revestir la forma de un mero consejo dado a los magistrados es, sin embargo, propiamente una orden que el magistrado está obligado a seguir y hacerla cumplir por los ciudadanos, so pena de incurrir, aparte de una descalificación moral frente al orden oligárquico dominante, en las sanciones del juicio censorio o incluso en la incriminación de maiestas (que implica todo atentado a la seguridad del estado o bien ultraje a los órganos públicos) del que se conocerá una vez haya cesado en el ejercicio de su cargo." Burdese, Op. Cit., pp. 99-100.

⁶¹ "En teoría, los senadoconsultos referidos a cuestiones planteadas por los magistrados convocantes del senado no tienen carácter vinculante pero en la práctica era improbable y estaba mal visto que un magistrado no siguiese el dictamen del senado en una cuestión para la que había sido convocado y solicitado su parecer. A ello se refiere la tradición y la doctrina moderna como la *auctoritas senatorial*." Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op. Cit., p. 76.

La protección a las resoluciones y el control de los magistrados, se daba a través de la sanción moral de la que sería sujeto una persona que incumpliera la recomendación y, a su vez, al término de su empeño podía fincarle responsabilidad penal, aunque en ocasiones se auxilió del veto de los tribunos de la plebe para paralizar las funciones de los magistrados en la hipótesis de que alguno de ellos se mostrara renuente a obedecer las disposiciones emanadas del Senado⁶², así, también estaban sometidos a una ferra vigilancia⁶³ por conducto del Senado.

III) El control del poder

A) El control de la actividad religiosa por conducto del Senado.

La actividad religiosa estaba controlada por el Senado, era quien demandaba decretos de los colegios sacerdotales para con posterioridad materializarlos en senadoconsultos, una especie de facultad de iniciativa en favor de los colegios, también le concernía la vigilancia sobre el ejercicio del culto público y la autorización de nuevas divinidades de la ciudad.

B) El control sobre el Senado en materia militar y éste sobre los magistrados.

Para que Roma se viera involucrada en una situación de guerra, deberían darse las siguientes formalidades, de entre estas, la cuestión que tiene injerencia con el control, realizado por los comicios. El procedimiento era el siguiente: los

⁶² “Los tribunos de la plebe pasan a ser también instrumentos del Senado, a los que utiliza para mediante su intercessio paralizar la actividad de los magistrados que desobedecen sus disposiciones y también en época posterior para pedir la convocatoria y obtener un senadoconsulto, o pretender llevar a efecto procesos penales contra exmagistrados.” Burdese, Op. Cit., p. 100.

⁶³ “Constitucionalmente el senado está investido de un alto poder de vigilancia, ejercido preferentemente en la época de acoplamiento de la constitución patricio-plebeya, y que a partir del año 367 a. de J. C. encuentra aplicación práctica en la dirección sobre la continuidad y regularidad de elección de los magistrados.” Ibidem, p. 97.

comicios eran competentes para declarar la guerra de manera formal, por conducto de la *Lex de Bello Indicendo*; sin la cual no se podría materializar; sin ésta el Senado no podría desempeñar ninguna facultad en materia militar.

Una vez declarada, debería de actuar el Senado con el consentimiento del Colegio de los Feciales, correspondiendo al primero, todo lo concerniente con la ejecución de la declaración de guerra,⁶⁴ además de que ejercía, una vez iniciada ésta, el control sobre los magistrados a quienes les repartía determinados contingentes dentro de sus circunscripciones⁶⁵.

C) Función legislativa y declaración de inconstitucionalidad

El Senado era quien desempeñaba la labor legislativa, claro con participación de los magistrados, quienes tenían el derecho de iniciativa; en esta tesitura era el Senado quien discutía y aprobaba los proyectos de ley y, en la que correlativamente participaban las asambleas en su aprobación; será sobre las leyes en donde el Senado llegaría a tener la potestad para declarar su inconstitucionalidad e incluso hacer que no se acataran algunas⁶⁶.

⁶⁴ “momento de iniciar la campaña; dirección de la acción militar (junto con los consules); medios económicos a utilizar; otorgamiento al cónsul victorioso de la posibilidad de ofrendar el triunfo a Júpiter o concesión de la Ovatio, que era un triunfo de grado menor, y recepción y envío de embajadores a países extranjeros, etc.” Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op. Cit., pp. 77-78.

⁶⁵ “Militarmente el senado ejerce la dirección suprema de la guerra y el control del imperium militiae de los magistrados. Autoriza los reclutamientos y los licenciamientos o la permanencia en servicio de los soldados; establece los contingentes militares dentro de circunscripciones (provinciae) las cuales reparte entre los magistrados e incluso también entre exmagistrados a los que les ha sido prorrogado su imperium (por supuesto es el mismo senado el que realiza esta prorroga, sí bien ha de obtener la confirmación del concilio de la plebe); da instrucciones a los jefes militares; ejerce vigilancia en las operaciones de guerra a través de sus propios comisarios enviados al campo de batalla; asigna el triunfo u otras recompensas a los generales victoriosos; confiere la fundación de colonias (que en principio tuvieron un origen militar) si bien para estas colonias desde el siglo III se sostiene la competencia de las asambleas de la plebe.” Burdese, Op. Cit., p. 97.

⁶⁶ “...a finales de la época republicana el senado se arroga el derecho de declarar la inconstitucionalidad de ciertas leyes así como la facultad contraria, es decir, de dispensar de la observancia de preceptos legislativos.” Ibidem, pp. 97-98.

Por lo tanto, el Senado realizó un claro control de la constitucionalidad sobre las leyes, fungiendo además como un participante esencial en el procedimiento legislativo.

D) Situación extraordinaria

El Senado, en la hipótesis de peligro grave o ante la existencia de un peligro inminente para la república, podía a través de un senadoconsulto autorizar a un dictador o, a los propios cónsules confiriéndoles poderes absolutos para que hicieran frente a la situación que podía poner en peligro a la ciudad, en este sentido, a quienes les era conferida dicha potestad, no estaban sometidos a medios de control como la *intercessio*, ni a la *provocatio ad populum*, es decir, el ejercicio del poder era absoluto; aunque habrá que advertir que las facultades tenían una limitación temporal, es decir, se otorgaban durante un tiempo determinado; por último, podemos sostener que el control solamente se realizaba en el origen, por conducto del Senado, pues, era él quien decidía a quien le confería tales facultades.

E) Finanzas públicas

En materia fiscal el Senado realizaba una vigilancia, de los ingresos y el cobro de impuestos, la administración y disposición del patrimonio del Estado y lo que afectaba a los gastos públicos, teniendo el monopolio de la acuñación de moneda.

F) Control del Senado hacia los magistrados y la Asamblea

El Senado en sus orígenes era quien decidía sobre las deliberaciones de los comicios quienes forzosamente necesitaron de la *auctoritas patrum*⁶⁷, es decir, que solicitaban y debían contar con la opinión del Senado con respecto a las leyes o candidaturas que votaría la Asamblea, dicha institución perdería fuerza y vigor convirtiéndose en un medio de control preventivo a partir de la expedición de la *Ley publicia philomis* de 339 y de la *Lex Moena* expedida entre 299 y 290 a.c., la falta o ausencia de la *auctoritas patrum* no traía consigo la invalidación de la ley, porque se trataba de una institución cuyo objetivo era brindar una legitimación formal que traería como consecuencia la efectiva vigencia de la ley misma, sin embargo, en caso de ausencia, el magistrado podía introducir las reformas que le sugiriese el Senado en un nuevo proyecto, claro, siempre que contara con la voluntad y aprobación del Senado, de esta manera, era como se subsanaba la falta de *auctoritas patrum*.

El control que desarrollo en un inicio el Senado sobre la Asamblea, fue un control de naturaleza obligatoria, convirtiéndose en un verdadero órgano de decisión incluso por encima de ésta, empero, con posterioridad se volvería un control preventivo cuya resolución que se determinará en función de las candidaturas que se le presentasen, no tenía efectos de anulación, por lo que, desde mi perspectiva, no cabe considerar vinculante la opinión del Senado, aunque de facto se siguiese en la práctica, en atención al prestigio, influencia y legitimación que suponía un dictamen favorable emanado del mismo. Así las cosas, el Senado no actuaría como una segunda cámara cuyo voto favorable fuese imprescindible para la aprobación formal de la ley.

⁶⁷ "Auctoritas Patrum (auctoritas deriva de augere que significa aumentar) hace referencia a la autorización o ratificación o aumento de valor o legitimación, de las decisiones referidas a leyes o candidaturas votadas en las asambleas populares." Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op. Cit., p. 76.

G) La ausencia o muerte de los cónsules (magistrados).

El gobierno romano durante la época de la república estuvo sustentado en una diarquía, la cual recaía en dos cónsules y, ante su ausencia en el cargo, ya sea por razón de su fallecimiento, abdicación o renuncia o por no haber sido electo, el cónsul sería suplido en la vacante en el cargo por cada uno de los senadores, pudiendo ocupar cada uno la función durante cinco días, hasta que se tuviera un nuevo cónsul (interregnum).

H) Facultades de nombramiento

El Senado tenía la potestad para crear provincias y a su vez, designar a las personas denominadas *preconsules* o *prepretores*, quienes desempeñaban el cargo de gobernador de provincia.

d.- Las asambleas populares

I) Estructuración

Las asambleas populares que funcionaron durante el periodo de la república fueron tres esencialmente, *comitia curiata*, *comitia centuriata*⁶⁸ y *comitia tributa*. Las primeras durante dicha época habían perdido eficacia quedando breves sedimentos de su representación⁶⁹, algunos autores hablan de los *concilia plebis*, los cuales llegarían a fusionarse con los *comitia tributa*.

⁶⁸ “En la época de consolidación de la asamblea por centurias, ésta está formada por 193 centurias: 170 de infantería, 18 de caballería y cinco soldados auxiliares sin armas (dos de soldados constructores, dos de portadores de bagaje y una de músicos).” Ibidem, p. 81.

⁶⁹ “En la época republicana pierden eficacia los comicios curiados. De ello solo queda, en época histórica, la ficticia representación de treinta lictores de las treinta curias.” Iglesias, Juan, Op. Cit., p. 23.

A)Comitia centuriata

Los comicios por centurias no se organizarían en función de la clase, sino en función del monto patrimonial que detentaban los ciudadanos de la república,⁷⁰ podemos afirmar que se trato de una asamblea con orígenes meramente militares; quien votaba y a su vez decidía, no era la mayoría de los ciudadanos con derecho a votar, más bien quienes decidían eran las centurias conformadas ya sea por patricios o plebeyos que tuviesen el poder económico, de ahí que se diga que imperaba la timocracia , lo que fue un desajuste del sistema democrático que se creía tener, sin embargo, así como tenían la hegemonía en las votaciones con respecto a las propuestas provenientes de los magistrados, también tenían que otorgar determinados montos de dinero para contribuir a la guerra que se sostenía con otras ciudades⁷¹.

B)Comitia tributa.

Los *comitia tributa* llegaron a componerse hasta por treinta y cinco tribus⁷², las cuales surgieron con un carácter meramente civil, y pertenecer a una tribu implicaba para la persona su estado civil y la ciudadanía romana; la votación con relación a las propuestas que les presentaban, se resolvían acorde con la

⁷⁰ “El patrimonio personal era, pues, la base para formar parte de una u otra centuria; de ahí el carácter timocrático de la asamblea, siendo la timocracia, el poder de la fortuna, la base para tributar al fisco y la base para la confección del censo. El encuadrar a los ciudadanos en una u otra centuria conforme a su patrimonio, que tiene acentos antidemocráticos, supone un fundamental avance democrático en el sentido de no distinguir entre patricios y plebeyos, igualando a ambos estamentos en atención a la fortuna personal, con lo que la practica el enriquecimiento de personas procedentes del estamento plebeyo supone un mayor peso en el voto de los comicios lo que se traduce en una legislación favorecedora de los intereses plebeyos hasta lograr la plena equiparación con el patriciado en los últimos siglos de la república.” Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op. Cit., p. 80.

⁷¹ “La importancia del peso a efectos de votación, de los ciudadanos mas ricos es obvia pero en la misma proporción se les exigía contribuir económicamente a todos los gastos que ocasionaba él ejército y la guerra y eran los primeros en intervenir en el combate. Económicamente se les compensaba en el reparto de terreno publico, conquistado o anexionado a los pueblos enemigos.” Ibidem, p. 82.

⁷² “En el momento de apogeo de estos comicios llegaron a estar formados por treinta y cinco tribus, cuatro urbanas (resultante de dividir la ciudad de roma en cuatro zonas) y treinta y un rústicas, resultante de la división del territorio estatal.” Ibidem, p. 83.

competencia de estas, y de conformidad con la votación requerida⁷³, de las tres mencionadas, la *comitia tributa* fue la asamblea más democrática.

II) Procedimiento comicial.

El procedimiento para efectos de reunión y el tratamiento de los asuntos competencia de las asambleas, se realizaba de la siguiente manera, debería de emitirse de forma previa una convocatoria⁷⁴ la cual sería expedida por el magistrado que preside la asamblea⁷⁵, y el cual debería de tener la potestad de el *ius agendi cum populo*, que sólo pertenecía a los magistrados *cum imperio*.

Previamente y, a efecto de tratar los asuntos objeto⁷⁶ de la reunión, deberían darse los auspicios favorables⁷⁷, la reunión tenía lugar fuera del *pomerium* o dentro del mismo, en virtud de la asamblea de que se tratase⁷⁸, además de que debería de cumplirse con la formalidad de temporalidad de carácter previo entre la convocatoria y el primer día de reunión⁷⁹, así como el día

⁷³ “La unidad del voto era la tribu. En el ámbito de cada tribu bastaba la mayoría relativa de votos para entender aprobada la propuesta. En el conjunto de las tribus era necesaria la mayoría absoluta. Las 31 tribus rústicas aseguraban la preponderancia del voto agrario sobre el urbano.” Ibidem, pp. 83-84.

⁷⁴ “La convocatoria se hacía oralmente o por escrito mediante la promulgación de un edicto en el que se hacía constar el día, lugar y objeto de la reunión”. “Esta publicación se conoce con el nombre de promulgatio.” Ibidem, p. 85.

⁷⁵ “Excepto los *comitia tribuna* podían ser convocados por los tribunos de la plebe.” Ibidem, p. 84.

⁷⁶ “En el caso de comicios electorales, debía hacerse pública la lista de candidatos. Y en el caso de que se tratase de comicios legislativos el texto del proyecto de ley, y en el caso de comicios judiciales el nombre del acusado la imputación y la pena correspondiente.” Ibidem, p. 85.

⁷⁷ “Respecto al orden del día en que se desarrollan las ceremonias, el magistrado recibe los auspicios, por lo menos cuando se trata de comicios centuriados o por tribus. Si los auspicios son desfavorables la asamblea debe ser suspendida bajo la pena de poder ser impugnada su validez, por parte de los augures. Cuando los auspicios son favorables, el magistrado convoca al pueblo mediante el trámite de los heraldos.” Burdese, Op. Cit., p. 119.

⁷⁸ “El lugar de reunión era dentro del *pomerium*, del recinto amurallado que rodeaba a Roma, en el caso de los *comitia curiata* y *tributa*, y fuera del *pomerium*, en el campo de Marte, dios de la guerra, en el caso de comicios centuriados el recuerdo de su primitivo carácter militar.” Fernández de Buján y Fernández, Antonio, Op. Cit., p. 85.

⁷⁹ “Entre la convocatoria y el primer lugar de reunión comicial debía transcurrir un plazo mínimo de treinta días. Durante este plazo de tiempo los magistrados, los candidatos o personajes de prestigio solían reunirse con el pueblo por distritos para explicarles las ventajas de la ley o para hacer campaña política.” Loc. Cit.

de la votación debería de ser comicial⁸⁰ y, una vez consultados los auspicios y si estos eran favorables se llamaba al pueblo a votar, además de que no podía haber ningún debate en las reuniones, por lo que debería de procederse inmediatamente a las votaciones, las cuales en un inicio fueron de naturaleza oral, con posterioridad serían de manera escrita lo que vino a constituir un avance en la democracia romana⁸¹ y, en donde no se permitía el voto en parte sino en bloque, o se aceptaba o rechazaba cualquier proyecto en su totalidad, una vez votada y aprobada en sentido positivo, la propuesta podía entrar en vigor.

III) Competencias.

A) Competencias de los *comitia curiata*

Los comicios curiados tenían conferidas funciones, para cuyo ejercicio debían ser necesariamente convocadas la *inaguratio* y la *detestatio sacrorum*, así; como la votación de la *Lex Curiata de Imperio*.

La primera consiste en la toma de posesión del *rex sacrarum* y de los sacerdotes *flamines*, encargados del culto de los dioses del Estado, la segunda implica la renuncia solemne al culto familiar, la tercera, en donde es necesaria la votación afirmativa de la ley por las *curias* para que se produzca formalmente la atribución del *imperium* a los magistrados.

⁸⁰ "El día de la votación debía ser un día comicial, de entre los fijados por el colegio de pontífices; no coincidía ni con los días judiciales ni con los días festivos y no solía coincidir con los días de mercado en Roma." Loc. Cit.

⁸¹ "El magistrado convocante o presidente se dirigía brevemente a la asamblea y a continuación comenzaba la votación, que era oral. Y posteriormente con las leyes tabellaria en el siglo II a. c. Se instituyó el voto escrito en unas tablillas de madera, primero en los comicios electorales, después en los judiciales y posteriormente en los legislativos. La introducción del voto escrito y secreto se entendió, y así se entiende desde entonces, como una forma de perfeccionamiento democrático frente a las posibles coacciones que puede suponer el voto oral." Ibidem, p. 86.

B) Competencia legislativa de los *comitia tributa* y *centuria*.

La competencia en materia legislativa la desempeñaban los *comitia tributa* y los comicios por centuria⁸², los primeros conocían de todas las propuestas de ley que eran presentadas por los magistrados, en tanto que los segundos solamente conocían cuando se trataba de una *Ley de Potestate Censoria* y de la *Ley de Bello Indiciendo*, en ésta última hipótesis debería mediar una pretensión del Colegio de los Feciales a fin de intentar la reparación del daño y, solamente con posterioridad se podía producir la votación de la ley, si no se satisfacían las pretensiones solicitadas a la comunidad que había producido el daño. Con relación a las votaciones en donde participaban las centurias, la ley deberá de contar para su aprobación con una mayoría absoluta, debiendose continuar la votación hasta que votasen las últimas que queden, si no se alcanza tal requisito la propuesta del magistrado es rechazada.

C) Competencia electoral de los *comitia tributa* y *centuria*.

Las asambleas desempeñaban facultades de nombramiento, las cuales es posible ubicarlas una vez que se dió la paridad entre patricios y plebeyos, de esta manera, tenían facultades para votar con respecto a la elección de los magistrados y tribunos, en éste sentido a la *comitia tributa* le estaba conferida la potestad para elegir a los *tribunos*, los *ediles* y los *cuestores*, en tanto que a los comicios por centuria le estaba conferida la función de nombrar a los magistrados *cum imperio*: Consules, dictador, pretores y los censores.

⁸² “Tratándose de comicios legislativos la ley se denominaba *lex rogata*, en atención a que era rogada o presentada al pueblo, el cual en caso de aceptarla se comprometía a cumplirla”... “Las leyes llevaban el nombre del magistrado o magistrados proponentes en ocasiones se añadía el cognomen o el praenomen”... “Las leyes se conservaban en el erario público cuya conservación era competencia de los cuestores para su estudio e interpretación...”

Iniciada la tradición con la publicación de las XII tablas era frecuente que la ley se expusiese al público en tablas de bronce o de madera, existiendo al respecto una comisión encargada de la reparación material de las leyes.” Ibidem, pp. 86-87.

Las limitaciones principales que tenían los comicios en su actuación se referían, más por tradición que por ley, al derecho *sacro*⁸³ y a la configuración institucional de las magistraturas y del Senado, y por la constitución de la ciudad Estado⁸⁴.

D) Facultades jurisdiccionales.

Las asambleas también desempeñaban funciones jurisdiccionales, presentándose con claridad las funciones de control que ejercían con respecto a las decisiones que emanaban de los magistrados consecuencia de un castigo grave que pretendían imponer al gobernado romano y, en donde, este último podía apelar a la Asamblea a fin de que emitiera una decisión que traía por consecuencia su inocencia o, en su defecto su culpabilidad, en este último supuesto la sanción podía consistir en la muerte o multa, si la ley no prevé tal sanción, era el magistrado quien preside la Asamblea el encargado de establecer la sanción, de ésta manera, fue un verdadero medio de control en favor del gobernado y en contra del abuso de poder que ejercían los magistrados.

Con relación a las diversas facultades que realizaba la Asamblea es oportuno expresar que estaban sujetas a control, tal vez, no era un control de naturaleza material, pero si realizaban los demás órganos un control de naturaleza formal, por un lado, la Asamblea estaba sujeta a la iniciativa de los magistrados por lo que estaba imposibilitada para sesionar con relacion a alguna propuesta que no había sido promovida por quienes tenían competencia, asimismo; no podía

⁸³ “En lo que se refiere a las primeras, se encuentran en la cláusula que en época histórica se une a las leyes o cuando menos existe en ellas una referencia implícita, según la cual “*si quid sacri sanctis est quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihil rogatur*”, cuya función no es la de impedir la intervención de la legislación en materia sagrada, como acontecería al aumentar los miembros del colegio sacerdotal, por haber ingresado en el los plebeyos, sino la introducción del principio electivo dentro del propio colegio.” Burdese, Op. Cit., p. 116.

⁸⁴ “Respecto a las últimas, son principios que no llegaron a formularse en normas concretas, si bien se consideraron siempre inderogables y de hecho nunca fueron derogadas afectando a la existencia y a las funciones institucionales de los órganos en que se estructura la civitas, es decir, los magistrados, cuyo poder si bien encontró límite por parte de la asamblea nunca resultó sustancialmente alterado, y el senado respecto al cual la intervención de la asamblea ha sido siempre muy escasa como demuestra el principio de la *auctoritas patrum*,...” Loc. Cit.

sesionar sin antes no haberse dado los auspicios por parte del colegio competente, en un mismo sentido, las facultades que ejercitaba la Asamblea y, que terminaban con su aprobación, estaban sujetas a la *auctoritas patrum*.

e.-Tribunos de la plebe.

La naturaleza de los tribunos de la plebe, en un principio fue revolucionaria para con posterioridad adquirir un carácter institucional, como consecuencia fue elevada a rango de órgano en la Constitución ateniense.

El origen de los tribunos de la plebe, como su nombre lo indica, surgen para la defensa de los intereses de los plebeyos frente al patriciado, y contra el *imperium* de los supremos magistrados.

Sus miembros eran electos de los *concilia plebis*, además de que tenían previamente a ocupar el cargo que jurar ante una *Lex Sacrate*.

Dicha institución, antes y una vez que adquirió positividad, contaría con las atribuciones como la *intercessio*, la cual consistía en oponerse a las resoluciones de otros magistrados, del Senado y de los mismos tribunos, cuando estos tuvieran la intención de perjudicar al pueblo en sus intereses, en un mismo sentido, el tribuno encuentra tutela de su persona bajo el principio de inviolabilidad, porque nadie puede atentar contra su vida.

También a los tribunos de la plebe, se les reconoció la *summa coercendi potestas*, a efectos de tutelar la inviolabilidad y el ejercicio de la *intercessio*, consistente también en poder detener, multar ordenar la prisión de un ciudadano.

Los tribunos de la plebe siempre ejercieron su facultad de *intercessio* de manera prudente y sin extralimitaciones, esto hizo posible la celeridad del gobierno sin llevarlo al anquilosamiento e inclusive colaboraron con el Senado,

una vez que se produjo la parificación con el patriciado sirvieron como instrumento de control del Senado contra aquellos magistrados que incumplieran las resoluciones emitidas por este.

f.- Magistraturas

l) Elección

La forma de como accedían al poder los magistrados, quienes en un inicio serían nombrados por sus propios antecesores, con posterioridad, vendrían a ser nombrados por las asambleas; uno de los requisitos para ser magistrado, era, el de que la persona tenía que ser ciudadano, una vez electa la persona para el cargo, podía entrar en funciones con el puro nombramiento sin que fuera necesario un acto de aceptación, esto aconteció en la época republicana.

Una vez electa en el cargo, la persona tenía impedido desempeñar otras magistraturas simultáneamente, y a su vez estaba prohibida la reelección, empero, existían algunas excepciones, los cónsules si podían reelegirse una vez pasados diez años contados a partir de que expiró su cargo como cónsul. Pero a partir de la expedición de la *Lex Villia* del año 180 a.c., se instauraría la carrera política, debiéndose presentar el ciudadano que quisiera desempeñar alguna función, de manera sucesiva con respecto a los demás.

Asimismo, un ciudadano romano que tuviese la intención de acceder al cargo de dictador o de censor, previamente se le exigía como requisito haberse desempeñado como cónsul, y quien tuviera la intención de acceder al cargo de cuestor, tenía que estar escrito por lo menos diez años antes en las listas militares, ya que la edad mínima para desempeñar dicha función era de veintisiete años.

II) Organización.

La distinción de las magistraturas que han hecho los estudiosos de la historia romana ha variado, para efectos de una certeza en el conocimiento de dichas instituciones. Debido a lo anterior, algunos las han dividido en ordinarias y extraordinarias; en mayores y menores; o, en magistraturas *cum imperio* y *sine imperio*⁸⁵, independientemente de lo expuesto, lo cierto es que las magistraturas que compusieron al Poder Ejecutivo romano fueron las siguientes: los *cónsules*, los *pretore*s, el *dictador*, los dos *censores*, los *cuestores* y los *ediles plebeyos* y *curules*.

Cónsules: Eran magistraturas elegidas anualmente, de forma colegiada, es decir que existían dos cónsules que se controlaban recíprocamente por conducto del veto que detentaban; de entre los privilegios que les eran concedidos, se encuentra el siguiente, el año para el cual eran elegidos llevaba su nombre (*eponimia*), es cierto que tenían determinadas prohibiciones y, que a su vez

⁸⁵ “Las magistraturas eran dos, “las ordinarias, que son aquellas que desarrollan su actividad en circunstancias normales y son elegidos por periodos anuales (salvo los censores, elegidos cada cinco años) y magistraturas extraordinarias, que son las existentes en circunstancias excepcionales. Vgr. Los decemviri legibus scribundis.

Cabría otra distinción entre magistrados mayores, cónsules, pretore

s y censores, y menores, tribunos, ediles y cuestores, pero la clasificación fundamental es la que distingue entre magistrados *cum imperio* y *sine imperio*. El *imperium* sería un poder global, atribuido originariamente a los cónsules y posteriormente al pretor y a los magistrados extraordinarios. Con el paso de los siglos se distinguiría entre un *imperium domi*, que se ejercía en Roma, y un *imperium militiae*, ejercitable fuera de Roma y básicamente de naturaleza militar”...distingue entre potestad u auctoritas, la primera entendida como “el poder legalmente establecido y la segunda como “el saber socialmente reconocido.” Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op. Cit., pp. 89-90.

poseían ciertas facultades dentro del *pomerium*⁸⁶ y, fuera de este poseían otras distintas⁸⁷.

Pretores: Los pretores, en su origen, se dice que tuvieron un carácter esencialmente militar, no obstante con posterioridad vendrían a desempeñar funciones muy disimilares y alejadas de las que tuvieron en su génesis⁸⁸, realizaban funciones de impartición de justicia, para esto, se conocieron dos tipos de pretores: Los urbanos y los peregrinos⁸⁹, también a ellos les competía decir el derecho⁹⁰, emitir edictos⁹¹ y, suplir a los cónsules cuando se encuentran fuera de la ciudad de Roma.

Dictador (el que dicta el que ordena): El dictador es nombrado por el cónsul como magistrado único y, a su vez homologado por una *Lex de Imperio* de los

⁸⁶ “Dentro del pomerium, era un lugar augurado, es decir, delimitado por los augures y respecto del cual se habían obtenido unos auspicios favorables, regían unas disposiciones especiales que limitaban el poder de los cónsules.

Prohibición de enterrar cadáveres: prohibición de entrada en el ejército salvo los supuestos de triunfo reconocidos por el senado, prohibición de utilizar por los cónsules vestimenta militar, prohibición de convocar la asamblea censurada y prohibición de recibir, dentro del recinto amurallado a los embajadores de los pueblos enemigos.

Eran actividades características de los cónsules dentro del pomerium: la facultad de publicar edictos (*ius edicendi*); la facultad de convocar y presidir el senado (*ius agendi cum patribus*) y la asamblea por tribus (*ius agendi cum populus*) la facultad disciplinaria de la *coercitio*, y la facultad de juzgar (*iurisdictio*)...” Ibidem, pp. 93-94.

⁸⁷ “Fuera del pomerium se desarrollaba la actividad principal de los cónsules, que correspondía a la esfera militar. Los cónsules eran ante todo generales del ejército.” Loc. Cit.

⁸⁸ “El cargo de pretor (*deprae-ire*, ir delante) habría tenido una significación militar en sus orígenes. En principio se trataría de un jefe del ejército, pero a partir de las *leges liciniae, sextiae* del 367 a.c. se le atribuye al pretor competencia específica en materia de proceso civil...” Ibidem, p. 95.

⁸⁹ “Se crea en el 242 a. c., el pretor peregrinus, competente para conocer los litigios entre extranjeros y ciudadanos romanos. En época de César el número de pretores elegidos es de dieciseis.” “El edicto del pretor estaba vigente sólo durante su periodo de gobierno...” Ibidem, p. 96.

⁹⁰ “La *iurisdictio* (decir el derecho) comprende también la facultad de promulgar un edicto, era una parte de complementar el *ius civile*, pero con su interpretación extensiva o analógica del derecho civil, llenan las posibles lagunas legales o clarifican normas antiguas o no suficientemente precisas. La labor de los pretores, junto con la de los juristas resulta fundamental para el desarrollo del derecho legislado en las asambleas populares.” Ibidem, pp. 95-96.

⁹¹ “El pretor podía introducir modificaciones en su edicto durante su mandato, *edictum novum*.

En el año 137d.c., el emperador español Adriano ordena al jurista Salvio Juliano la codificación definitiva del edicto, *edictum perpetuum*. La codificación supone la capacidad innovadora de los edictos pretorios, promulgados anualmente, lo cual implicaba un mayor contacto con la cambiante realidad social, si bien en posible detrimento de la certeza y seguridad jurídica que puede suponer la promulgación anual de un código básicamente procesal, aunque también con disposiciones de derecho material o sustantivo.” Ibidem, pp. 96-97

comicios curiados o en su caso podía ser designado por el *interrex* conjuntamente con la aprobación del Senado; el tiempo para el que era designado era de seis meses como máximo, no descartándose la posibilidad que durase en tal función hasta que sesara la situación para la cual había sido nombrado, las hipótesis que daban pauta a dicha designación, eran: la de un peligro interior, exterior (guerra civil o externa) o para que cumpliera un objetivo determinado; pero siempre se trataba de situaciones de emergencia que los magistrados colegiados no podían resolver.

Una vez nombrada la persona, ésta podía suspender las garantías individuales, es decir, que no estaba sujeto ni a la *intercessio* o veto de los magistrados, ni a la *provocatio ad populum* emanado de los particulares, cuyo conocimiento competía a la Asamblea popular⁹². De esta manera, podemos apreciar que dicho magistrado no estaba sujeto a más limitaciones que la temporal, en este sentido se encontraba en una situación de ejercicio absoluto del poder que se le había conferido, sin estar sometido a control por los demás órganos.

Ediles curules y ediles plebeyos: Los ediles curules⁹³ vienen a conformar una magistratura colegiada y, de naturaleza patricia en su origen; quienes desempeñaban funciones administrativas a nivel municipal, como las de mercados, juegos, vías públicas, y realizaban funciones de policía; también resolvía controversias que surgiesen en una compraventa, básicamente por vicios ocultos.

⁹² "Al dictador compete un imperium maius respecto al de los cónsules (es acompañado por un doble número de lictores, es decir por 24) los cuales junto a los otros magistrados continúan ejercitando su función, especialmente la judicial y administrativa, salvo *intercessio*, *prihibitio* o suspensión por parte del dictador. No está sometido al menos originariamente al límite de la *provocatio* (por tanto sus lictores llevaban siempre las haces con la segur) que se admite incluso contra él tan sólo en el curso del siglo III, aunque posiblemente ya se daba con anterioridad, contra sus decisiones, la *intercessio* de los tribunos de la plebe." Burdese, Op. Cit., p. 81.

⁹³ "El nombre de curules deriva de que tienen derecho a sentarse en un asiento especial de marfil silla curulis, en la que se sentaba el magistrado que era trasladado en un carruaje de un lugar a otro de la ciudad." Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op. Cit., p. 101.

Censores: El origen de tal magistratura se dió en el 443 a.c. aproximadamente. Los censores eran electos cada cinco años para un periodo de dieciocho meses; los encargados de elegirlos fueron los comicios centuriados y confirmados por ellos mismos bajo una *Lex de Potestate Censoria*; las personas que tenían la intención de ocupar el cargo, deberían de haber desempeñado la función de cónsul y gozar de prestigio y honorabilidad social, fue una magistratura colegiada.

Los censores durante la época de la república desempeñaron ciertas funciones, como controlador de las costumbres y la moral del pueblo en Roma, sirvieron como órgano de denuncia motivada por la violación a una *Ley Sacra*, civiles y militares.

Sin embargo, su función principal y que hace honor a su nombre, lo fue el de confeccionar el censo.

Cuestores: La cuestura, fue una magistratura colegiada, cuyos miembros eran elegidos de manera anual por los comitia tributa, principalmente fueron auxiliares de los consules y de los censores.

Las principales funciones que desempeñaron, se dieron en materia fiscal; eran los encargados de la percepción de multas, se encargaban de las confiscaciones en tratándose de deudores morosos, de la administración y custodia del erario estatal y, del erario militar a estos últimos se les conoció como *cuestores erarium*, y los *cuestores parricidi* eran los encargados de la justicia criminal.

III) Imperium.

El magistrado durante su encargo gozaba de una *potestas* o facultad de mando, no obstante se decía que cuando ésta era suprema se le denominaba imperium,(consul, dictador, pretor) esto último se encuentra conformado por: la

coercitio, la cual estaba sujeta a la *provocatio ad populum*⁹⁴; el mando militar;⁹⁵ el *ius edicendi* o derecho de dirigirse al pueblo y dictar ordenanzas; la *iurisdictio* o facultad de administrar justicia civil o militar; la suprema dirección del Estado; el *ius agendi cum patribus*, el *ius agendi cum populo* y el *ius auspiciorum*⁹⁶.

IV) Limitación y control sobre las magistraturas

El poder de los magistrados está afecto a varias limitaciones que se cifran, sobre todo, en la temporalidad, la colegialidad, la *intercessio* de los tribunos de la plebe, la *provocatio ad populum* y la responsabilidad al término de sus funciones.

A) La temporalidad

Una de las limitaciones hacia los magistrados lo fue de naturaleza temporal, es decir, que sus funciones estaban supeditadas a la temporalidad, ya que eran designados para el plazo de un año, después de pasado dicho periodo tenían que dejar la función, sin embargo, ésta hipótesis general sufriría excepciones, por ejemplo un dictador podía ser designado por un plazo de seis meses y, los

⁹⁴ “La *coercitio* o poder general de constreñir discrecionalmente a la obediencia de sus ordenes por diversas medidas de carácter legal que sin embargo no tenían el carácter de pena a un delito particular sino a la desobediencia. La *coercitio* era un poder personal no delegable y podía realizarse por medio de medidas muy variadas: pena de muerte restringida por el derecho de todo ciudadano a ser oído previamente por el pueblo (*provocatio ad populum*), arresto correcciones corporales sujetas también con el tiempo a la *provocatio ad populum*: multas de cuantía que determinaba libremente el magistrado y que si excedía un cierto límite podía dar lugar a la *provocatio ad populum*; embargo de bienes, etc. Cuando contra un acto de *coercitio* se interponía la *provocatio ad populum* el magistrado que pretendía realizar el acto coercitivo debía convocar previamente la asamblea popular y exponer el caso: la asamblea decidiría si procedía o no la medida coercitiva propuesta.” De Churruca, Juan, (con la colaboración de Rosa Mentxaka), *Introducción histórica al Derecho Romano*, Séptima edición revisada, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, pp. 72-73.

⁹⁵ “Los cónsules están investidos de *imperium*, poder complejo que reúne en sí diversas funciones: es el supremo mando militar (*imperium militiae*) que se ejercita fuera del pomerio de la ciudad sin encontrar límite en la *provocatio* por lo menos hasta las leyes *porciae* del siglo II, y que dentro del pomerio de la ciudad siempre aparece limitado (*imperium domi*).” Burdese, Op. Cit., p. 78.

⁹⁶ “El derecho a consultar la voluntad de los dioses (*ius auspiciorum*) que podía transformarse en eficaz instrumento político al amañarse auspicios desfavorables antes de la celebración de un acto que se tratase de impedir.” De Churruca, Juan, Op. Cit., p. 72.

censores por un plazo de dieciocho meses, incluso en tratándose de magistrados ordinarios, estos podían ser prorrogados en su función hasta por un año⁹⁷.

B) Colegialidad

Habría que advertir que existía cierto sentimiento de desconfianza e inseguridad hacia el sistema monárquico caracterizado por un poder unitario y particular; ante dicho fenómeno (de concentración de poder) el pueblo de Roma se inclinó por la colegialidad como una institución que atenuaría el poder de los magistrados, a través del control recíproco que de ellos surgiría, básicamente a través de la *intercessio*.

Esencialmente la mayoría de las magistraturas estaban basadas en el principio de colegialidad, es decir, que existían de dos hasta más personas que se designaban para el desempeño de las funciones inherentes al cargo, excepto en el caso de dictadura.

El poder conferido a los magistrados era pleno, es decir, que podían desempeñar las facultades en su totalidad; pero, debido a la colegialidad tenían que sortear los peligros a que podía llevar el desempeño de idénticas atribuciones, en el entendido de que facultades similares de su igual o superior también podían ejercerse; además estaban sujetos a la *intercessio* el cual podían efectuar otros magistrados o ellos mismos contra actos de sus colegas,⁹⁸ ante dicha situación se

⁹⁷ "A veces, los magistrados ordinarios son prorrogados por un año en el ejercicio de su cargo - *prorrogatio imperii*-. Tal ocurre por decisión de los comicios, según exigencias nacidas de las campañas guerreras o de la administración de las provincias. El cónsul y el pretor con jurisdicción prorrogada reciben, respectivamente, los nombres de *procónsul* y *propraetor*." Iglesias, Juan, Op. Cit., p. 22.

⁹⁸ "Ciertamente esta posibilidad de veto, entendida como garantía o control concedida a los colegas podía en teoría, paralizar la vida política y produce asombro que no hayan tenido lugar más enfrentamientos entre los políticos profesionales. Constituye uno de los secretos de la vida constitucional romana como éste sistema no lleva a mayores descalabros..." Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op, Cit., p. 91.

resolvió el problema a través de un acuerdo de prevención entre estos⁹⁹ que consistió, en el sorteo del ejercicio de las funciones, que estas se ejercieran por turno, o bien, los propios magistrados podían proceder al reparto de funciones entre ellos.

C) Gratuidad.

Una de las características de las magistraturas consistía en que los titulares de estas no recibían retribución alguna por el desempeño del cargo, sólo percibían retribución sus auxiliares, tal fenómeno propició que sólo los que tenían fortuna compitieran por el cargo.

D) La *provocatio ad populum*

Los magistrados en el desempeño de sus funciones podían desplegar su *coercitio* sobre los gobernados, el cual podía consistir en la imposición de una sanción o pena; ante dicha facultad de *coercitio* el gobernado se podía proteger promoviendo en su favor la *provocatio ad populum* ante los comicios correspondientes, que implicó un verdadero instrumento de control de la Asamblea sobre el poder de *coercitio* emanado de las magistraturas.

E) Responsabilidad al finalizar su encargo

A los magistrados durante el periodo de su encargo no se les podía destituir, pero una vez que hubiese expirado el tiempo para el cual habían sido designados en tratándose de magistrados mayores, se les podía exigir responsabilidad; por otro lado, a los magistrados menores se les podía exigir

⁹⁹ “Si se realizaba el acto vetado, era nulo si bien en la práctica era frecuente el acuerdo o distribución temporal del poder por lo que no se tiene muchas noticias de vetos entre colegas.” Loc. Cit.

responsabilidades antes de dejar la función, en las hipótesis que hubieren realizado actos contrarios a la ley de Roma.

Los tipos de responsabilidad a las que podía quedar sujeto, eran la política y la penal, en este último supuesto debería comparacer en un proceso criminal, en tanto que en el primero podía significar el fin de su carrera; también los ciudadanos podían llevarlos a tribunales por promesas incumplidas en campaña,¹⁰⁰ una muestra para terminar con la demagogia de los aspirantes a un cargo popular.

En la exigencia de estas responsabilidades, destacó la labor de los tribunos de la plebe que paulatinamente van asumiendo el papel de defensores de la legalidad constitucional.

F) *Intercessio*

La *intercessio* o veto, principalmente procedía contra los actos de los magistrados, es decir que uno podía vetar la actividad de otro,¹⁰¹ sobre dicho supuesto, ya sea por propia iniciativa del magistrado o, a iniciativa de un gobernado que se consideraba afectado por actos de un magistrado; también podía promoverse contra las resoluciones del Senado, en ésta hipótesis correspondía a los magistrados mayores interponer la *intercessio*; asimismo, los tribunos de la plebe tenían la potestad para ejercer la *intercessio* en contra de los

¹⁰⁰ "...El desempeño de las magistraturas urbanas fue costoso para los políticos, debido a la costumbre de los candidatos de ofrecer al pueblo la ejecución de obras publicas, estatuas, templos, etc, a costa del propio patrimonio si resultaban elegidos para el cargo, en cuyo caso cualquier ciudadano podía llevar a los tribunales al candidato elegido y obligarle a cumplir las promesas realizadas en campaña electoral." Ibidem, p. 92.

¹⁰¹ "Esta graduación se exterioriza en la posibilidad del magistrado con mayor potestad de oponer la *intercessio* o veto de la actividad, que ya se haya iniciado, del magistrado con menor potestas, o bien ejercitarse frente a un *ius prohibendi* preventivo o bien por fin actuar en la suspensión del ejercicio de la magistratura." Burdese, Op. Cit., pp. 76-77.

actos de los magistrados ¹⁰² y, de los cuales se auxilió el Senado, es así, como se puede indicar que dichas magistraturas se desarrollaron en un ámbito de cooperación y control.

La *intercessio* promovida por los tribunos de la plebe de la cual se auxiliaba el Senado, para vetar la actividad de los magistrados, y en donde: “La decisión que era objeto de *intercessio* carecía de obligatoriedad y únicamente tenía el valor indicativo de mostrar el sentir del Senado (*senatus auctoritas*).”¹⁰³

g.-Instrumentos de control

l) La *auctoritas patrum* del Senado

La *auctoritas patrum* fue un instrumento de control que se ejerció por conducto del Senado, quien, a través de dicho instrumento, toda propuesta que hiciera un magistrado y que hubiese sido aprobada por la Asamblea culminaba en una decisión de carácter legislativo, electoral o judicial, la cual tenía que ser ratificada por los *patres*, para efectos de que tuviera validez dicha decisión. Algunos estudiosos lo ven además como un medio de control de legitimidad que tenía como consecuencia otorgar mayor valor a la decisión y a su vez eficacia plena;¹⁰⁴ sin embargo, su carácter de control posterior mutaría para pasar a ser un medio de control preventivo,¹⁰⁵ de ahora en adelante, los proyectos de ley ya no

¹⁰² “Compete a los tribunos de la plebe la facultad de oponerse -ius intercessionis- a las decisiones de los magistrados que, afectando al gobierno de la ciudad, considera perjudiciales para los derechos o intereses de la plebe.” Iglesias, Juan, Op. Cit., p. 21.

¹⁰³ De Churruca, Juan, Op. Cit., p. 73.

¹⁰⁴ “Esta *auctoritas patrum*...se exige, después de haber obtenido el voto popular por el magistrado que ha hecho la propuesta, y no supone un mero control de la legitimidad constitucional del acto sino que puede comportar también una valoración de la oportunidad o conveniencia de realizarse, implicando una manera de incremento de valor de la deliberación comicial, asegurándole una eficacia plena (*auctoritas* deriva de *augere* = aumentar).” Burdese, Op. Cit., p. 96.

¹⁰⁵ “Esa intervención consistió al principio en una ratificación senatorial de lo aprobado en las asambleas del pueblo. A partir de una reforma difícil de fechar (*Lex Publilia* 339 a. c. ¿*Lex moenia* III a. c.?) pasó a ser un trámite precedente a la reunión de la asamblea popular, por lo que el Senado daba su aprobación o rechazaba previamente el proyecto de ley o la lista de candidatos que un magistrado proyectaba someter a votación.” De Churruca, Juan, Op. Cit., p. 78.

serían ratificados una vez que se hubiese votado la propuesta, sino, que ahora las propuestas antes de que se votaran por la Asamblea, se verían precedidas por una confirmación preventiva igualmente a cargo del Senado.

II) La *provocatio ad populum* a favor del gobernado romano.

A) Promovente.

Quien estaba facultado para interponer la *provocatio ad populum*, fue el ciudadano romano¹⁰⁶ que había sido vulnerado en su persona o patrimonio, por virtud de un acto emanado de un magistrado quien podía ejercer la *coercitio*.

B) Órgano de control

El órgano encargado de conocer de la *provocatio ad populum*, era la Asamblea popular, un verdadero y autentico órgano de control ante quien se desarrollaba un procedimiento comicial y, cuya resolución podía autorizar o ratificar una decisión emanada de un magistrado que era objeto de control y que había sido impugnado por un gobernado.

C) Órgano sujeto a control

Contra los actos de los magistrados procedía la *provocatio ad populum*, como lo hemos sostenido con anterioridad; los magistrados tenían la capacidad para desplegar su *coercitio*, de entre varias facultades que implicaba, estaba la de que

¹⁰⁶ “La lex Valeria (del año 300)...se sitúa en una época en que, el conflicto entre patriciado y plebe ha sido superado, pudo haber sancionado la generalización, a favor de todo ciudadano, de la facultad de apelar al pueblo, contra el ejercicio de la represión por obra de los magistrados, especialmente en delitos de fondo político que, sobre la base de la primitiva *provocatio* contra la represión del *perduation* por obra de los *duoviri*, debía haber sido utilizada por los plebeyos contra las represiones actuadas por los magistrados patricios, por lo que la *provocatio* no aceptada por el magistrado, sólo indirectamente podía actuarse mediante la intervención de la *intrcessio* de un magistrado de por *maiorve potestas* o bien por el *auxilii latio* del tribuno.” Burdese, Op. Cit., p. 311.

podían imponer sanciones al gobernado sin necesidad de un proceso, con discrecionalidad y libertad,¹⁰⁷ sanciones que podían concretarse en la pena capital, en una multa grave, o corporal, de este modo, dichos actos estaban sujetos al instrumento de control en estudio, cuyo objetivo fue limitar y contener el exceso de poder ejercido por los magistrados en el desempeño de sus funciones.

III) La *interccesio* de los magistrados y tribunos de la plebe.

En Roma, como acertadamente lo han sostenido diversos tratadistas, se tenía la intención de hacer compatibles el poder político y el Derecho derivado del Estado,¹⁰⁸ de esta manera, un instrumento que cumplió con tales expectativas lo fue la *intercessio* o veto de los magistrados y tribunos de la plebe.

Bien sabemos, que la *intercessio* era la casación por un magistrado de la orden dada por otro magistrado, funcionando como medio para evitar las extralimitaciones y los abusos de poder de las personas que detentaban las magistraturas.¹⁰⁹ Empero, durante la época de la monarquía tendría un tinte disímbolo¹¹⁰ al que prevalecería en la república. Durante la república se daría la paridad entre patricios y plebeyos la cual daría origen a los tribunos de la plebe.

¹⁰⁷ De Churruga, Juan, Op. Cit., p. 82.

¹⁰⁸ “La misión más importante y la más difícil del estado constituido conforme a derecho (rechtsstaat) consiste en hacer que la magistratura disfrute, de un lado, de la plenitud del poder, y de otro, que se mantenga dentro de los convenientes límites: o lo que es lo mismo, en armonizar los dos términos, poder público y ley del Estado. La institución de que los romanos se valieron principalmente para resolver, o cuando menos para tratar de resolver la segunda parte de este problema, fue la de hacer que la actividad de la magistratura encontrase sus límites en la magistratura misma, ó sea la intercesión contra el imperium.” Mommsen, Teodoro, *El Derecho Penal Romano*, Traducido del Alemán por Dorado Montero Pedro, Vol. I., Pamplona, Jiménez Gil Editor, 1999, pp. 141-142.

¹⁰⁹ “Quizá ninguna otra organización política pueda mostrar un instrumento más poderoso que este para ligar el poder de los funcionarios públicos, poderoso desde luego así para impedir las extralimitaciones de los mismos, como para violentar su actividad legítima; en ambos sentidos se hizo pleno uso del derecho de casación, sobre todo cuando lo ejercían los tribunos de la plebe; pero considerando las cosas en conjunto este derecho se puso en práctica mas bien en el sentido beneficioso que en el perjudicial, pues empleado de la manera antes dicha, que no puede caber duda era muy conveniente, servía de correctivo a los abusos individuales.” Ibidem, p. 443.

¹¹⁰ “En la Roma de la época de los reyes, únicamente se podía hacer uso de ella casando el rey mismo las ordenes que hubiese dado un comisionado suyo, y esta intercesión del mandante, como ejercicio de su poder superior contra el poder inferior correspondiente al mandatario existió siempre.” Ibidem, p. 442.

Además de que la colegialidad sería una institución cuya finalidad era la de no atenuar las facultades de los magistrados; pero sin que estuvieran excluidos o no fueren sujetos de control. A través de nuestra figura en estudio, se lograría el objetivo propuesto por el pueblo romano, el control del poder de los magistrados, teniendo que cambiar o incluso desaparecer las instituciones no compatibles con las nuevas que emergían.¹¹¹

A) Órgano de control

Por lo anterior, los facultados para interponer la *intercessio* eran los magistrados contra actos de otros magistrados. La motivación de la impugnación tenía origen por iniciativa propia o por querrela presentada por un ciudadano que había solicitado el veto de un acto; el veto también podía interponerse por los tribunos de la plebe en contra de otros tribunos de la plebe e incluso en contra de los propios magistrados; sin embargo, estos últimos tenían una limitante, no podían interponer la *intercessio* en contra de los tribunos de la plebe.¹¹²

¹¹¹ “Aquellas magistraturas, contrarias por su naturaleza al sistema de la intercesión es decir, el interregno y la dictadura se transformaron en tiempos relativamente primitivos o bien quedaron abolidos de hecho. El suspender el derecho de casación, singularmente el de los tribunos, cosa que aconteció algunas veces bajo una u otra forma, como sucedió durante el decenvirato y mientras funcionaron otros poderes excepcionales significaba, en lo esencial, una suspensión de la constitución del Estado libre.” Ibidem, pp. 443-444.

¹¹² “Luego que la plebe comenzó a formar parte del orden político de Roma, el derecho de intercesión hubo de hacerse extensivo a los jefes que la misma tenía, a los tribunos de la plebe, esta extensión se logró primeramente por vía revolucionaria, pero después adquirió un reconocimiento oficial con lo que cada tribuno del pueblo tenía facultades para interponer la intercesión así contra sus propios colegas como contra los magistrados patricios, mientras que, por el contrario, los magistrados patricios no podían impedir a los tribunos del pueblo el ejercicio de su actividad por medio de la intercesión. El poder exorbitante que se concedía de tal modo a cada particular funcionario, sobre todo a cada tribuno del pueblo venía a ser debilitado de un modo esencial merced a la circunstancia de que si el magistrado cuya orden había sido inutilizada por la propuesta tribunicia llevaba, sin embargo, a efecto dicha orden, quedaba, si, sometido al poder coercitivo y judicial del tribuno intercedente, pero a su vez, las medidas coercitivas o penales tomadas por este último podían ser de nuevo casadas por sus colegas, y por lo tanto, si estos querían aunque no podían estorbar la primitiva casación o intercesión, si podían hacer ineficaces las consecuencias penales de ella. Con esto quedan descritos los fundamentales rasgos de la intercesión de los tiempos republicanos.” Ibidem, pp. 442-443.

B) Órgano sujeto a control

Los órganos que por conducto de la *intercessio* estarían sujetos a control, serían los mismos magistrados y los tribunos de la plebe.

C) Hipótesis de procedencia.

Los supuestos que podían dar origen a la interposición de la *intercessio*, eran los siguientes; podía proceder contra los acuerdos del Senado, contra las propuestas de ley o cuando un ciudadano romano era vulnerado por un acto injusto y arbitrario emanado de un magistrado.

IV) Procedimiento censitorio

La función censitoria¹¹³ vino a constituir la base de la tributación de cada ciudadano y del ejército, así; como un excelente medio de control social; se realizaba cada cinco años y, cuya decisión favorable o desfavorable venía a confirmar o suprimir las notas realizadas por los censores anteriores.

A) Declaración

El procedimiento censitorio iniciaba con la obligación que tenía el ciudadano romano de presentar una declaración ante un censor, ya que era necesaria para agregarlo a la tribu o centuria que le correspondiera a esa persona.

¹¹³ “De ésta antigua institución romana deriva la moderna acepción de censura, como control, vigilancia, restricción de libertades, etc; con una significación muy diferente, en atención a la realidad social de cada época, de la que tuvo en la etapa republicana.” Fernández de Bujan y Fernández, Antonio, Op, Cit., p. 100.

B) Negativa a proporcionar datos

El ciudadano romano no podría negarse a proporcionar los datos exigidos por el censor, si se mostraba renuente a mostrarlos incurría en falta que se castigaba con la confiscación de sus bienes.

C) Valoración favorable y desfavorable

Una vez que hubiese presentado los datos que le fueron requeridos, el censor procedía a emitir una valoración de la honorabilidad o actuación deshonrosa de la persona, por lo tanto, la nota podía ser favorable o desfavorable; la nota censoria contenía el nombre de la persona, una transcripción de los hechos probados o una opinión personal del censor. Los censores tenían su facultad de veto, y podía prevalecer la resolución negativa sobre la positiva, por lo que, era necesario el mutuo acuerdo en la nota.

D) Nota desfavorable

Una nota desfavorable traía consecuencias para el ciudadano romano sujeto del censo, ya que ante tal supuesto se procedía a cambiarlo de centuria o de tribu, pero si la nota desfavorable recaía sobre una persona que desempeñaba el cargo de senador, implicaba para ésta su expulsión del Senado romano.

E) Finalización del censo

Al término del censo general, tenían que cumplir con la ceremonia denominada *lustratio* realizada cada cinco años, con función purificadora consistente en el sacrificio a los dioses de algún animal.

Conclusiones

En la antigua Esparta el control del poder fue una constante preocupación, que se procuró solventar a través de la organización política de los órganos que conformaron el sistema de gobierno (eforado, Apella y Gerusia) y los diversos instrumentos de control con los que fueron investidos. Un control del poder cuya presencia impregnó, el origen, ejercicio y la pérdida del poder político (proceso político) por quienes lo detentaron, caracterizado en esencia por su matiz religioso y positivo.

En el pueblo de Atenas, también estuvo presente el control del poder, con una Ecclesia que mantuvo preeminencia sobre las demás instituciones, como la Bulé y los magistrados; aunque la primera no estuvo exenta del mismo; mecanismos de control que tuvieron por origen la religión; aunque en el futuro con el arribo del principio democrático, se conjugaría con el derecho legislado.

Lo mismo aconteció en la ciudad de Roma, instituciones basadas en la religión, la cual, se extendió a los diversos instrumentos de control, esencialmente durante la monarquía; aunque no se descarta que dicha situación seguiría presente al cambiar la forma de gobierno monárquico a uno republicano,

caracterizado por la paridad entre patriciado y plebe que influyó en la participación de los ciudadanos en los órganos del Estado, como en las asambleas populares e inclusive en las magistraturas, de igual manera tomo parte en los instrumentos de control, como ocurrió con la *provocatio ad populum* y la *intercessio*.

La Ciudad antigua, mantuvo instituciones cuyo ejercicio del poder político y social estuvo limitado y controlado, en su origen a través de la religión, para con posterioridad fusionarse con el derecho positivo; aunque evolucionaron los instrumentos de control, permanecieron indicios de aquella sociedad y forma de gobierno construida en la religión, propio de la sociedad cerrada.

CAPÍTULO II CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y COMPLEMENTARIOS PARA EL ESTUDIO SOBRE EL CONTROL DEL PODER.

SUMARIO CAPÍTULO II CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y COMPLEMENTARIOS PARA EL ESTUDIO SOBRE EL CONTROL DEL PODER. A Conceptos fundamentales. 1. Límite. 2. Limitación del poder. 3. Límites permanentes y transitorios. 4. Límites técnicos. 5. Límites malignos. 6. límites sociales. 7. Bloque de la constitucionalidad. 8. Control. 9. Control y limitación del poder. 10. Controlar el poder. 11. Finalidad del control. 12. Principios constitucionales de limitación y control. 13. Sistemas de control (difuso y concentrado). 14. Control de constitucionalidad. 15. Control de constitucionalidad formal. 16. Control de constitucionalidad material. 17. Controles políticos. 18. Ámbito en donde se ejercen los controles políticos del poder. 19. Control parlamentario. 20. Control intraorgánico. 21. Control Interorgánico. 22. Controles internos y externos. 23. Control por un órgano jurisdiccional. 24. Control por vía de acción, de excepción y de oficio. 25. Control social. 26. Defensa de la Constitución. 27. Derecho procesal constitucional. 28. Jurisdicción constitucional. 29. Justicia constitucional. 30. Inconstitucionalidad por omisión. 31. Inconstitucionalidad sobrevenida. 32. Garantía. 33. Garantía y control. 34. Garantías constitucionales. 35. Garantías institucionales. 36. Garantismo. 37. Poder. 38. Poder político o total. 39. Poder concentrado. 40. Poder distribuido. 41. Poder descentralizado. 42. Poder limitado. 43. Poder ilimitado. 44. Poder meritorio y no meritorio. 45. Poder abierto y poder cerrado. 46. Poder de facto y de iure. 47. Poderes sociales. 48. Poder y responsabilidad. 49. Acceso al poder. 50. Acceso y Conquista del Poder. 51. Contrapoderes. 52. Bloqueo de poder. 53. Conflictos de poder. 54. Exceso y desviación de poder. 55. Aumento de poder. 56. Despersonalización del poder. 57. División de poderes. 58. Colaboración de poderes. 59. Funciones del poder. **B Conceptos complementarios.** 1. El control del poder y la soberanía. 2. El control del poder y el constitucionalismo. 3. El control del poder y el neoconstitucionalismo. 4. El control del poder en el proceso político del Estado constitucional. 5. El control del poder y la Constitución. 6. El control del poder y la Constitución abierta. 7. El control del poder y el Estado constitucional. 8. El control del poder y el Estado democrático. 9. El control del poder y parlamentarismo. 10. El control del poder y presidencialismo. 11. El control del poder y semipresidencialismo. 12. El control del poder y semiparlamentarismo.

A Conceptos fundamentales.

1. Límite.

De conformidad con lo dispuesto por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra límite proviene “(del latín. Limes. Itis) M. Línea real o imaginaria que separa dos terrenos, dos países, dos territorios. // 2. Fin, término. //3. Extremo a que llega un determinado tiempo // .4. Extremo que puede alcanzar lo físico y lo anímico,”¹ el cual puede distinguirse de limitar que proviene “(del latín limitare) Tr. Poner límites a algo. // 2. Acortar, ceñir. V. T. C. Prnl. // 3. Fijar extensión que pueden tener la autoridad o los derechos o facultades de alguien. // 4. intr. Dicho de dos territorios o dos terrenos //5. Dicho de un territorio o de un mar. // 6. Prnl. Imponerse límites en lo que se dice o se hace, con renuncia voluntaria o forzada a otros casos posibles o deseables,”² en tanto que limitación implica: “(del latín limitatiu – onis). Acción y efecto de limitar o limitarse. // 2. P. us. Término o distrito. // 3. Ant. Límite o término de un territorio.”³ Los límites están previstos en el ordenamiento jurídico, claro, son límites que ayudan a distinguir las competencias atribuidas a los órganos constituidos; también existen límites que no se encuentran institucionalizados como son los límites sociales; o incluso, los límites políticos que emanan de la voluntad de quien ejerce el control político; no obstante para algunos tratadistas los más importantes son los establecidos en las normas jurídicas; los cuales vienen a constituir el parámetro en el momento de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto o norma emanada de los órganos constituidos que ejercen por conducto de personas físicas el poder político.

2. Limitación del poder.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo -II, Vigésimo Primera Edición, Madrid, 1992, p. 1380.

² Idem.

³ Idem.

Entendemos por poder limitado, a aquella fuerza, capacidad, potestad, etc, que se encuentra sujeta a determinados parámetros que no puede transgredir, ya sean políticos, jurídicos o sociales, en tanto que limitación del poder implica desde nuestra perspectiva, insertar determinados parámetros, a fin de limitar el poder político. Sin embargo, BIDART CAMPOS ha sostenido que: “Son límites que la técnica sociopolítica y jurídica ha ido inventando e imaginando para contener el abuso, el exceso, la degeneración, la exorbitancia, la tentación de hacer con el poder todo lo que sea capaz de hacer hasta donde le alcance su energía”.⁴

3. Límites permanentes y transitorios.

BIDART CAMPOS, distingue entre límites permanentes y transitorios; respecto de los primeros expresa que: “Son aquellos como la ética, el orden natural, el derecho positivo”, en tanto que los segundos suelen ser, “ocasionales, esporádicos intermitentes, como la falta de obediencia en un momento dado, el bloqueo de los contrapoderes, etc; estos últimos son variables y volubles y juegan en circunstancias distintas y cambiadizas frente a un mismo titular de poder o a titulares”.⁵ Habrá que advertir, la legalidad o ilegalidad de las limitaciones, dentro de las permanentes como en las transitorias, porque las limitaciones transitorias que pone en evidencia BIDART CAMPOS, pueden estar impregnadas de ilegalidad, así, como pueden desplegarse con evidente desvío de poder.

4. Límites técnicos.

Con relación a los límites técnicos se ha expresado que “este grupo de limitaciones tiende a moderar al poder, a impedir que haga lo que le da la gana, a enjuiciar a quienes lo ejerzan, a reparar daños y perjuicios o, a prevenirlos. Son límites que a veces padecen conculcaciones, que a veces son despreciados o burlados, que a veces se tornan débiles o inoperantes. Algunos de los límites técnicos, son la división de poderes, el control político y jurisdiccional, la

⁴ Bidart Campos, German, J., *El Poder*, Buenos Aires, Editorial Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1986., p. 165.

⁵ *Ibidem*, p. 165.

destitución del gobernante, las garantías de toda índole y, por último, la responsabilidad”.⁶ Con relación a la clasificación de los límites técnicos, disentimos de ésta, en el sentido de que BIDART CAMPOS incluye dentro de los límites a los medios de control y, a las garantías, no delimitando la diferencia entre límite, garantía y control, de tal forma, que lo lleva a una errónea clasificación; si tratamos de aplicar la clasificación anterior, podremos observar que encuadra a las garantías y al control, lo que nos llevaría a calificarla como una clasificación *latu sensu*, pero inoperante e inaplicable al control del poder.

5. Límites malignos.

Respecto de los límites malignos, BIDART CAMPOS expresa que: “Son los contrapoderes mezquinos o con fines egoístas, o ilícitos que limitan de hecho la posibilidad de acción del poder, la limitación proveniente de tales barreras es más bien mala que buena, porque cohibe la operatividad y la eficacia del poder en campos capaces de rendir beneficios para la sociedad”,⁷ es un hecho, y la praxis se ha encargado de ratificarlo en las relaciones de los que disputan el poder político independientemente de que los califique como límites. Cuando los agentes que intervienen en el control del poder lo hacen con una finalidad diferente a la que deben desempeñar, se desvirtúan los controles, trayendo como consecuencia la paralización de alguno de los órganos o de todos los poderes constituidos; originándose la ausencia de políticas y programas gubernamentales; hoy es algo que no han entendido quienes ejercen el control, porque no lo hacen con el objetivo de prevenir, fiscalizar o, el de buscar alguna reparación, más bien, quien hace uso del control, lleva la intención de hacer quedar mal al contricante frente al electorado y frente a la opinión pública o, a quienes tienen la aptitud de proponer políticas, pero, por la obstaculización plagada de egoísmo, los controles se vuelven un dique que no permite dar celeridad a las políticas gubernamentales en un sistema político.

⁶ Ibidem, p. 163.

⁷ Ibidem, p. 164.

6. Límites sociales.

Para BIDART CAMPOS los límites sociales o contrapoderes como él los denomina: “Son los que vienen dados por la sociedad, por sus creencias morales, por sus valoraciones, por las opiniones públicas,”⁸ en cambio, para ARAGON REYES los límites sociales, son aquellos que no se encuentran institucionalizados, lo mismo sucede con los controles políticos quien limita es quien controla, o en ciertos casos garantiza limitaciones establecidas por terceros o en abstracto, lo cierto y; a diferencia del constitucionalista argentino y lo que él considera límites sociales, para el constitucionalista español son controles sociales.

El jurista argentino hace una clara ubicación de los límites sociales en tanto que el jurista español va más allá, porque distingue limitación de control; aunque en el control social quien limita es quien controla.

7. Bloque de la constitucionalidad.

El parámetro sobre el cual se controla la conformidad o compatibilidad de una norma secundaria en relación con una norma primaria o cualquier otro acto de autoridad, lo es el bloque de la constitucionalidad, el cual, puede abarcar no sólo una norma sino una variedad e infinidad de normas, como sucede en Francia o en su caso hoy en día con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ese orden de ideas FAVOREOU expresa que: “se refiere, generalmente a los principios y reglas de valor constitucional para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”,⁹ en un mismo sentido F. RUBIO LLORENTE expresa, que es el término “utilizado por la doctrina francesa para designar al conjunto de normas de referencia con las que el consejo constitucional contrasta las normas con rango o valor de ley sobre cuya legitimidad

⁸ Ibidem, p. 162.

⁹ Favoreu-rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla-Civitas, 1991, p. 19.

ha de pronunciarse”;¹⁰ no obstante, en palabras del autor anteriormente citado, quien afirma que: “Es el conjunto normativo que distribuye territorialmente el poder (especialmente el poder legislativo, pero no solo este) entre unas instancias centrales, cuya competencia, objetiva o materialmente limitada, se extiende espacialmente a todo el territorio nacional y otras instancias territoriales cuya competencia es limitada tanto material como espacialmente”;¹¹ la forma en que es abordado el tema del bloque de constitucionalidad por los diversos teóricos y de los instrumentos que lo componen, suele variar en diversos países europeos y latinoamericanos (como por ejemplo en Costa Rica)¹² donde ha sido retomada dicha doctrina; nos parece acertado mirar a dicha institución con el objetivo de poder apelar a un bloque de constitucionalidad en México, con la única intención de evitar el exceso, abuso y desviación de poder, sirviendo como complemento y auxiliar en la magna empresa que detenta el Derecho, marcar los límites del poder.

8. Control.

ARAGON, sostiene que la palabra control es muy vieja, sin embargo, el nombre con que se le designa es joven de tal manera que: “La palabra control proviene del término latino-fiscal medieval contra rotulum, y de ahí paso al francés contre-role (controle), que significa, literalmente, contra-libro, es decir, “libro-registro, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros,”¹³ además de considerar que no se puede encuadrar en un único concepto, sino que puede tener varios, sosteniendo distintas definiciones de acuerdo al idioma: “En Ingles significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también freno y comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio”

¹⁰ Aragon Reyes, Manuel, (Coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 64.

¹¹ Ibidem, p. 66.

¹² “El bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos a control judicial de esa institución.” Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Reimpresión, Santa Fe de Bogota –Colombia, Themis, 1998.p. 98.

¹³ Aragon Reyes, Manuel, *Constitución democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 121.

y “revisión”, en alemán, (kontrolle), “comprobación”, “registro” y “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”, en italiano (controllo), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también, “vigilancia”, “freno” y “mando”.¹⁴

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra control deviene “(del latín controle) m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. // 2. Dominio, mando, preponderancia. // 3. Oficina, despacho, dependencia, etc. donde se controla,”¹⁵ en un mismo sentido, BIDART CAMPOS expresa que: “es vigilar, es fiscalizar, es comprobar que se hace, como se hace, como se va a hacer y como se ha hecho,”¹⁶ por otro lado, QUIROGA LAVIE sosteniendo una postura coherente con la teoría general de sistemas define al control como: “La capacidad de un centro menor de energía para constreñir a centros de resistencia cualitativamente mayores al cumplimiento del programa del sistema”.¹⁷

Derivado de lo anterior, se puede sostener que en realidad sería aventurado pugnar por una única conceptualización del control, más bien y de conformidad con lo sostenido por ARAGON REYES no existe uno, sino varios, en caso contrario, sería infructífero si se mantuviera la idea de un único concepto.

9. Control y limitación del poder.

La limitación y el control, son términos que sin duda alguna deben comprenderse por todo estudioso de la teoría constitucional y de los controles, también, por cualquier otro especialista en diversas materias del área de las ciencias sociales, debido a esto BIDART CAMPOS¹⁸ estudioso del fenómeno del poder, expresa que no son la misma cosa aunque haya conexiones entre ambos, refiere que mientras

¹⁴ Aragon Reyes, Manuel, *Constitución democracia y control*, Op, Cit. p. 121.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I, Vigésimo Primera Edición, Madrid, 1992, p. 695.

¹⁶ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., p. 358.

¹⁷ Berlin Valenzuela, Francisco, Coordinador, *El Estado contemporáneo y su reconstrucción institucional*, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 131.

¹⁸ Bidart Campos, German, J., *El Poder*, Op. Cit. pp.359-360.

que el término limitar implica señalar competencias o cenir con frenos y marcos a los órganos, el control que es una técnica para limitarlo no es la única, sin dejar de advertir que lleva una dosis de limitación, lo que no implica que el poder limitado quede sometido a un medio de verificación, por lo que puede imaginarse la limitación sin control, en tanto que el control trae aparejada poco o bastante de limitación. Sin embargo, considera que la limitación no se satisface con la división de poderes que opera en los poderes constituidos, que necesariamente debe completarse con el control, dentro del gobierno y fuera de este a través de fuerzas diferentes, pues de esta forma se asegura la eficacia e independencia del control, de igual manera a través del control social el cual cobra relevancia si se le da vitalidad, idoneidad y plenitud por conducto de un pluralismo de la sociedad; por otro lado, ARAGON REYES¹⁹ defiende la posición de pluralidad conceptual del control, bajo la tesis de que si no fuere así, se desvirtuaría su categoría y su utilidad práctica; afirma que el Estado constitucional se apoya en las limitaciones y controles, los primeros articulándose en los segundos, en donde limitación y control se encuentran implicados, en el sentido de que el control garantiza la vigencia de la limitación, lo que lo lleva a decir que poder limitado es poder controlado y, la limitación sin control es inefectiva e irrealizable. Distingue entre limitaciones institucionalizadas y no institucionalizadas, las primeras vigiladas por controles institucionalizados como los políticos y jurídicos y, las segundas por controles sociales; en tanto que la limitación resulta del choque de voluntades, en el control jurídico la limitación deviene de una norma abstracta establecida con anterioridad.

BIDART CAMPOS aún cuando ve al control como una técnica para la limitación, no deja de advertir que el primero complementa al segundo, por otro lado, ARAGON considera que el control garantiza la vigencia de la limitación, la cual sería ineficaz y no podría realizarse, sin el control.

¹⁹ Aragon Reyes, Manuel., *Constitución democracia y control*, Op. Cit., pp.130-131.

Desde nuestra perspectiva, limitación y control son diferentes; las limitaciones institucionalizadas tienen como parámetro una norma objetiva, así, en el control jurídico como en los controles políticos; algunos tratadistas han argumentado con respecto a los controles políticos que la limitación se encuentra en la voluntad de los titulares de los órganos cuya competencia de control les ha sido conferida, no nos parece correcto, aún, cuando tengan una naturaleza esencialmente política, se encuentran regulados por normas dichas limitaciones y el procedimiento a fin de hacer efectivo un instrumento de control, bajo el principio de que *“la autoridad no puede hacer algo si no existe previamente la facultad conferida”*. Sostenemos, que actuar al margen de la ley e inclusive maximizando su actuación a través de consensos, llevaría a la quiebra del sistema, e implicaría que el Estado aplica normas y exige su cumplimiento por ser soberano, pero él no quiere, ni está dispuesto a acatarlas.

Creemos que los instrumentos de control político, deben los órganos, evitar utilizarlos como instrumentos de lucha, de controversia y en favor de intereses personales o de grupo; la oportunidad no puede, ni debe darse al margen del derecho; los controles políticos deben tener como fundamento a la norma objetiva, si queremos tener realmente un Estado democrático constitucional, pues de todas formas, los órganos que actúan bajo la apariencia de una norma pero que incurrir en desvíos de poder, vienen a constituir ilícitos atípicos, en sí, una especie del exceso de poder, como así lo han sostenido MANERO Y ATIENZA.

10. Controlar el poder.

Como es posible advertir, el poder implica una fuerza, capacidad, potestad, energía, para compeler a otro a que actúe de la forma en como lo quiere de quien deviene; es porque estamos hablando del poder en sí, un poder que posee determinadas limitaciones, las cuales se hacen efectivas por conducto de los medios de control; es totalmente falso que el poder absoluto no las tenga, claro que sí, aun cuando no son límites institucionalizados, es posible sostener que pueden ser culturales, naturales, religiosos, tomando en consideración que en este

tipo de límites, en principio, no hay una fiscalización objetiva, sino divina, personal, en donde la sanción no deviene de la objetividad, más bien de un más allá, de igual forma, el poder es ejercido desde la sociedad y la sanción no es objetiva, sino subjetiva; no así en tratándose del control del poder político, el cual implica vigilancia, inspección, verificación, comprobación que se ejerce sobre los poderes constituidos de la forma de gobierno; en este caso el control lo ejercen ya sea los poderes constituidos o la misma sociedad, a través de los diversos medios de control, sociales, políticos, y jurídicos; por otro lado, también el poder en la sociedad puede ser controlado; el poder político ejercido por los órganos y en el que se fundan para poder emitir una decisión, la cual debe ser acatada por la sociedad misma, pero en caso de extralimitación esta tiene los medios de control efectivos para evitar que esto suceda, ya que sus límites los encontramos en las mismas normas, las cuales deben figurar de manera expresa; de esta forma, el control del poder, es simplemente el sometimiento de una fuerza, potestad, energía, capacidad que es ejercitada por algún, órgano, poder u ente, e incluso, por personas físicas, a la fiscalización, análisis verificación, a efectos de evitar, impedir o sancionar la extralimitación del mismo.

El control del poder, es diferente al control del poder político, este último consiste en el sometimiento del poder ejercido por los órganos constituidos a la fiscalización, verificación y análisis, para efectos de impedir, evitar o sancionar el abuso o exceso que de él hagan quienes lo ejercen, en virtud de que se encuentran sometidos a determinados parámetros fijados por la norma y cuya infracción trae diversas consecuencias; derivado de lo anterior, coincidimos con el Dr. VALADÉS DIEGO²⁰ en el sentido de que los medios de control pueden devenir de la sociedad o en su caso del que el poder político se autoaplica, de esta forma, también lo ha sostenido BIDART CAMPOS.²¹

²⁰ Valadés, Diego., *El control del poder*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 2 -3.

²¹ "El control del poder: Supone dos niveles distintos de acción: por un lado, los que el poder se auto aplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana.

Controles Internos: se producen con diferentes grados de concentración o desconcentración:

11. Finalidad del control.

Parece acertado lo que expresa ARAGON REYES, respecto de la finalidad del control: "Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos",²² en un mismo sentido se ha pronunciado BIDART CAMPOS: "Es en algún sentido informativo: hacer público todo eso; ponerlo en conocimiento del público, de la sociedad, y fundirlo. Pero su finalidad central se dirige a algo más importante, más vital: limitar y contener al poder, hacer jugar su responsabilidad, enmendar -si está a tiempo- lo mal hecho, prevenir o impedir que se haga mal, y cuando ni la prevención resulta posible, ni el entuerto subsanable, el control tiende a que se repare el efecto nocivo de lo que se ha hecho mal, sea - por ejemplo- mediante resarcimiento de diverso tipo sea hasta mediante remoción del gobernante,"²³ bajo las dos aseveraciones late una idea común, la de hacer posible el principio de limitación al poder político, a fin de mantener la sanidad de un sistema político y constitucional y extirpar toda patología política, de tal manera, que se pueda evitar que quienes lo detentan y ejercen causen agravio a los gobernados.

12. Principios constitucionales de limitación y control.

Para HUMBERTO QUIROGA LAVIE cobran relevancia la estructura de los principios constitucionales, derivado de esto, analiza el de *limitación*, el de *funcionalidad*, el de *supremacía* y el de *estabilidad*.

Como se puede observar, la estructura de los principios constitucionales está formada por cuatro principios básicos y por seis sub-principios que se integran recíprocamente.

Concentrados: son los que se ejercen dentro de un mismo órgano.

Desconcentrados: son los que se ejercen entre los órganos de un estado federal."

Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., pp. 207-208.

²² Aragón Reyes, Manuel., *Constitución, democracia y control*, Op. Cit., p. 122.

²³ Bidart Campos, German, j., *El poder*, Op. Cit., p. 358.

Con relación al *principio de limitación*, este cobra relevancia, en el sentido de que las normas de organización deciden sobre la ordenación de los órganos constituidos y, estos se ven limitados por los derechos de los gobernados, particulares o de grupos, esa relación de reciprocidad es la que le da existencia.

El *principio de funcionalidad*, (el cual incluye a tres subprincipios más) interactúa a través de sus funciones, científica, técnica y política; la primera otorgando un mejor método a las normas constitucionales, la segunda, repartiendo el trabajo del Estado y la tercera a través de la no concentración de las funciones públicas. Dichos aspectos están en relación con el principio de limitación, en el sentido de que puesta en marcha las normas de organización, los órganos no vulneren los derechos del gobernado, es aquí donde cobra sustento el aspecto político, el de no concentración.

El *subprincipio de no concentración*, pone límites a la competencia de los órganos constituidos, originados por las normas de organización, el cual se distingue del de limitación, ya que este último tiene por objeto único a las normas de organización, en tanto que el de no concentración tiene a las normas de organización y a los derechos individuales. El *subprincipio de cooperación* cobra relevancia, donde entre los órganos constituidos con competencias particulares existe una cooperación recíproca de la función que desarrollan; por ejemplo en la creación de la norma, en las tareas gubernamentales; debiendo existir una disposición que regule la superación de puntos de contacto entre los que participan de una función a fin de evitar el bloqueo, de lo contrario se llegaría a una obstaculización de las labores gubernamentales con un daño irreparable al gobernado, es aquí, donde cobra vigencia el *subprincipio de no bloqueo*.

El *principio de supremacía* cobra relevancia, porque con él se actualiza una relación de suprasubordinación entre la Constitución y las demás normas de carácter secundario, ya que sin la primera dejaría de ser un sistema coordinado de

normas, misma que da origen al subprincipio de unidad, al de razonabilidad y al de control.

El *subprincipio de unidad* se caracteriza por darle coherencia al sistema de forma vertical y horizontalmente, de tal forma, que una norma inferior debe adecuarse a la superior, y dos normas de un mismo rango no se puedan contradecir, si lo hicieren decidiría el conflicto la Constitución.

El *subprincipio de control* surge para dar efectividad al de supremacía y como consecuencia a la relación de suprasubordinación, entre la norma primaria y los actos y normas emanados de los diversos órganos constituidos, siendo aquí donde cobra importancia lo que expresa el autor en estudio: “La supremacía de la Constitución: sobre las leyes, los decretos, las sentencias y sobre los actos no normativos emanados de la autoridad o de los particulares, tienen que ser garantizada mediante sistemas de control dirigidos a asegurar que la Constitución prevalecerá en su aplicación sobre las normas o actos inferiores del ordenamiento jurídico. Si no hay control, la supremacía es un simple enunciado: el Derecho existe bajo la condición de que sus prescripciones se impongan, de forma tal que si existe violación de la supremacía constitucional, esta sólo será resguardada si está previsto un sistema de reparación que deje de lado la violación y permita la efectiva vigencia de la norma suprema”,²⁴ expresa que el control político, es aquel que se lleva a cabo por órganos de control que se constituyen en poderes políticos (esencialmente recae en tribunales constitucionales) encargados de invalidar la norma, el acto y derogarlo o elevarlo a otro órgano encargado de la derogación, donde sus razonamientos los basan sobre la norma primaria para declarar un acto o norma secundaria inconstitucional; el control político lo clasifica, en función de quien lo promueve: un órgano constituido, a través de acción popular, por el electorado, cuando se pronuncia en elecciones; de conformidad con los efectos de la resolución: erga omnes, argumenta que en todos los casos, sin embargo podemos apreciar que en el caso de México los efectos son relativos, (control

²⁴ Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho constitucional*, Tercera Edición, actualizada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. 461.

efectivo) con respecto a la legislación ya sancionada y que produce efectos, o que está a punto de producirlos, con relación a la que no ha sido sancionada por el legislador, es decir un control preventivo (control preventivo) los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no son retroactivos (control no retroactivo).

En cuanto al control judicial considera lo siguiente: “En este caso los órganos de control (usualmente los órganos judiciales ordinarios, pero no necesariamente), cuando declaran la inconstitucionalidad del derecho lo que hacen es aplicar la Constitución del Estado (como ley suprema) y no el derecho que la contradice, con el efecto de hacer ineficaz, solo en el caso, la norma incompatible, pero sin derogarla (la norma conserva su validez para el futuro)”,²⁵ con relación al órgano que lo ejerce, el sistema es difuso y concentrado; de conformidad con la vía, la cual puede ser directa, en este caso la acción es ejercida antes de que se aplique, y puede ser de oficio por órgano público o por parte interesada y; la vía indirecta, cuando se opone como excepción y no es una cuestión principal la impugnación de inconstitucionalidad, la cual puede ser de oficio o por parte interesada.

El *subprincipio de razonabilidad*, a través del cual se obtiene la compatibilidad horizontal y vertical de las normas secundarias y la Constitución; en tanto que los actos y normas deben ser razonables, es decir que al emitirse deben respetar el debido proceso legal, el cual tiene dos clases el adjetivo y el sustantivo, el primero hace alusión al respeto del procedimiento que le da validez al acto o norma y el segundo hace referencia a la vulneración del sentido común de la norma fundamental, es decir el fondo resuelto por el Derecho.

El último principio, que es el de *estabilidad*, el cual es funcional con la estructura constitucional y está en relación con el sub-principio de control; sin embargo la estabilidad constitucional se logra por conducto de la rigidez de la reforma; la preservación de la eficacia de las normas a través del cumplimiento del

²⁵ Ibidem, p. 463.

subprincipio de control; los remedios que prevea contra emergencias constitucionales, es decir, una vez quebrantada, los remedios que devuelvan estabilidad a la norma primaria.

HUMBERTO QUIROGA LAVIE, al tratar los principios constitucionales, lo hace de forma ordenada, resultando que la concatenación de los mismos, viene a dar eficacia, unidad, celeridad y estabilidad a lo que él llama programa del sistema político.²⁶ Tomando en consideración su postura cibernética, la cual constituye una aportación que debemos de tomar en cuenta los constitucionalistas, porque puede ser que con posterioridad nos podamos servir de ella, con el afán de restablecer los desvíos o desajustes que se provocan en el sistema mismo; es aquí, donde cobra relevancia el control del poder político y su vinculación con los principios antes referidos, de los cuales se puede servir de herramienta para cumplir sus fines.

Principio de limitación.

Principio de funcionalidad. El de no concentración

El de cooperación

El de no bloqueo

Principio de supremacía. El de unidad.

El de razonabilidad

El de control

Principio de estabilidad.

²⁶ “El tipo organizacional o cibernético. La constitución del Estado permite que la voluntad política que anida en la sociedad ingrese como energía vitalizante del sistema político, a efectos de garantizar el equilibrio social. En tal sentido, la constitución hace las veces de programa del sistema político, a efectos de prever: quienes están habilitados para adoptar decisiones de gobierno, cuales son los mecanismos para controlar y evitar los desvíos y desajustes que se produzcan en el sistema, y como se puede renovar o modificar el referido programa, a efectos de evitar su desajuste con la realidad histórica”. Quiroga Lavie, Humberto, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 8.

13. Sistemas de control (Difuso y concentrado).

Los sistemas de control de la constitucionalidad son esencialmente dos, el americano y el europeo, el primero denominado sistema difuso y el segundo sistema concentrado, en donde cualquier autoridad jurisdiccional o alguna en particular le ha sido encomendada la función de establecer la compatibilidad o conformidad de un acto o norma emanada de algún servidor público, con el parámetro que es la Constitución; de ésta manera, se ha dicho que el sistema de control difuso es: "Aquel en el cual el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, con ocasión de la decisión de las causas de su competencia",²⁷ a diferencia del sistema de control concentrado: "En el cual el poder de control se concentra por el contrario en un órgano judicial solamente".²⁸ En la actualidad, ambos sistemas son el prototipo de sistema jurisdiccional para el control del poder, en los que sustentan su base los instrumentos de control jurídico, como el control de la constitucionalidad, de entre algunas otras figuras de control.

14. Control de constitucionalidad.

El control de la constitucionalidad, es uno de los mecanismos jurisdiccionales encaminados a controlar a los órganos que detentan y, en el ejercicio se exceden o abusan del poder público; esencialmente a través de dichos instrumentos es como se salvaguarda a la norma fundamental y, por tanto es adecuado decir que es una: "Garantía constitucional ejercida por el Tribunal Constitucional que consiste en una revisión, o enjuiciamiento, de las leyes o normas con fuerza de ley de ámbito estatal o autonómico,"²⁹ asimismo y como ha expresado BIANCHI se trata de "una especie del género jurisdicción constitucional, una especie que, además y a diferencia de las restantes, no está reglamentada en ningún lugar, ni

²⁷ Cappelletti, Mauro, (Traductor Dorantes Tamayo, Luis), *La justicia Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 60.

²⁸ Idem.

²⁹ Lucas Verdú, Pablo, (coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Granada, Comares, 1996, p. 57.

está prevista su existencia en la Constitución o en ley alguna, se trata de una facultad implícita de los jueces,”³⁰ lo cierto, es que dicho control jurisdiccional contribuye a que se le de un respeto a la Constitución, que ante su ausencia sería una norma fácilmente vulnerable.

15. Control de constitucionalidad formal.

El control de constitucionalidad formal, ha sido comprendido por la doctrina como el instrumento jurisdiccional, en donde se analiza, “la incompatibilidad vertical entre normas jurídicas, manifestada como la inconstitucionalidad formal (relativa a las exigencias formales del proceso de formación de las leyes)”.³¹ En un mismo sentido se han pronunciado diversos tratadistas, para quienes el control formal de constitucionalidad es aquel: “Por medio del cual se examina la elaboración de leyes o normas con dicho rango observando si se cumplen o no los requisitos formalmente establecidos para dicho fin”.³² Sin duda alguna, viene a constituir una de las modalidades de ejercicio del control jurisdiccional sobre las leyes de rango inferior; viniendo a constituir un medio de control en contra de quienes se encuentran encargados de la elaboración de la norma a efectos de que cumplan con los límites establecidos en su creación ya que en caso contrario se le pueda quitar validez y vigencia al producto de su actividad, evitando que incurran a través de su actuación en exceso o abuso de poder.

16. Control de constitucionalidad material.

Por conducto de instrumentos para el control de la constitucionalidad material, el órgano encargado de realizarlo: “Pretende impedir que el contenido de una norma con fuerza de ley vulnere algún precepto constitucional o difiera del contenido constitucionalmente fijado para cada clase de ley”,³³ o como lo ha expresado DA

³⁰ Bianchi, B. Alberto, *Control de constitucionalidad*, Tomo I, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, 1998, p. 172.

³¹ Carpizo, Jorge, (coordinador), *La constitución y su defensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 264.

³² Lucas Verdú, Pablo, (coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., p. 57.

³³ Idem.

SILVA ALFONSO, donde el órgano encargado de ejercer el control sobre las leyes analiza, “la incompatibilidad vertical entre las normas jurídicas manifestada...como la inconstitucionalidad substancial o material (infracción al precepto, contenido o principio de la Constitución)”,³⁴ de esta forma, el órgano ejerce un control sobre quienes ejercen facultades de creación de la norma, una modalidad más del control de la constitucionalidad y por conducto del cual se ejerce el control sobre el exceso o abuso que se pueda hacer del poder político.

17. Controles políticos.

Es necesario establecer la distinción entre el control de la constitucionalidad por órgano político y, el control político, porque son dos cosas muy diferentes; en ocasiones los diversos tratadistas aun cuando sean especialistas en la materia constitucional, suelen incurrir en el error, de ésta forma haremos alusión al primer término, el control de constitucionalidad por órgano político. BORDEAU³⁵ expresa que de entrada es y resulta lógico encargar el control a un órgano político, aludiendo a Sieyes; si el control de la ley es jurídico en su objeto, por consecuencia deberá de ser político en su efecto, por lo tanto, el juzgador es el verdadero soberano, por lo que, no se puede actuar sin su consentimiento. Debe ser, un órgano político, aun cuando después dirá que no es decisivo, en el entendido de que el prototipo francés es el único en el mundo de control de constitucionalidad por órgano político, es cierto, que en un inicio no fue su propósito. Asimismo, las características de este instrumento de control por órgano político han sido definidas por el tratadista español, FERNANDEZ SEGADO, quien hace alusión a control político, cuando en realidad se está refiriendo, al control de la constitucionalidad por órgano político, resaltando los siguientes elementos:

³⁴ Carpizo, Jorge, Op. Cit., p. 264.

³⁵ “en este sistema es un juez el que verifica la constitucionalidad de la ley.” Bordeau, Georges, (Traductor Falcon Tello Ramón), *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Décimo Octava Edición, Madrid, Editora Nacional Torres Galindo, 1981, p.128.

“ La composición eminentemente política del órgano encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad; ese carácter político del órgano es la resultante no tanto de la elección parlamentaria de sus miembros, cuanto de la exigencia legal de una cualificación técnico-jurídico de quienes han de acceder a este órgano.

El carácter preventivo del control, en cuanto que ese control debe producirse con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, circunstancia a la que hay que unir el hecho de que, en ocasiones, se trata de un control preceptivo o reglado, esto es, exigido por la ley.

Por último el carácter, en ocasiones, puramente consultivo del control, al carecer la decisión del órgano que lo lleva a cabo de naturaleza vinculante”.

36

En estas hipótesis, se ejerce un control de la constitucionalidad, cuyo órgano encargado de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma primaria con relación a la compatibilidad de una norma secundaria, es político, independientemente de que sus resoluciones sean jurisdiccionales, de naturaleza preventiva y no vinculante. Pues el fin del constituyente del 58 en Francia, fue el de que fuera un regulador de las diversas actividades de los poderes públicos. Sin duda alguna el Consejo Constitucional francés ejerce un control del poder político, independientemente de sus diversas funciones.³⁷

³⁶ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional Español*, Primera reimpresión, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 1042-1043.

³⁷ “En definitiva, la función del Consejo Constitucional no parece deba ser circunscrita al único ámbito de la normatividad, esto es, de garantizar la primacía de la Constitución. Desde su constitucionalización fue investido de competencias más amplias que conectaban directamente con las relaciones entre los poderes públicos. El propio Consejo, en su decisión de 6 de noviembre de 1962, se autodefinió como “un organe régulateur de l’ activité des pouvoirs publics”, formula que a juicio de Favoreou, caracteriza bien la misión de esta alta instancia, significando especialmente el rechazo de las nociones clásicas y una opción más cercana a la naturaleza política de la función desempeñada por el Consejo que a la naturaleza jurisdiccional, bien que, con el devenir del tiempo, se haya producido una clara evolución que ha aproximado, aunque no equiparado o identificado, este órgano a los Tribunales Constitucionales creados en buen número de países en el constitucionalismo de la segunda posguerra.” García Beluende-Fernández Segado, (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en iberoamerica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 68.

En otro sentido y siguiendo a ARAGON REYES, los controles políticos se ejercen por órgano político; su parámetro no es la norma ya que son subjetivos y por tanto son de oportunidad; en el que puede existir o no una sanción y, a su vez quien limita es quien controla, por otro lado, se ha pronunciado el Dr. VALADÉS DIEGO, al sostener que resultan ser los más dinámicos, inteligibles y eficaces,³⁸ cuestión que no negamos; sin embargo, los problemas que son de naturaleza jurídica no pueden seguir teniendo un tinte político por un lado, de este modo, las cuestiones políticas deben de ser sometidas a medios de control jurídico, ya que la problemática del país mexicano no puede seguir en una situación de letargo, con profundas repercusiones para los gobernados. Como sucede con el juicio de procedencia, en donde, aun cuando ya haya reunido los requisitos el Ministerio Público habrá que esperar una votación favorable por parte de la Cámara de Diputados en contra del servidor público para proceder en su contra, dirán algunos, se protege la función; sería válido si fuera el único diputado, pero como son quinientos en el caso mexicano, uno es lo de menos, que no pone en peligro la función misma; claro si se realizara dicho medio, habría que establecer un número determinado para que en sí no se ponga en peligro la función, es decir, de hasta cuantos miembros pueden ser separados; por otro lado, cuando las fracciones partidistas no se ponen de acuerdo en las cámaras y por culpa de estas no salga avante un programa gubernamental o de algún otro sector de los legitimados para someter algún proyecto, se deben de prever los instrumentos jurídicos a fin de salvar las políticas y programas gubernamentales, evitando con esto, las negociaciones que la mayoría de las veces resultan ser ineficaces y dañosas para el gobernado, todo esto, en pro del control del poder y, en donde los intereses fundamentales del Estado mexicano y gobernados principalmente, no pueden estar sujetos a consenso, por virtud de un conjunto de grupos que lo único que han generado es pobreza y desestabilización.

³⁸ “*Dinámicos*; Porque su tramitación es minimamente formalista a diferencia de los controles jurídicos, *Inteligibles* Porque no se desenvuelven mediante tecnicismos propios también del control jurídico. *Eficaces* Porque sus resultados suelen producirse de inmediato y con efectos generales.” Valadés, Diego, Op. Cit., p. 3.

18. Ámbito en donde se ejercen los controles políticos.

Un estudioso de los controles políticos lo ha sido el eminente constitucionalista mexicano Dr. VALADÉS DIEGO. Quien para poder ubicar a los instrumentos de control, realiza una clasificación, la cual consta de tres partes, la lucha por el poder, la lucha contra el poder y la lucha en el poder, resultando que la primera se dio en función del más viejo, del más fuerte y del más habil, esta última es la que se da de manera plural, en donde los contendientes son los partidos políticos, y en donde “juegan una controversia para ver quien triunfa, que clientela recluta, que adeptos logra, que poder de convocatoria maneja y cosas parecidas”.³⁹ En otro sentido la lucha contra el poder se da por manifestaciones diferenciadas, ya sea que traten de disolverlo, modificarlo o desplazarlo, a efectos de que lo detenten grupos fuera de cualquier tipo de control, convirtiéndose en una especie de criptopoder, en este caso podemos ubicar a los contrapoderes y, por último, tenemos a la lucha en el poder, la cual resulta de las relaciones internas y es ahí donde es posible ubicar los controles políticos.

19. Control parlamentario.

El eminente constitucionalista español, ARAGON REYES, al hacer alusión al control parlamentario, sostiene que debe entenderse *lato sensu y estricto sensu*, por el primero: “Se entiende toda actividad de la cámara destinada a fiscalizar la acción (normativa y no normativa) del gobierno (o de otros entes públicos), lleve o no aparejada la posibilidad de sanción o de exigencia de responsabilidad política inmediata”,⁴⁰ en tanto que el segundo: “Consistiría en entender que el control parlamentario lo es sobre órganos y no sobre normas y ha de incluir la capacidad de remover al titular del órgano controlado”,⁴¹ de lo anteriormente expuesto, se puede ver que el control *lato sensu* abarca elementos subjetivos y objetivos del

³⁹ Ibidem, p. 4.

⁴⁰ Aragón Reyes, Manuel, (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 178.

⁴¹ Idem.

gobierno, en tanto que en sentido restringido, el control abarca solamente al elemento subjetivo, en el entendido de que ha sostenido que el Parlamento ejerce un control de naturaleza política, lo que es un hecho, es que es un mecanismo más para el control del poder.

20. Control intraorgánico.

Con respecto al control intrapoder, BIDART CAMPOS sostiene que: “Hay formas de control (no importa que al control lo reputemos una función de poder en sentido estricto o no) que se ejercen y movilizan dentro del propio aparato gubernamental dentro de la orbita del poder, a cargo de órganos u organismos de poder”.⁴² Por otro lado, los controles intraorgánicos abordados por el gran tratadista KARL LOEWENSTEIN, quien en su momento sostuvo que nos encontramos ante esta figura: “Cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador del poder”,⁴³ en un mismo sentido lo ha sostenido MARTINEZ HERNANDEZ cuando se pronuncia sobre el control intraorgánico: “Supone, que la función de control se realiza desde el mismo órgano controlado. Los procedimientos de control realizados por las instituciones controladoras, operan dentro de un órgano titular del poder que es controlado”,⁴⁴ lo cierto, es que el ámbito en que se actualizan los medios de control, es dentro de la orbita del poder o en su caso dentro del órgano el cual es el titular del poder político; es así, como podemos encontrar medios de control intraparlamentarios o intraadministrativos, en el primer caso el control de las minorías sobre las mayorías en el Parlamento y la crítica que ejercen a los miembros del Parlamento mayoritario (control en el parlamento), o en su caso los que realiza el titular del Ejecutivo con relación a sus secretarios de Estado o sus ministros, de tal modo, que no va más allá de su orbita estructural y compositiva, señalada en la Constitución o en alguna otra ley secundaria.

⁴² Bidart Campos, German, j., *El Poder*, Op. Cit., p. 358.

⁴³ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, (Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Segunda Edición, Barcelona, Ariel, 1976, p. 232.

⁴⁴ Lucas Verdu, Pablo, *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp. 58-59.

Los instrumentos de control políticos y jurisdiccionales de corte intraorgánico, han demostrado ser eficientes bajo un supuesto de independencia, como así lo demostró la praxis parlamentaria con relación a las minorías parlamentarias en el Parlamento, no así en el Poder Ejecutivo como en el caso de los secretarios de Estado en México, debido a que pueden ser sustituidos a discreción y, en el Poder Judicial donde las resoluciones de los jueces deben estar desvinculadas de cuestiones personales o grupos de interés, donde se debe atender a razones jurídicas, permitiendo la intervención de organismos supranacionales, como en la actualidad se empieza a gestar.

21. Control Interorgánico.

Los diversos poderes constituidos, desempeñan funciones de manera coordinada, como la participación en la creación de una ley; y funciones en donde pueden operar los medios de control interorgánico, es decir, se puede presentar el veto legislativo o el veto ejecutivo e incluso que se materialice el control jurisdiccional por órgano jurisdiccional, de esta forma, es como se controlan a quienes se exceden en el poder político, los cuales son órganos con independencia unos de otros, no afectado su coparticipación en una misma función que les haya sido encomendada, es así como los controles interorgánicos son aquellos que: “Operan en las respectivas relaciones que se establecen entre los diversos e independientes detentadores del poder,”⁴⁵ o este: “Aparece cuando el titular de un poder ejerce funciones de control sobre otro órgano de poder”;⁴⁶ en un mismo sentido, se ha pronunciado el Dr. CARBONELL MIGUEL al sostener que son los: “Instrumentos que la Constitución deposita en los órganos Legislativo y Ejecutivo para controlarse y limitarse recíprocamente en el ejercicio de sus funciones, a fin de impedir la concentración del poder absoluto en manos de sólo uno de ellos”.⁴⁷

Desde nuestra perspectiva, el control interorgánico no solamente se da entre Ejecutivo y Legislativo, sino, también el Poder Judicial realiza un control

⁴⁵ Loewenstein, Karl, Op. Cit., p. 252.

⁴⁶ Lucas Verdu, Pablo, *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp. 58-59.

⁴⁷ Carbonell, Miguel, (Coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2002, p. 188.

interorgánico, cuando controla la actividad de los otros dos poderes anteriormente señalados. Donde se debe concentrar la teoría del control, es en dilucidar que actos deben ser propicios para un control político y cuales son idoneos para un control jurídico, en la hipótesis que se quieran tener diseños eficaces y no sean construcciones condenadas al fracaso, consecuencia de un desconocimiento de los actos de poder y de los instrumentos de control.

22. Controles internos y externos.

El destacado constitucionalista mexicano Dr. VALADÉS DIEGO, ha sostenido la dicotomía de los controles, internos de naturaleza jurídica y política y, externos, entendiendo por los primeros, “los que el poder se autoaplica, que se producen con diferentes grados de concentración o desconcentración”,⁴⁸ en relación a los organos internos concentrados expresa lo siguiente, “son los que se ejercen dentro de un mismo órgano”,⁴⁹ a diferencia de los medios de control internos desconcentrados, que, “son los que se ejercen entre los órganos de un Estado federal”.⁵⁰ Con relación a los medios de control externos, sostiene que son aquellos “que resultan de la actividad ciudadana por lo que supone la intervención de agentes de la sociedad, como los medios de información las organizaciones ciudadanas y los electores”.⁵¹ Una clasificación sin duda alguna que resulta básica y esencial a fin de identificar cuando nos encontramos ante un medio de control del poder político y cuando nos encontramos ante un medio de control del poder emanado de la sociedad, en palabras de ARAGON REYES, correspondería a la dicotomía entre controles institucionalizados y no institucionalizados, o de LOEWENSTEIN con su división vertical y horizontal de los medios de control, lo cierto, es que es una clasificación que nos ayuda a discernir la situación frente a un control interno o externo del poder político o de la sociedad. Independientemente de una u otra clasificación, la teoría del control debe preocuparse por hacer compatibles los instrumentos que mantienen la dicotomía.

⁴⁸ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 3-4.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

23. Control por órgano jurisdiccional.

La compatibilidad o incompatibilidad de la norma secundaria con relación a la norma primaria puede ser verificada en función del órgano, ya se trate de un órgano de naturaleza política o por un órgano claramente jurisdiccional, de esta forma, el sistema de control constitucional por órgano jurisdiccional tendrá tal denominación, cuando la compatibilidad sea llevada a cabo por un juez en este sentido ha sido manejada por diversos autores, sin ser exhaustivos podemos mencionar, a BORDEAU,⁵² CAPPELLETTI,⁵³ HITTERS.⁵⁴ El control constitucional por órgano jurisdiccional (y el que impera en la actualidad en la mayoría de los estados europeos) es el idóneo para un Estado democrático constitucional, no podemos concebir una resolución jurídica impregnada de tintes políticos.

24. Control por vía de acción, de excepción y de oficio.

Los medios de control del poder político, esencialmente los institucionalizados, pueden ser promovidos por las personas que tienen legitimidad de conformidad con la ley, en este sentido, los medios de control pueden tener actividad por virtud de acción, en vía de excepción o de oficio; así, en el caso de la acción, puede promoverse el medio de control por aquella persona que se considere que ha sido vulnerado por un acto de poder ya sea político o poder social, por otro lado, en el control por vía de excepción se le da oportunidad a la persona para que promueva el medio de control fuera de los casos previstos en que procedería de manera

⁵² “en este sistema es un juez el que verifica la constitucionalidad de la ley.” Bordeau, Georges, Op. Cit., p. 130.

⁵³ “Una ulterior delimitación de nuestro tema la podremos hacer enseguida aquí, en efecto, precisando que intentamos tratar no de cualquier sistema constitucional de las leyes en general, sino solamente de aquellos sistemas, en los cuales el control sea confiado a órganos judiciales, ejercitantes de una función jurisdiccional. El aspecto más seductor, diría aun el aspecto más audaz y ciertamente el más problemático del fenómeno que estamos por examinar, está en efecto precisamente aquí, en este encuentro entre los dos poderes y sus dos funciones: el encuentro entre la ley y la sentencia, entre la norma y el juicio, entre el legislador y el juez.” Cappelletti, Mauro, Op. Cit., p. 27.

⁵⁴ “Hay veces que la revisión excede el ámbito del propio poder judicial para analizar las tareas de los demás poderes del Estado a fin de que acomoden sus acciones a los preceptos superlegales. Esto es lo que ha dado en llamarse el control judicial de la constitucionalidad.” García Beluende-Fernández Segado, Op. Cit., p. 288.

principal; en un mismo sentido el medio de control, se acciona por medio del mismo órgano de control, sin esperar a que le sea solicitado por la persona a quien se le vulnera su esfera jurídica de derechos o cuando se vulnera a la norma primaria, para que lleve a cabo el control del poder. En la actualidad, podemos sostener que el monopolio sobre el ejercicio del control lo siguen detentando los órganos constituidos y en menor medida el ciudadano, e inclusive en algunas legislaciones se encuentra excluido, es necesario que los instrumentos de control cuyo ejercicio es cerrado se abran hacia el ciudadano. En México podemos observar un sistema excluyente en los instrumentos de control, como lo son: la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad y, a nivel supranacional en Latinoamérica se le excluye al ciudadano en parte para que pueda efectuar el control del poder.

25. Control social.

Antes de explicar que debemos entender por control social, resulta prudente hacer alusión a la manera de cómo ha sido entendido el término, por un lado LOEWENSTEIN al abordar el estudio afirma que: “Se debe entender la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del poder de obligar a los destinatarios del poder a obedecer dicha decisión”,⁵⁵ más adelante, expresará que el elemento del poder domina la relación entre detentadores y destinatarios y condiciona las relaciones entre los distintos detentadores del poder, destacando que en el proceso político se pueden distinguir tres grados, el primero la forma de como se obtienen el poder, el segundo la manera de ejercerse y el tercero a quien le atribuye mayor importancia que a los otros dos, quien controla al poder político; debemos expresar que al hablar del control social LOEWENSTEIN se refería al control de la sociedad por el poder político y no al control que la sociedad ejerce sobre el poder público, de esta forma, es como concluye que lo interesante es como controlar el poder del Estado y no el que detenta la sociedad. Con respecto al control que ejerce la sociedad

⁵⁵ Loewenstein, Karl, Op. Cit., pp. 26-27.

sobre el poder político, el control social sería “entendido como toda clase de control, por cualquier medio, que no se moviliza dentro del poder, sino que viene de afuera, de la sociedad (control extragubernamental o societal).

Los sujetos de éste control pueden ser muchísimos, todos los actores que protagonizan roles ajenos a las funciones del poder. Entonces, el control extragubernamental o societal nunca puede ser una “función del poder”, porque no lo ejercen órganos de poder dentro del mismo poder, sino actores sociales que no integran la estructura del poder. Entran dentro de lo que sería el “Estado-comunidad”, no el Estado-aparato: Vgr. Partidos, sindicatos, asociaciones, opinión pública, prensa, medios de comunicación social, grupos de interés y de presión, y todo lo que cabe al pluralismo social. (Esta clase de control social ya no es poder) (elementos, (ámbito o atmósfera propicia)

-Información.

-libertad de expresión.

-Pluralismo.

-Publicidad, de lo que hace el poder y contra la sociedad.

-Independencia. (controlador y controlado)

-Amplitud del campo donde recae el control.

-Veracidad.

-Posibilidad de disenso.

-Posibilidad de crítica.

-Posibilidad de oposición.

-Procesos de mediación.

-Procesos de comunicación.

Procesos de partición con suficiente apertura”,⁵⁶ parece que el Dr. DIEGO VALADÉS ha coincidido con BIDART CAMPOS, sobre los medios de control interno y externo, dentro de estos últimos, los dos ubican a los controles sociales. Ahora bien, ARAGON REYES los ha catalogado como medios de control no

⁵⁶ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., p. 358.

institucionalizados; lo cierto es que los medios de control social representan en la actualidad instrumentos eficaces cuyo objetivo, es el control del poder político a fin de evitar su extralimitación y pueda afectar las libertades y derechos del gobernado, una forma de complementar los instrumentos institucionalizados lo son los controles no institucionalizados, lo que no debe significar que su ejercicio sea ilícito, por el hecho de no encontrar objetivación en una norma.

26. Defensa de la Constitución.

Para el constitucionalista mexicano CARPIZO MAC-GREGOR,⁵⁷ la defensa de la Constitución “comprende principalmente tres grandes temas: la justicia constitucional, la reforma constitucional y los estados de excepción. Sin embargo, para el constitucionalista brasileño DA SILVA ALFONSO con relación al objeto en estudio, expresa que las técnicas que llevan como finalidad ejercer la defensa de la Constitución, se les llama normas de estabilización, por lo tanto, agrega que “Las normas de estabilización constitucional nos indican: a) las técnicas y los medios para la defensa de la Constitución; b) a quien le corresponde defenderla y protegerla; c) contra quien se dirigira la defensa y protección. Todo esto forma el sistema de defensa de la Constitución”⁵⁸ y dentro del sistema incluirá diferentes temas como son: la reforma constitucional, jurisdicción constitucional, estados de excepción, intervención federal en los Estados, responsabilidad del presidente de la República; órganos de defensa y de protección de la Constitución. En tanto que el Dr. FIX-ZAMUDIO ⁵⁹ expresa que: “Está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de sus propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el angulo de la Constitución material, su

⁵⁷ Carpizo, Jorge, Op. Cit, p. 9.

⁵⁸ Ibidem, pp. 244-245.

⁵⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Primera Reimpresión, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1997, p. 258.

transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”, sosteniendo que la defensa constitucional se divide en dos, la protección de la Constitución⁶⁰ y las garantías constitucionales;⁶¹ la primera es de carácter más amplio de acuerdo a la definición que emplea, ya que abarca instrumentos sociales, políticos, económicos y de técnica jurídica; en tanto que las garantías constitucionales, son los medios jurídicos de carácter procesal, claro está, que la defensa de la Constitución tiene un fin específico, evitar que se vulnere a la Constitución y, si ésta ha sido vulnerada reprimir su transgresión, todo ello con el único objetivo, lograr un eficaz control del poder político, del que siempre tenderán a abusar las personas cuya titularidad detentan o que encarnan los órganos constituidos, en el supuesto en que no respeten las limitaciones contenidas en la norma fundamental.

27. Derecho procesal constitucional.

La figura del derecho procesal constitucional, sin duda alguna, ha sido estudiada por diversos tratadistas de entre los que podemos mencionar sin ánimo de ser exhaustivos, GARCIA BELUENDE, BIDART CAMPOS, HITTERS, BARRIOS GONZALES y en México por el Dr. FIX-ZAMUDIO; en este sentido, aún se sigue discutiendo si existe un derecho procesal constitucional y un derecho constitucional procesal; el actual fenómeno ha llevado a la doctrina a pronunciarse en uno y en otro sentido, en el primer caso el Dr. FIX-ZAMUDIO, en el segundo GARCIA BELUENDE; en este sentido todavía se discute sobre su naturaleza jurídica, algunos la ven como una disciplina constitucional, otros como de naturaleza mixta, y otros como una disciplina netamente procesal, e incluso hay

⁶⁰ “La Protección de la Constitución: Está integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a sus lineamientos establecidos en la propia constitución.” Ibidem, p. 259.

⁶¹ “Es decir, como los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, a pesar de los instrumentos protectores, los cuales en esta situación han sido insuficientes para lograr el respeto de las disposiciones fundamentales.” Ibidem, p. 260.

algunas tendencias que lo ven como parte del proceso civil; el derecho procesal constitucional ha sido cuestionado en la actualidad por aquellos que pretenden sustituirlo por el llamado “Derecho Jurisdiccional Constitucional”, basados los que sustentan tal postura, en la siguiente hipótesis: mientras que el procesalismo se ha avocado al estudio y detalle de la jurisdicción, o sea la facultad estatal, sus órganos y en general toda la problemática de la legislatura, donde la teoría del proceso ocupa el segundo lugar en la actualidad, pues la jurisdicción es el eje de la disciplina. De esta forma, resulta oportuno expresar que mientras la doctrina no se ponga de acuerdo, cabe seguir utilizando el término derecho procesal constitucional; por otro lado diferentes doctrinarios han tratado de encuadrar la figura, es decir conceptualizarla, de entre los que podemos señalar a GARCIA BELUENDE,⁶² BIDART CAMPOS,⁶³ HITTERS,⁶⁴ BARRIOS GONZALES⁶⁵ y en México por el Dr. FIX-ZAMUDIO, quien en un principio, entendió por derecho procesal constitucional a “la disciplina jurídica que estudia los instrumentos de justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales, entendidas en un sentido más amplio que el estricto de mecanismos procesales propiamente dichos, si bien estos últimos asumen un carácter predominante”,⁶⁶ empero, con posterioridad cambiaría su concepto, concebida como: “La disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio

⁶² García Beluende citado por Fix Zamudio “es aquella que abarca el estudio de las categorías procesales insertas en la Carta Fundamental, y si bien se trata de una rama del derecho procesal todavía no se deslinda por completo del derecho constitucional, y comprendería el análisis de la jurisdicción, garantías, proceso y órganos todos ellos de naturaleza constitucional.” Ferrer Mac Gregor, Eduardo, (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 96.

⁶³ “Bidart Campos citado por Fix-Zamudio “el derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal se encuentra muy vinculado a la a la jurisdicción constitucional, y que “sintéticamente es el que regula el proceso constitucional y que tiene por objeto la materia constitucional.” Loc. Cit.

⁶⁴ “Con las salvedades apuntadas, podemos acotar que el derecho procesal constitucional, se erige como el conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional; es decir, se ocupa de los engranajes adjetivos que hacen viables las garantías nacidas en los ordenamientos fundamentales.” Ibidem, p. 178.

⁶⁵ “Es así que para nosotros el Derecho Procesal Constitucional es el conjunto de normas de carácter público que delimita y rige la realización de la justicia constitucional, estableciendo los organismos jurisdiccionales que deben cumplirla, los sujetos que intervienen y los procedimientos que deben cumplirse para la aplicación concreta del Derecho Constitucional Material y la Guarda de la integridad de la Constitución.” Barrios Gonzáles, Boris, *Derecho procesal constitucional*, Segunda Edición, Panamá, Jurídica Ancon, 1999, p. 20.

⁶⁶ Carpizo, Jorge, Op. Cit., p. 48.

sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos”,⁶⁷ sosteniendo a su vez y a la luz de la trilogía , acción, proceso y jurisdicción, la cual comprende tres aspectos:

Jurisdicción constitucional de la libertad⁶⁸

Jurisdicción constitucional orgánica⁶⁹

Jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria⁷⁰

Dicha división fue criticada por GARCIA BELUENDE debido a que ha perdido su valor científico, sin embargo, por comonidad se sigue utilizando; por otro lado y con relación a la figura el Dr. FIX-ZAMUDIO expresará que tal disciplina ha venido a sustituir a la justicia y a la jurisdicción constitucional.

En la actualidad el derecho procesal constitucional, se ha considerado como una disciplina autónoma, que cuenta con sus propio objeto de estudio; inclusive ya se imparte como tal en algunas universidades; existe bibliografía sobre el tema, así como diversos estudios teóricos sobre el particular; de esta forma, el derecho procesal constitucional, tiene relación con el control del poder, pues dicha disciplina, se encargará a través del estudio exhaustivo de cada medio o mecanismo de control de advertir los errores y las eficacias que devienen de dichas figuras; que tengan relación con la protección de los derechos y las

⁶⁷ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, Op. Cit., p. 107.

⁶⁸ “Fix Zamudio haciendo alusión a Mauro Capeletti, quien acuño el concepto, de jurisdicción constitucional de la libertad y que implica a todos los instrumentos establecidos en las cartas constitucionales para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados.” Carpizo, Jorge. Op. Cit., p. 50.

⁶⁹ En tanto que por jurisdicción constitucional orgánica, la cual “Comprende el análisis de los instrumentos establecidos para resolver los conflictos o controversias entre los diversos órganos del poder, refiriéndose al alcance de las atribuciones y competencias que la carta fundamental señala para dichos órganos.” Loc. Cit.

⁷⁰ “Y por último la jurisdicción constitucional de carácter internacional que “Es el que se refiere a las controversias sobre aplicación de las disposiciones constitucionales en relación con las normas de carácter internacional o comunitario con las cuales se encuentran vinculadas, debido a la adhesión de los gobiernos nacionales a los convenios internacionales o comunitarios con los cuales se encuentran vinculadas.” Loc. Cit.

libertades; que tiendan a resolver los conflictos entre órganos, o los conflictos sobre los cuales tienen competencia los órganos supranacionales, pues no debemos olvidar que el Estado mexicano, ya puede ser llevado ante los órganos jurisdiccionales supranacionales por violación a los derechos humanos en que incurra algún servidor público y que dicho acto sea impugnado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y sí se mostrase renuente en desobedecer la resolución de ésta, pueda ser llevado el caso ante el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, por todo esto, el estudio de las diversas figuras resultan básicas, para efectos de un mejor control del poder; por último el derecho procesal constitucional es una disciplina de mayor trascendencia para hacer efectivo el derecho constitucional material, de otra forma sería ilógico hablar de control, sin la existencia de las garantías adecuadas para salvaguardar el ordenamiento constitucional de mayor jerarquía.

28. Jurisdicción constitucional.

La jurisdicción constitucional, ha sido entendida por el constitucionalista mexicano Dr. FIX-ZAMUDIO, como aquella que: “Debe reservarse en su sentido propio a los instrumentos de garantía o de justicia constitucional que se confieren a organismos judiciales estrictamente considerados y, todavía con mayor rigor, cuando los mismos poseen carácter especializado, es decir, cuando son tribunales constitucionales”;⁷¹ casi en esa misma tesitura HITTERS⁷² expresa que si consideramos a la jurisdicción constitucional en su aspecto *lato*, asimilada a la revisión o control constitucionales, es claro que existe jurisdicción, pero si se refieren a un órgano concentrado como en algunos países europeos, es obvio que no; en otro sentido desde hace varias décadas se pronunciaba BISCARETTI DI RUFFIA,⁷³ para quien la expresión jurisdicción denota dos significados, el primero es objetivo y el segundo es subjetivo, entendiéndose por el primero: “Aquel que se identifica con las funciones jurisdiccionales realizadas para la tutela de derechos e

⁷¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional ombudsman y derechos humanos*, Op. Cit., p. 290.

⁷² García Beluende-Fernández Segado, F., Op. Cit., p. 290.

⁷³ Biscaretti Di Ruffia, Pablo, (Traducción de Pablo Lucas Verdú), *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 545-546.

intereses relativos a la materia constitucional”; y, por el segundo, ubica a los órganos diversos de la magistratura ordinaria que ejercen las mismas funciones. En un mismo sentido se ha pronunciado el boliviano HARB,⁷⁴ al aludir a los dos criterios que tiene la jurisdicción constitucional al objetivo y al subjetivo; en cuanto al primero alude a los derechos y al imperio de la ley cuyo fundamento se tiene en la Constitución; en cuanto al segundo afirma que se refiere a los órganos de la magistratura ordinaria que realizan la función de tutelar los derechos y la norma.

La conexión entre jurisdicción constitucional y control del poder, se da, en cuanto a que el primero hace alusión tanto a los instrumentos de salvaguarda de la Constitución, ya sea, de control o garantías constitucionales como algunos los han calificado, por un lado; y, por el otro, a los órganos judiciales ordinarios (supremas cortes) o especializados (tribunales constitucionales) encargados de realizarlo, es decir, son quienes conocen de los diferentes mecanismos de control; de este modo el control del poder tiene conexión en el momento en que requiere y se auxilia de la jurisdicción constitucional, para cumplir parcialmente con su fin.

29. Justicia constitucional.

Respecto de la Justicia Constitucional el eminente constitucionalista mexicano Dr. FIX-ZAMUDIO,⁷⁵ exhaustivo e incansable estudioso de la disciplina, para quien: “Es de carácter genérico y comprende al conjunto de mecanismos jurídicos dirigidos a la obtención de la garantía de las disposiciones fundamentales”; por otro lado, el Dr. CARPIZO MAC-GREGOR, sostiene que es: “Aquella en donde se integran los diversos procedimientos que cada Constitución señala precisamente para su defensa; y que primordialmente estructura los medios para el análisis de la constitucionalidad de leyes y actos, la protección de los derechos humanos, la resolución de conflictos entre los órganos de gobierno, el examen previo de la constitucionalidad de leyes, reglamentos y tratados, la responsabilidad de los

⁷⁴ García Beluende-Fernández Segado, Op. Cit., p. 341.

⁷⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional ombudsman y derechos humanos*, Op. Cit., p. 289.

funcionarios y la constitucionalidad de ciertas organizaciones”,⁷⁶ este último trata de concretizar el ámbito de la justicia constitucional, lo cual, no es obstáculo que impida la exclusión de las materias que ha incluido; lo cierto, es que la justicia constitucional desde nuestra perspectiva es uno de los temas más importantes que identifica los sistemas de justicia constitucional en la actualidad, el concentrado y el difuso; sistemas que a través de sus mecanismos jurídicos, hacen posible el respeto a los límites establecidos en el ordenamiento jurídico y que contribuyen a través de los diferentes instrumentos jurisdiccionales, al control del poder político.

30. Inconstitucionalidad por omisión.

Si bien es cierto, que, quienes detentan y ejercen el poder político pueden vulnerar la esfera de derechos del gobernado, a la Constitución misma y, a través de las diversas actividades que realizan en representación del Estado; y bajo la premisa de que tienen encomendado el deber de realizar determinados actos a fin de darle efectividad a los derechos humanos, no hacerlo implicaría una vulneración, es así, como cobra importancia el concepto de la inconstitucionalidad por omisión y su relación con el control del poder político. En este sentido ¿Cómo obligar a la persona titular del órgano constituido que ha incurrido en omisión?, ¿Quién tiene el deber de realizar esa actividad?, ¿Cómo se controla al poder político, en la hipótesis en que se niegue a actuar?. En dicho supuesto parece adecuado hacerlo a través del mecanismo en estudio, de otro modo y como lo considera el Dr. CARBONELL MIGUEL, no se cumpliría con lo que LUIGI FERRAJOLI postula al hablar del garantismo, pues, una de sus faces es que el juez denuncie la ausencia de la norma; por otro lado, aludiendo al tratadista español DE OTTO PARDO, quien argumenta que no se puede hablar de Constitución como norma jurídica sin que esta tenga los medios o instrumentos de defensa a través de los cuales se haga cumplir; desde nuestra perspectiva, consideramos que la inconstitucionalidad por omisión es un mecanismo jurídico

⁷⁶ Carpizo, Jorge, Op. Cit, p. 9.

que resulta eficaz para la teoría general del control, con dicha figura se trata un tema que había sido olvidado y poco regulado, y es nula su materialización en las normas constitucionales del mundo; hoy viene a llenar esa laguna, es por esto, que el control del poder político se ve favorecido por dicha figura, lo único que queda en cuanto a México es tratar de que se materialice en nuestra Carta Magna; figura que vendría a dar celeridad a las políticas y programas gubernamentales, así, como una mayor protección a los derechos humanos en nuestro país, ante la omisión de los legisladores de positivizar, los derechos humanos que regula nuestra Constitución. En la actualidad la inconstitucionalidad por omisión en otros países se ha desarrollado gradualmente, en Europa y hacia los otros continentes, empero, en relación con el concepto de la institución en estudio, la teoría se ha escindido en dos corrientes: la primera de forma general, y la segunda de manera particular,⁷⁷ en el primer supuesto podemos ubicar a algunos tratadistas citados por FERNANDEZ RODRÍGUEZ:⁷⁸ Trokcer, Luso Miranda, Sagues, Bidart Campos, Rodríguez Machado, y en la segunda hipótesis a Silvestre, Picardi, Gomes Canothildo, Aguilar de Luque, Villaverde Menéndez, Moron Urbina y, en un lugar intermedio, ubica a Constantino Mortati.

Con relación al concepto, en palabras de J. PEREZ ROYO la inconstitucionalidad por omisión, “solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”,⁷⁹ haciendo alusión a la doctrina del Tribunal Constitucional español, señala que ésta, sólo admite y es la que se deriva de una actividad incompleta, de una actividad omisiva por parte del legislador, es decir, cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley o

⁷⁷ El autor español Fernández Rodríguez nos advierte de las dos posturas, al señalar lo siguiente “En el primer caso, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que se incluirían la no emisión de determinados actos políticos, actos administrativos e, incluso, la no emisión de decisiones judiciales” Con respecto a la segunda tendencia señala lo siguiente “En el segundo grupo la inconstitucionalidad por omisión se limitaría a la inercia del poder legislativo.” Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1998, p.74.

⁷⁸ Vease, *Ibidem*, pp. 75 y ss.

⁷⁹ Lucas Verdú, Pablo, (coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp.66 y ss.

determinadas materias y, no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, hace alusión a la anticonstitucionalidad por omisión que no es la ausencia de actividad del legislador, sino su actividad incompleta u omisiva lo que puede hacer que la norma sea anticonstitucional, es decir, estamos en presencia de un ejercicio incorrecto por incompleto u omisivo de la competencia constitucionalmente atribuida al legislador (no dicta la ley que se considera que debería dictar a fin de hacer real y efectiva la voluntad del constituyente). Por otro lado, FERNANDEZ RODRÍGUEZ cataloga a: "La inconstitucionalidad por omisión...como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo durante un tiempo excesivamente, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación".⁸⁰

Consideramos que la inconstitucionalidad por omisión, no solamente puede devenir del Poder Legislativo, compartimos criterios por supuesto con la corriente general; ya que el control del poder político se ejerce sobre todos los poderes constituidos en su actividad, así como en su inactividad en que puedan incurrir, si no es así, los demás poderes podrán seguir actuando en un ámbito bastante amplio de impunidad; hacemos votos porque los tratadistas reconsideren su posición, con el objetivo único de controlar al poder, lo cual no se podrá realizar sin la exhaustividad y generalidad de la inconstitucionalidad por omisión.

En esta tesitura, es oportuno sostener que nuestra doctrina se muestra renuente a aceptar la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión a través de juicio de amparo, como así lo demostrado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, a través de sus resoluciones.⁸¹

⁸⁰ Carbonell, Miguel, (coordinador), *En busca de las normas ausentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 29.

⁸¹ Vease, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, t. VI, diciembre de 1997, p. 180, tesis p. CLXVIII/97 Pleno de la Corte.

Por lo que hace a la anticonstitucionalidad por omisión, consideramos que se debe profundizar en su estudio, aunque de entrada nos inclinamos porque en un plazo no muy lejano, pueda adquirir materialización en nuestra norma fundamental.

31. Inconstitucionalidad sobrevenida.

A una ley posconstitucional puede quitarsele validez a través de una declaración de inconstitucionalidad, por virtud del principio de supremacía constitucional y por considerar a la norma secundaria contraria material o formalmente a la primaria. Pero, que pasa con una ley dada con anterioridad a la Constitución, ¿Es una cuestión de vigencia o de validez?, ¿Se le deroga o se le declara inconstitucional?.

El sistema alemán sobre la cuestión anterior, es decir, sobre el conflicto entre una ley anterior y la Constitución; considera que el problema debe plantearse en términos de vigencia, por lo tanto, es una cuestión de derogación; cuando las normas colisionan entre si prevalece la posterior, la razón, no es con relación al vicio de la norma derogada, sino que, la razón lo fue el cambio de política jurídica del órgano Legislativo, por lo tanto, dicho problema es de oportunidad, es decir, más político que jurídico.

Es cierto que en la derogación, el derecho posterior se impone, por su condición, derivada de la voluntad última del legislador. En tanto, que la inconstitucionalidad se determina por la superioridad de rango del órgano del que procede la norma fundamental.

La significación política, se nota con claridad en el hecho de que la derogación de la norma no supone el revivir el derecho anterior al derogado, lo que sí operaría en términos jurídicos; sobre dicha cuestión el Tribunal Constitucional alemán no conoce, quien conoce es el juez ordinario ante la hipótesis argumentativa de que es una cuestión de vigencia más que de validez, sobre el que el juez ha de resolver.

La doctrina italiana, se ha pronunciado en un sentido inverso, es decir, que considera al problema como de validez sobre el que tiene que conocer el Tribunal Constitucional, bajo el argumento de que el conflicto entre ley preconstitucional y Constitución, es una cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida, ya que, la norma preconstitucional válida en su momento ha dejado de serlo a partir de la entrada en vigor de la Constitución; la derogación no es constitucional, la inconstitucionalidad sobrevenida sí, por lo tanto, el conflicto es constitucional, por lo que, debe estar regida por la Constitución y, en la cual debe conocer el Tribunal Constitucional, aún, cuando la Constitución otorga efectos derogatorios no es un problema de derogación.

Los españoles han resuelto el problema retomando una postura por así decirlo ecléctica, es decir, lo consideran un problema de derogación y de inconstitucionalidad sobrevenida, atribuyendo competencia a jueces y al Tribunal Constitucional.

Frente a las leyes posconstitucionales, debe conocer el Tribunal Constitucional; en tanto que en leyes preconstitucionales, deben dejarla de aplicar los jueces y tribunales si entienden que han quedado derogadas por oponerse a la Constitución.

Un mecanismo jurisdiccional, que irá variando en su argumentación sobre derogación o inconstitucionalidad, de oportunidad o jurídica; lo cierto y en aras de dar protección a la Constitución, no puede tener validez ni ser vigente una norma secundaria incompatible con la norma fundamental.

El control del poder político, particularmente sobre leyes emanadas de un legislador anterior y totalmente diferente al que formuló la norma primaria sobre la cual se califica la compatibilidad o incompatibilidad; puede tener una salida política; no obstante, lo viable y lógico desde nuestro punto de vista es darle una

salida jurídica, bajo cierto supuesto declarar la inconstitucionalidad de la norma preconstitucional sobre argumentos jurídicos, más que de oportunidad; lo primero propio de la lucha en el poder, pero alejado del derecho; lo segundo propio de la teoría del control del poder político; donde se califican vicios sustanciales o formales de la norma preconstitucional que surgen y que son incompatibles con la norma primaria, dada con posterioridad.

32. Garantía.

De conformidad con lo que dispone el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término garantía implica: “(de garante). f. Efecto de afianzar lo estipulado. // 2. Fianza, prenda. // 3. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. // 4. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo. // 5. Compromiso temporal de fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería. // 6. Documento que garantiza este compromiso”.⁸²

No obstante, para BIDART CAMPOS,⁸³ la palabra garantía implica un mecanismo o un procedimiento a favor del hombre y la sociedad, a fin de resguardarse del Estado, expresando que estas se materializan frente al Estado, así, como forman parte de las limitaciones al poder, aunque más adelante sostendrá que la garantía en sentido amplio, es todo aquello que permite defenderse, lo que permite contener o frenar al poder en contra del Estado o de un tercero. Por otro lado ARAGON REYES con el objetivo de establecer la diferencia entre garantía y control, sostiene que es preciso delinear la diferencia entre garantía y garantía constitucional entendiendo por la primera; “los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo); en tanto que las garantías constitucionales: “Son en consecuencia los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución”, señalando

⁸² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I, Op. Cit., p. 1117.

⁸³ Bidart Campos, German, j., *El Poder*, Op. Cit., p. 208.

que no de cualquier norma o principio, sino sólo de las normas y principios contenidos en la Constitución. A partir de la posición de BIDART CAMPOS y ARAGON REYES, es posible sostener que el control es una garantía más en pro del control del poder, pero no es todas las garantías.

33. Garantía y control.

ARAGON REYES sostiene que el control es una garantía, pero no todas, por lo tanto, puede operar como única; puede hacer efectivas garantías ya existentes, e incluso pone en marcha garantías subsiguientes que se harán efectivas a través de un subsiguiente medio de control.

Arguye que el término garantía es más amplio que el de control, aunque a veces se confunda; sostiene que las limitaciones se garantizan a través de diversos instrumentos, pero sólo los de control aseguran su efectividad.

De esta forma la limitación del poder, se realiza por conducto de infinidad de garantías (de entre ellas las constitucionales) que se aseguran a través de instrumentos de control.

Manifiesta que puede haber algunas garantías entre limitación y control, y en ocasiones no puede existir tal garantía de manera intermedia.

34. Garantías constitucionales.

FIX-ZAMUDIO identifica a la justicia constitucional como lo general y, a las garantías constitucionales como parte de la primera, entendiendo por estas últimas: "Como los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidas a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder",⁸⁴ en un mismo sentido se ha expresado el Dr. SOBERANES FERNANDEZ, quien entiende a las

⁸⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional ombudsman y derechos humanos*, Op. Cit., p. 260.

garantías constitucionales como: “El conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con el objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea trasgredido por un órgano de autoridad política”,⁸⁵ por otro lado y, difiriendo del objeto de tutela de las garantías constitucionales se ha pronunciado, el tratadista LORENZO RODRÍGUEZ, quien considera que: “Se entiende por garantía constitucional el mecanismo de protección concreto a través del cual, se pretende hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades públicas reconocidos en la constitución, cuando aquel es impedido por terceros o por los poderes públicos”.⁸⁶ Aun, cuando varíen en el objeto, nos parece más correcta la empleada por los tratadistas FIX-ZAMUDIO Y SOBERANES FERNANDEZ, en el sentido de que son los instrumentos procesales que tienden a dar protección a la Constitución, de entre los cuales podemos encontrar en las disposiciones de diversas normas primarias a los derechos y las libertades del gobernado, por lo tanto, las garantías constitucionales son los instrumentos a través de los cuales se garantizan los límites previstos en el ordenamiento supremo y, que por conducto de éstas se ejerce un efectivo control del poder.

35. Garantías institucionales.

CARL SCHMITT, al abordar el estudio de las garantías institucionales, se refiere a estas de la siguiente forma: “es, por su esencia, limitada, existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aún cuando las tareas no esten especializadas en particular, y sea admisible una cierta universalidad del circulo de actuación”,⁸⁷ en concordancia con lo

⁸⁵ Carbonell, Miguel, (Coordinador) *Diccionario de derecho constitucional*, Op. Cit., p. 262.

⁸⁶ Lucas Verdú, Pablo, (Coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., p.181.

⁸⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, (Versión española de Francisco Ayala), Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 175.

anterior, MANUEL ARAGON⁸⁸ expresa que el tratadista distinguió entre garantías de instituto que se refieren a la familia propiedad y herencia, de las garantías institucionales que consisten en la autonomía local, función pública; sin embargo, la nueva doctrina española en la sentencia 26/1987 de 27 de febrero, tuvo que analizar los derechos humanos y a las garantías institucionales, expresando al respecto que no son categorías incompatibles o que se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, constituyen también garantías institucionales, como la autonomía local, que no están configuradas como derechos fundamentales.

El precursor de la “Teoría de la Constitución”, hacía alusión a las garantías institucionales, las cuales por el hecho de alcanzar su materialización en la norma fundamental, hacían imposible su eliminación a través de la vía legislativa; desde nuestra perspectiva, con esto se lograba una limitación al poder político que ejercido por los poderes constituidos; en el caso de que el Poder Legislativo quisiera vulnerar las instituciones, no podría conculcarlas debido a su naturaleza. Parece ser, que pueden asimilarse a las cláusulas de intangibilidad que no permiten su supresión en ninguna forma de la Constitución, ni cambio alguno de las instituciones; si retomamos el concepto de Constitución del constitucionalista de la Universidad de Bonn, estas vienen a constituir decisiones políticas fundamentales, de esta forma es aceptable una conexión y concordancia entre garantías institucionales y decisiones políticas fundamentales, claro está, una limitación más al poder político.

36. Garantismo.

GASCON ABELLAN⁸⁹ expresa que, cuando en un contexto jurídico se habla de garantismo, lo que se protege son los derechos humanos; donde un derecho garantista, implica insertar instrumentos que salvaguarden los derechos humanos,

⁸⁸ Cfr. Aragon Reyes, Manuel, (Coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo. III, Civitas, Madrid, pp.110 y ss.

⁸⁹ Carbonell, Miguel, (Coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp. 273 y ss.

frente a su vulneración ya sea por individuos o por el poder público; expresa que los instrumentos de protección son garantías, límites y vínculos que proporcionalmente incrementan el control y disminuyen el abuso, en sí, un modelo jurídico encaminado a evitar la arbitrariedad estatal y, en donde, la teoría general del garantismo viene a constituir una teoría del Estado constitucional de derecho, ya que, esta inspira y promueve a crear límites al poder en favor de la libertad de todos los gobernados, concluyendo que el garantismo, es una filosofía jurídica comprometida con la protección a los derechos fundamentales; en un mismo sentido BIDART CAMPOS⁹⁰ ha sostenido que el supuesto de indefensión del gobernado ante el poder público implica una disminución del garantismo, en cambio, las garantías deben verse como medios de defensa y no como bloqueos o trabas al poder, su único fin es evitar el exceso, o en su defecto reparar algo que se ha vulnerado. Por otro lado FERRAJOLI LUIGI⁹¹ expresa que el garantismo surge en el ámbito del derecho penal, sin embargo, es posible de ser trasladado a otras materias; asimismo afirma que es posible distinguir tres acepciones.

En una primera acepción, al garantismo lo identifica con el Estado de derecho, el modelo del respeto al principio de legalidad; en un plano cognoscitivo lo identifica como poder mínimo; en el político como de minimización de la violencia y maximización de la libertad y; en el jurídico como un sistema de vínculos al poder y en favor de la libertad, por lo tanto, expresa que el sistema penal será garantista, si cumple con tales requisitos.

Para LUIGI FERRAJOLI, es necesario, por ser un modelo limitante, hablar de grados de garantismo; distinguir entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema; midiendo la bondad del primero, en función de los mecanismos de invalidación y reparación que aseguren la efectividad, y permitan el control y la neutralización del poder, ya que, de lo contrario puede ser la más avanzada del mundo, pero si carece de las técnicas coercitivas, sólo será un pedazo de papel más.

⁹⁰ Bidart Campos, German, J., *El Poder*, Op. Cit., p. 209.

⁹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Segunda Edición, Madrid, Trotta, 1997, pp. 851 y ss.

En una segunda acepción, la palabra garantismo implica una separación entre validez y efectividad, siendo estas categorías diferentes; de igual forma, lo son la existencia y vigencia de las normas; aunque el garantismo también implica una aproximación entre el ser y el deber ser (normatividad y realidad), donde se sostiene la separación en un ordenamiento complejo, de un modelo normativo y la práctica operativa y, cuya interpretación debe basarse en la contradicción entre validez e inefectividad del primero y la efectividad e invalidez de la segunda.

De esta manera, opera como una doctrina de legitimación y deslegitimación interna, que exige de los jueces una permanente crítica hacia las leyes vigentes, desde el punto de vista normativista y realista que opere en su desarrollo y aplicación y la cual es científica y jurídica; basada la crítica en el derecho positivo vigente y en donde se deriven las contradicciones en vez de ocultarlas, quitándole legitimidad desde la perspectiva de la validez del derecho, a las posturas antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho efectivo. La crítica y el desocultamiento, esta distanciada totalmente de la práctica y la ciencia ordinaria jurídica, en el sentido de que los jueces han malentendido el positivismo jurídico que los ha orillado a adoptar actitudes de no ejercer la crítica jurídica y sólo de contemplación, trayendo como consecuencia que oculten las contradicciones en la ley o en su caso hacer que coincidan las mismas, en vez de aclararlas y denunciar estas.

Debido a lo anterior, y en sentido contrario de lo que implica un sistema jurídico sustentado en normas, de las que deviene confianza por virtud de la coherencia entre normatividad y efectividad, el garantismo “invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal -y por tanto irrealizado y pendiente de realización- de sus propias fuentes de legitimación jurídica”.

En una tercera acepción, el garantismo implica una filosofía política que impone a las cosas ficticias, es decir, al Derecho y al Estado la encomienda de justificarse de manera externa de conformidad a los bienes e intereses (los cuales son originarios) y, en donde la garantía y control de estos, constituyen la finalidad de las cosas ficticias, dicho punto de vista externo de la valoración del Derecho y del Estado, son un presupuesto de la doctrina democrática de los poderes del Estado, siendo el *ex parte populi*, es decir el que expresa los valores –extra,meta- o prejuristicos, fundamentales, o sea, los intereses y las necesidades naturales individuales y colectivas- cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de las cosas artificiales que son instituciones jurídicas y políticas.

A Contrario sensu, cuando se elimina lo externo o se confunde con lo interno, surge el autoritarismo, en donde las cosas artificiales se consideran fines y no medios. Aunque no podemos descartar que para el autor en estudio, el garantismo también implica: “Aquel conjunto de vinculos y reglas racionales impuestas a todos los poderes en tutela de los derechos de todos”.⁹²

De este modo, podemos ver como el garantismo es una doctrina más en favor del constitucionalismo y del control del poder político esencialmente, ya sea a través del establecimiento de mecanismos de control jurídico y político, que hacen efectivas algunas garantías, ya sea, a través de la crítica por parte de los jueces, o a través de las cosas ficticias que deben tener como fin la protección a los derechos humanos. De esta forma, podemos expresar que el garantismo se reafirma como una de las disciplinas que hoy en día han llamado más la atención de los estudiosos, ante los problemas demasiado complejos que hoy imperan en el Estado nacional.

⁹² Ferrajoli Luigi, Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, *El garantismo y la filosofía de los derechos*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, p.132.

37. Poder.

El poder ha sido objeto de controversia entre los distintos tratadistas, ya sea políticos, juristas o filósofos, en este sentido, trataremos de discernir que es el poder; para esto, es necesario en primer lugar aludir a distintas propuestas. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra poder, deriva: “(del latín – *potere*, formado según *Potes*, etc.). Tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo // 2. Tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo. // 3. Coloq. Tener más fuerza que alguien, vencerle luchando cuerpo a cuerpo. // 4. Ser mas fuerte que alguien, ser capaz de vencerlo”,⁹³ o puede significar “M. Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo // 2. Gobierno de un país // 3. Acto o instrumento en que consta la facultad que alguien da a otra persona para que en lugar suyo y representándole pueda ejecutar algo // 4. posesión actual o tenencia de algo // 5. Fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío.// 6. Suprema potestad rectora y coactiva del Estado”.⁹⁴

La palabra poder adquiere distinto significado de acuerdo al uso que se le da en los diversos contextos sociales, es así, como el poder para algunos, como por ejemplo, para LOEWENSTEIN “implica una relación socio-psicologica basada en un reciproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder – serán denominados los detentadores del poder – y aquellos a los que va dirigido –serán aquí designados como los destinatarios del poder”,⁹⁵ o como expresa DUVERGER,⁹⁶ que podemos hablar de poder cada vez que una relación humana es desigualitaria, cada vez que un individuo puede obligar a otro a someterse, sosteniendo que el poder encuentra su base en la creencia del coaccionado de que es legítimo aceptar la coacción; coincidiendo con este último, y en un mismo

⁹³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, T. II. Op. Cit., p. 1791.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Loewenstein, Karl, Op. Cit., p. 26.

⁹⁶ Duverger, Maurice, Traducción castellana de Isidro Molas, Jorge Sole-Tura, José M.Valles, Eliseo Aja, y Manuel Gerpe, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Sexta Edición, Espulgues de Iobrega-España, Ariel, 1970, p. 26.

sentido se han pronunciado QUIROGA LAVIE,⁹⁷ MARTINEZ HERNANDEZ,⁹⁸ ARNAIZ AMIGO,⁹⁹ BIDART CAMPOS,¹⁰⁰ y BORDEAU,¹⁰¹ este último mantiene una postura sociológica, al advertir que es una condición para el orden y la libertad y, en donde no se puede entender una sociedad sin poder, ya que, sin este se incurriría en la decadencia.

Al poder desde nuestra perspectiva, lo vemos, como una condición para que se estructure una sociedad de manera ordenada y, en donde este tienda a estructurar a los órganos de gobierno, por conducto de la legitimidad, hoy en día democrática; en donde existe una voluntad del pueblo respecto de quien debe de ejercer el poder; claro, pero correlativamente se dan los límites dentro de un Estado democrático, siendo garantizados estos regularmente por los medios de control jurídico y político, aun, cuando no debemos de descartar los controles sociales.

El poder no implica despotismo dentro de una sociedad y Estado democrático; debe entenderse como una potencia necesaria para que sociedad y Estado cumplan con su propósito, pues estos, serían nulos sin garantía, limitación y control; porque estos evitan que se ejerza el poder y se encamine por quienes tienen la facultad para ejercerlo hacia objetivos diversos a los previstos en su origen.

⁹⁷ "Es la relación social de mando y obediencia. Sólo hay poder cuando el mandato de un sujeto A es obedecido por un sujeto B (cualquiera que sea la motivación de la obediencia): si no hay obediencia no hay poder. La obediencia integra el poder, tanto como la capacidad de mando." Linz, Juan-Valenzuela, Arturo, *las crisis del presidencialismo, 1.perspectivas comparativas*, Madrid, alianza universidad, 1997, p. 38.

⁹⁸ "Poder: (definición) "Como la capacidad de una persona o grupo de personas de imponer sus decisiones a una comunidad garantizando su obediencia con la coerción." p. 331. Aragón Reyes, Manuel, (Coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, Op. Cit., p. 331.

⁹⁹ "Facultad de decisión y mando conferida por ley", Arnaiz Amigo, Aurora, *El Estado y sus fundamentos institucionales*, México, Trillas, 1995, p. 340.

¹⁰⁰ "Es la capacidad o actitud de imponer a otros la propia voluntad, o de imponer comportamientos en la dirección de quien los fija, o de promoverlos, o de obtener obediencia, o de ejercer influencia sobre los demás." Bidart Campos, German, J., *Teoría del Estado*, Editorial Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires-Argentina, 1991, p. 83.

¹⁰¹ Bordeau, Georges, Op. Cit., p. 21.

38. Poder político o total.

La mayoría de los tratadistas por lo general coinciden en la definición del poder político, como el poder que se encarna en cada uno de los poderes constituidos y, que es ejercido por sus titulares, los gobernantes; asimismo lo han asimilado como el poder del Estado, denominación con que también se le conoce, es así, como concuerdan en su definición los tratadistas, DUVERGER,¹⁰² BORDEAU,¹⁰³ MARTINEZ HERNANDEZ¹⁰⁴ y, en un mismo sentido BIDART CAMPOS,¹⁰⁵ quien realiza la siguiente disertación en relación con el poder político: “Pero no hay poder político sino en el Estado. No hay más poder político que el del Estado. Los demás poderes –sean personales o poder sociales – no son sino eventuales o reales fuerzas políticas, pero que, si acaso son poder, ni son poder político, ni menos poder del Estado”; considera que este, es la capacidad o energía con que cuenta para cumplir su fin, cuyos encargados de poner en acción esa energía son las personas que encarnan todos y cada uno de los órganos conocidos como poderes constituidos. Asimismo, podemos decir que el poder político implica correlativamente los límites institucionales y, como consecuencia los controles de la misma naturaleza, independientemente que se puedan originar los controles sociales no institucionalizados que también participan en el control del poder político.

El poder político debe ser controlado en su origen, en su ejercicio e incluso después del término de su ejercicio, en este último caso como consecuencia de

¹⁰² Aludiendo a los sociólogos, expresa que “es el poder ejercido por los gobernantes del Estado.” Duverger, Maurice, Op. Cit., p. 30.

¹⁰³ “expresa que una sociedad se ordena y el vínculo de esta es una idea en común, sin embargo esta se desarrolla a partir de la conciencia de sus miembros que hace de su solidaridad, y expresa “pero no puede vivir y convertirse en una realidad histórica sin ser estimulada por una fuerza motriz que provoca y controla los movimientos en vista de los cuales se armoniza el organismo social”. Esa fuerza es el poder político.” Bordeau, Georges, Op. Cit., p. 21.

¹⁰⁴ “Es consecuencia de la soberanía estatal, es ejercido por un reducido grupo de personas sobre el conjunto social, conjunto que acepta, que obedece la dirección marcada por el grupo gobernante.” Aragón Reyes, Manuel, (Coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, Op. Cit., pp. 331-332.

¹⁰⁵ Bidart Campos, Germán, J., *Teoría del Estado*, Op. Cit., p. 85.

haber cometido el servidor público un exceso de poder durante el ejercicio de la función

39. Poder concentrado.

La concentración del poder, es característica de los sistemas monárquicos absolutistas o autoritarios, en donde el poder solamente se concentra en una sola persona u órgano, es decir: "La concentración implica que el proceso decisorio se adjudica a un solo detentador oficial de poder, que lo monopoliza o lo domina. sistemas de poder concentrado son los que carecen de esa composición, pero también los que adaptándola formalmente, centralizan en un órgano realmente predominante el proceso decisorio, y anulan la independencia efectiva de los otros órganos que puedan existir",¹⁰⁶ de igual forma, es aquel, que: "Apunta a un bloque homogéneo de competencia centralizada en un solo órgano o aun en la distribución cuando se descompensa la distribución razonable de competencias y se acentúa el predominio o la absorción totales o parciales, de un órgano respecto de sus colegas, hay aproximación marcada al poder concentrado".¹⁰⁷ Consideramos que el poder concentrado es contrario a lo que postula hoy el Estado constitucional de derecho, como lo ha sostenido la teoría constitucional del control, en la hipótesis de que los medios de control en este tipo de poder, son casi nulos, por la preeminencia de un órgano constituido sobre los demás, derivado de que en él se encuentran concentradas todas las competencias. Esto origina que los controles sean mínimos en su ejercicio por los poderes constituidos. Los controles sociales donde se ejerce este tipo de poder, son nulos, porque el poder no deja que los miembros de la sociedad se desenvuelvan en un ámbito de libertad, propio de las sociedades cerradas.

40. Poder distribuido.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 96.

¹⁰⁷ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., pp. 167-168.

El poder distribuido es propio de los sistemas constitucionales, significando para BIDART CAMPOS: “La distribución, en cambio, significa que dicho proceso se reparte y comparte entre varios detentadores del poder, siempre gubernamentales. Sistemas de poder distribuido son, normalmente, los que se organizan en torno de la separación triangular de órganos y funciones”.¹⁰⁸ En este sentido, el poder público se detenta y ejerce no por un solo órgano sino por diferentes órganos, en donde se encuentran distribuidas las funciones a efectos de que cada ejercicio a su vez puede realizarse por dos o más, confluyendo a su vez los instrumentos o medios de control ya sea de naturaleza jurídica o política, e inclusive a los medios de control social, ya que, aun cuando no estén institucionalizados se permiten, porque la misma distribución viene a garantizar un margen de libertad hacia los diversos actores de la sociedad.

41. Poder descentralizado.

Hemos visto que el Estado para realizar sus funciones, se tiene que auxiliar de otros entes, para dichos efectos, se ha visto en la necesidad de descentralizar el poder político¹⁰⁹ a fin de que estos puedan cumplir con su tarea que le ha sido encomendada, en este sentido, se les rige como entes de derecho público y se les asocia al ejercicio del poder político.

Sin embargo, la forma más típica, lo fue: “La descentralización política con base territorial relaciona al poder con el elemento geográfico, y su expresión clásica es el federalismo”,¹¹⁰ aunque también: “La descentralización con base profesional o de intereses tiene expresión en el Estado llamado por algunos corporativo, en el que a grupos y asociaciones se les rige como entes de derecho

¹⁰⁸ Bidart Campos, German, J., *Teoría del Estado*, Op. Cit., p. 96.

¹⁰⁹ “La descentralización del poder (o dispersión, como algunos la llaman) del poder no equivale al poder distribuido entre órganos y funciones separados, sino el fenómeno, o de dimensión variable, de que determinados grupos sociales posean en propiedad, algunos atributos del poder político, y lo ejerzan por medio de órganos propios.” Loc. Cit.

¹¹⁰ Idem.

público y se les asocia al ejercicio del poder político, confiriéndoles competencias en materias que atañen al interés propio de cada grupo o asociaciones”.¹¹¹

“En suma no se trata de que la ciencia política confeccione recetas y modelos puramente teóricos para ser asumidos indiscriminadamente, pero si se trata de formas que responden a la justicia cuando las condicionan las circunstancias y cuando las hacen posibles como técnicas de distribución y control”.¹¹²

El poder descentralizado debe estar sujeto a control, ya sea, jurídico, político o social, debido a que ejerce verdaderas funciones de Estado y de poder, pudiendo realizar actividades que afecten o puedan afectar la esfera del gobernado. El poder descentralizado es diferente al poder del Estado realizado por personas privadas, es decir, el poder privatizado, no regulado por la Constitución, como sí, el poder descentralizado.

42. Poder limitado.

Para BIDART CAMPOS, poder limitado: “Es el poder que tiene límites rinde cuentas, es responsable por lo que hace”.¹¹³ La norma primaria esencialmente es la que viene a establecer los límites a los poderes constituidos, en ese caso, se puede hablar de poder limitado; el poder puede extralimitarse, en esta hipótesis es donde cobra importancia el control del poder ya que por conducto de los diversos medios o mecanismos de control, va a tratar de que este no pueda excederse, manteniendolo dentro de los márgenes marcados por la norma fundamental, o en su caso eliminando los actos u obligando a las autoridades a que actúen etc, es por esto, que poder limitado que no es controlado, es ineficaz, lo contrario resulta básico, donde los límites estén garantizados por los mecanismos de control adecuados. Por último, cabe agregar que en tratandose de un control político los

¹¹¹ Ibidem, p. 97.

¹¹² Ibidem, p. 98.

¹¹³ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., p. 161.

límites son fijados por el controlante y estamos ante una limitación de oportunidad; asimismo los límites sociales son los que no se encuentran institucionalizados pero que son ejercidos por los diversos actores que componen la sociedad.

43. Poder ilimitado.

Para el tratadista BIDART CAMPOS: “Es el poder que hace lo que quiere, no da cuenta a nadie, es irresponsable”.¹¹⁴ Podemos expresar que un poder sin límites es simple y sencillamente, la fuerza, la capacidad, la energía que derivada de una persona física o moral por conducto de quienes la representan, pueden causar daño a otros, sin que exista ningún parámetro que los lleve a enmarcarse y como consecuencia limitar su potencia, derivandose que no se pueda anular el acto o, no se pueda obligar a una autoridad o persona en particular a actuar de conformidad con el deber que tendría si existiera la norma objetiva; en pocas palabras, no habría sanción para ningún acto de poder político, ante la inexistencia de la norma que de pauta a configurar el exceso, abuso o desviación de poder que pudiere ser sancionado.

44. Poder meritorio y no meritorio.

El tratadista argentino señala la diferencia entre poder meritorio y no meritorio, respecto del primero argumenta, que: “Es el poder que respeta los límites éticos y jurídicos que se acomodan a ellos, que se subordina, que los acata”.¹¹⁵ En tanto que el segundo se refiere, al: “Proceder del poder que tropiece con el límite de no poder curar a los enfermos. Límites económicos que impone la ausencia de recursos y bienes con que remediar la miseria, la escasez, las deserciones sociales”.¹¹⁶ En este caso el poder político ejercido por los órganos constituidos, será meritorio si respeta los límites fijados en la norma fundamental, así como los límites éticos que evitan que el órgano pueda incurrir en exceso, abuso o desvío de poder; en otro sentido, serán no meritorios si no tienen la capacidad de atender

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Ibidem, p. 164.

¹¹⁶ Idem.

las patologías económicas y sociales que surgen en una sociedad, mostrándose ineficientes para cumplir con los objetivos del Estado y sociedad.

45. Poder abierto y poder cerrado.

BIDART CAMPOS, identifica la diferencia entre poder abierto y poder cerrado, en tanto que por el primero: “Se entiende aquel que en el proceso decisorio ofrece oportunidad de intervención, participación y colaboración activos a una sociedad pluralista que se expresa a través de hombres, grupos, asociaciones y fuerzas diversas”;¹¹⁷ por el segundo: “Entendemos aquel que, en el proceso decisorio clausura y recluye la participación y la colaboración activas en un circuito de poder oficial y de fuerzas adictas, con eliminación de todo otro contendiente y sin concurrencia leal de sectores sociales independientes”.¹¹⁸ De esta forma, es claro advertir que en un poder abierto, la sociedad pluralista típica del Estado democrático constitucional toma participación en todas las decisiones que determinan quienes detentan el poder político, en tanto que en el poder cerrado su participación en las decisiones gubernamentales es nula de manera absoluta; lo primero también es compatible con la sociedad abierta de la que hablaba CARL R. POPPER un tanto más flexible que la sociedad cerrada inmersa en dogmas y tabúes, en un mismo sentido, podemos advertir que un poder abierto es susceptible a ser controlado por los ciudadanos, en tanto que en el poder cerrado no es posible, consecuencia de que el monopolio del poder hace nulo los medios de control principalmente los derivados de la ciudadanía.

46. Poder de facto y de iure.

El acceso al poder en los estados democráticos, debe de hacerse de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley, no obstante podemos expresar que en ocasiones quienes acceden al poder lo hacen apartándose del Derecho, de tal forma que sería un poder de facto, en tanto que el primero es de *iure*; en este

¹¹⁷ Bidart Campos, German, J., *Teoría del Estado*, Op. Cit., p. 95.

¹¹⁸ Idem.

sentido se ha pronunciado el tratadista BIDART CAMPOS: “Estas dos últimas tienen otro sentido, aplicable a la distinción entre un poder que se erige quebrando la transmisión y el acceso legales (por eso se usa el calificativo “de facto” o “de hecho”) y un poder que ha recorrido las vías legales preestablecidas para la sucesión de los gobernantes (por cuya razón se emplea el calificativo “de iure” o “de derecho”).¹¹⁹ El control del poder, juega un papel importante, a fin de evitar que se pueda acceder al poder fuera del Derecho; pero también cuida que quien acceda lo haga con la legitimidad que caracteriza a los estados democráticos; es así como los diferentes medios de control del poder político e institucionalizado, tienden a evitar que una persona pueda ejercer el poder ilegal o ilegítimamente (a través del control de legitimidad).

47. Poderes sociales.

Se les ha dado determinadas denominaciones, en palabras de BIDART CAMPOS es el que pertenece a la sociedad, en un mismo sentido lo ha establecido: “cuando, en cambio, se habla de poderes “de hecho” se entiende hacer referencia a poderes sociales que son distintos del poder político “oficial”, o sea del poder estatal o poder como elemento del estado. ...Volvemos a repetir que se los llama poderes “de hecho” porque no son el poder político oficial, no están situados en el organigrama de este, ni ejercen las funciones propias de él ”;¹²⁰ también se le conoce como poder no institucionalizado; en otro sentido, el poder informal, es el que no se encuentra sustentado en una norma, de tal manera, que son poderes que actúan al margen del poder político y radican de forma general en la sociedad, pero de forma particular en cada uno de los actores de ésta, como pueden ser las organizaciones no gubernamentales, partidos políticos, sindicatos, asociaciones, opinión pública, prensa, medios de comunicación social, grupos de interés y de presión, y todo lo que cabe al pluralismo social; pero que tienen esa fuerza, capacidad, aptitud, energía, para lesionar o afectar a un gobernado en su esfera de derechos, de tal modo, que su control es necesario, aun, cuando dicho

¹¹⁹ Ibidem, p. 105.

¹²⁰ Idem.

poder no es institucionalizado; los medios de control se pueden dar en dos sentidos, ser institucionalizados o no institucionalizados, es decir que el poder social puede ser controlado a través de instrumentos jurídicos y políticos, así como por controles sociales, en el entendido de que no afecta en nada el que en un principio sean informales y, que el control pueda ser formal o informal. Lo cierto es que el poder social, también debe ser objeto de control.

48. Poder y responsabilidad.

Una de las reglas del Estado democrático constitucional, lo es el principio de responsabilidad, el cual, “viene a convertirse, así, en un aspecto tanto del garantismo como del control”,¹²¹ en este sentido, BIDART CAMPOS ha expresado lo siguiente: “Tener responsabilidad significa tener que responder por algo que se hace o se deja de hacer, y asumir las consecuencias. Es algo así como dar o rendir cuenta, en tanto la misma rendición de cuentas surte algún efecto para el sujeto de que se trate, es para el Estado a cuyo nombre actúa”,¹²² se ha expresado por distintos tratadistas que se controla para responsabilizar viniendo a constituir un corolario.

Es necesario advertir con claridad, cuando se le va a hacer responsable al sujeto que realiza las actividades que le han sido encomendadas al órgano constituido y es quien ejerce el poder político en nombre del órgano del que se trate; algunos se han inclinado, en que, como no se puede hacer responsable al Estado físicamente, este responde de forma solidaria o subsidiaria en tratándose de reparación de daños y la persona física responde por actos propios, cuando se trate por ejemplo de violación a los derechos humanos y la conducta se considera como delito, en este caso procede fincarle responsabilidad.¹²³ La responsabilidad

¹²¹ Bidart Campos, German, J., *El Poder*, Op. Cit., p. 206.

¹²² Idem.

¹²³ “La responsabilidad del poder queda detenida, hasta aquí, en la de quienes lo ejercen. Latamente, involucraría en primer lugar la de los gobernantes, y a continuación la de los demás funcionarios públicos que no tienen calidad de titulares del poder. Pero hay algo más. El propio Estado, como persona jurídica que es, resulta también responsable. Y por ser precisamente persona jurídica, y no física, la manera de hacer efectiva esa responsabilidad conduce a su

en el Estado mexicano, ahora procede directamente, es decir que de entrada se considera al Estado responsable y es a quien se le exige, responder de los actos de las personas titulares de los òrganos, lo que viene a constituir un retraso en materia de responsabilidad.

Consideramos que la responsabilidad debe ser un elemento, aunque no esencial del control del poder, sí, debe ser básico, resultando de vital importancia; por lo tanto, procederemos a argumentar.

Una persona que accede a un cargo público, hablemos de los de mayor jerarquía, tiene que ejercer el poder político en función de las diversas competencias que le han sido encomendadas por la norma suprema; la persona está obligada a ejercer sus funciones de conformidad con lo que dispone la norma y no más allá, es decir, no puede excederse o abusar del poder o incurrir en desviación de poder; si él incurre en exceso por virtud de ejecutar una competencia y causa un daño o emite un acto o incurre en una omisión considerados inconstitucionales, entonces el responsable no es el òrgano, sino el sujeto: Vgr. si el presidente de la República emite una norma que con posterioridad es declarada inconstitucional, se anula la norma quitandole validez y vigencia, pero el sujeto que ha emitido el acto queda impune, es decir, no recibe ninguna sanción, como si el Estado hubiese tenido la culpa; en este caso la responsabilidad cobra sentido, porque, desde nuestro punto de vista el responsable del acto u omisión debe ser responsable por los daños que haya causado con estos y no el Estado quien no tuvo ninguna culpa, y sí, el sujeto que lo hace con toda intención, diferente objetivo e interés para el que fue conferida la competencia.

enjuiciamiento en sede judicial. Esta responsabilidad del Estado puede superponerse a la del gobernante o a la del funcionario, en forma solidaria o subsidiaria. Por ejemplo, un gobernante puede ser personalmente responsabilizado por un acto arbitrario que ha privado de la libertad a una persona, y el Estado puede ser responsabilizado por los daños originados a esa misma persona a raíz de la privación de su libertad. En cambio, el gobernante destituido por mal desempeño de sus funciones no da lugar a que se impute responsabilidad al Estado, salvo que haya causado perjuicios resarcibles." Ibidem, p. 207.

La teoría de la doble responsabilidad nos parece un poco inadecuada y un tanto imperfecta, porque un acto del sujeto quien tiene toda la intención de excederse en el ejercicio del poder político, por ese acto, no pueda hacersele directamente responsable física y económicamente, recayendo toda la responsabilidad en el Estado. No negamos que puede darse la hipótesis donde la persona en ejercicio de las funciones propias del Estado, cause daño, sin que haya exceso o abuso, en donde el sujeto se limitó a cumplir con lo dispuesto por la norma y se causó un daño; quien debe responder es el Estado y no el sujeto, aún cuando el sujeto lo haya ejecutado.

De esta manera, se estaría atacando de manera contundente al exceso y abuso de poder, favoreciendo el garantismo, el control y la limitación del poder; no como lo ha hecho en la actualidad la teoría de la doble responsabilidad, en donde se hace responsable a quien ni siquiera tuvo la intención de emitir el acto, dejando un margen de impunidad bastante amplio; materializándose lo que en su momento sostuvo BIDART CAMPOS: “La irresponsabilidad: deja sensación de impunidad, de indemnidad de privilegio. Que el gobernante se exima de rendir cuentas, y que el Estado evada el deber de reparación de los entuertos que le son imputables, equivale a colocar al uno y al otro fuera o por encima del orden jurídico”.¹²⁴

49. Acceso al poder.

“Significa que uno o más hombres, en un momento dado, se convierten en titulares de poder y empiezan a ejercerlo, presupone un procedimiento cualquiera que sea: la herencia, la cooptación, la toma por la fuerza, la designación calificada, como democrática (con todas sus variantes)”.¹²⁵

En la adquisición del poder durante el trayecto de la historia y en la actualidad, han imperado diversas formas de obtenerlo, desde tiempos antiguos y “entre las formas habitualmente reseñadas pueden citarse la que se denomina

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ibidem. p. 401.

conquista, que es la toma del poder por la fuerza, y que en la actualidad se articula permanente y frecuentemente con el tema de los golpes de Estado y las revoluciones”,¹²⁶ con el paso del tiempo y con el predominio de un sistema unipartidista tachado de democrático, se darían nuevas formas de acceso al poder, en donde “se conoce también la coactuación, en la que la designación del gobernante futuro se lleva a cabo por el que está en ejercicio del poder. Se conoce la herencia”,¹²⁷ un sistema que prevaleció en México, hoy en día, en los nuevos estados democráticos constitucionales se adquiere el poder y, “por fin, los procedimientos que se dan en reconocer como “democráticos” se colocan, pese a su variedad, bajo el tipo de elección”,¹²⁸ en donde se celebran elecciones democráticas, cuyos conflictos se dirimen a través de organismos electorales en su mayoría jurisdiccionales; las nuevas formas de acceso al poder trajeron consigo otras formas de ejercerlo, que a su vez requieren novedosos instrumentos de control, de ahí que se empiece a hablar de “*el control de legitimidad*”.

50. Acceso y conquista del poder.

El acceso al poder en palabras de BIDART CAMPOS¹²⁹ implica llegar a el, es el resultado de un acto -bueno o malo-, vemos al acceso también como un procedimiento o un carril a seguir en la tentativa por lograr aquel resultado. En tanto que la conquista supone el acceso al poder (tanto en cuanto al procedimiento como en cuanto al resultado) mediante el uso de una estrategia en la que quien aspira a la conquista, hace valer algunos méritos, algunas aptitudes, alguna capacidad. Por lo tanto, la conquista incluye y requiere que un tercero ajeno a los competidores –por ejemplo el electorado– haga una opción libre, demuestre una preferencia no captada maliciosamente, haga prevalecer el atractivo de los conquistados por sobre los perdedores en la contienda.

¹²⁶ Bidart Campos, German, j., *Teoría del Estado*, Op. Cit., p. 98.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Ibidem, p. 99.

¹²⁹ Bidart campos, German, J., *El poder*, Op, Cit., pp. 402 y ss.

Por lo tanto, la conquista del poder en la actualidad se podría calificar como todas las estrategias que utilizan los partidos políticos a fin de acceder al poder; claro por conducto de sus candidatos; en el entendido que son los partidos políticos quienes presentan la plataforma electoral ante la cual se puede inclinar el electorado; así también, otro tipo de estrategias lo son las publicitarias a través de las cuales los partidos políticos ofertan sus propuestas, bueno, eso sería en un sentido bondadoso, porque lo único que hacen es denostar a través de los tiempos que se les asignan en los medios de información a los demás competidores y, aún más, si es el candidato del partido oficial. Es aquí, donde deben cobrar importancia los medios de control, ya sea políticos o jurídicos e inclusive sociales a fin de evitar las actividades que sólo hacen que el electorado se aleje de forma total y se muestre renuente a votar y sufragar. Por lo argumentado con anterioridad, en la actualidad resulta urgente la democratización de los partidos políticos, pero también el control de estos, debido a que ejercen verdaderas facultades de poder, resultando necesaria su institucionalización sin duda alguna, una problemática más en la construcción de un verdadero Estado democrático constitucional.

51. Contrapoderes.

Los contrapoderes “son aquellos que participan presionan e intervienen, son fuerzas de resistencia, que con más o menos intensidad, limitan al poder (huelga) se trata de límites sutiles, imprecisos, fluctuantes, pero límites al fin, en el sentido que señalan hasta donde el poder “puede“y desde donde “no puede“; hasta donde llega su energía y su capacidad operativa, y donde declina o desaparece”,¹³⁰ pueden ser sociales, pero no todos los poderes sociales son contrapoderes y, sólo serán en la medida en que exista una disputa entre estos y el poder político; derivado de lo anterior, entonces pueden participar como agentes de control, de disenso, pero sin exceder los límites ordinarios; cuando se exceden pueden provocar el bloqueo o incluso la paralización del sistema, mermando las

¹³⁰ Ibidem. p. 162.

energías del sistema mismo para realizar sus funciones, es así, como los contrapoderes realizan funciones de limitación y control en la tesitura que limitan y, a su vez controlan. El problema se da cuando rebasan al poder político, por lo tanto, hacemos votos porque se institucionalicen instrumentos de control, con el objetivo de que se controle al poder social, bajo la tesis de que el control y limitación que realizan los contrapoderes es una función de poder.

52. Bloqueo de poder.

Lo ideal en un sistema político, es que su funcionamiento sea el más adecuado y eficaz trayendo como consecuencia que las políticas y programas gubernamentales alcancen una celeridad que redunde en beneficios para la sociedad; lo obvio sería que operara el consenso, la negociación, factores importantes que llevan a la oposición y al gobierno a un verdadero sistema democrático; sin embargo, hoy en día sucede que casi en todos los estados democráticos los partidos que son opositores al gobierno, ni tienen delineada su función y si la tienen, la han entendido de una forma errónea, redundando en el bloqueo al gobierno en funciones, por lo que bloquear es un verbo que da idea de cerco, de taponamiento, de situación que no tiene salida, de punto muerto. Con ese lenguaje, se inserta en la politología y en el derecho constitucional el tema de los bloqueos de poder. En un mismo sentido se ha expresado BIDART CAMPOS para quien: “La funcionalidad y la eficacia del poder suelen sufrir frenos, trabas, impedimentos, falta de cooperación entre los órganos de poder, tales situaciones pueden frustrar el funcionamiento de competencias el plan de gobierno, la coordinación y la cooperación, el cumplimiento de ciertos actos de poder, u originar también conflictos de poder”,¹³¹ ante dichas situaciones que pueden poner a un sistema en situaciones de inoperancia, la teoría del control del poder debe de ser capaz de dar solución a tan grave problemática que aqueja a nuestros países democráticos latinoamericanos y europeos, es cierto, que el sistema parlamentario se presta más a consensos y negociaciones, pero en el presidencial pueden

¹³¹ Ibidem. p. 363.

operar con mayor facilidad los controles; la ingeniería constitucional debe preocuparse por llevar a los dos puntos básicos de los sistemas de gobierno a un equilibrio; en México es intolerable e inaplazable la problemática, ante un sistema de cohabitación con poderes comandados por partidos distintos, con intereses disimulos que ha propiciado los más grandes desvíos y excesos de poder entre uno y otro órgano (Presidente-Congreso) pero todo con intereses políticos y particulares, quedando al margen el interes básico del Estado, el interés social.

53. Conflictos de poder.

Un tema desarrollado por la doctrina Argentina que resulta imprescindible en su tratamiento, lo son los conflictos de poder, para efectos de que tomen parte los instrumentos de control del poder y en que medida; en este sentido, los conflictos de poder han sido definidos por el jurista argentino BIDART CAMPOS como: “El que se suscita entre titulares de poder o con más precisión, entre órganos de poder así como el que se localiza dentro de un mismo órgano (sí este no es unipersonal, porque sí lo es, su único detentador no puede entrar en conflicto consigo mismo)”,¹³² tal definición nos lleva a identificar a los agentes que se pueden ver involucrados en un conflicto de poder; no obstante el Dr. SAGUES NESTOR P., de forma un poco más clara, expresa que los conflictos de poder *estricto sensu* pueden contener dos hipótesis: La primera: “se produce cuando un Poder, o un órgano extra poder (o una dependencia de alguno de ellos), asume competencias del otro. En concreto hay aquí un “órgano invasor” y un órgano invadido”. Si tal ocupación es consentida, por más que resulte inconstitucional, el conflicto en verdad no se tipifica: para que ello ocurra es necesario, además de la agresión, que el órgano agredido se repute afectado y quiera rechazarla”,¹³³ la segunda hipótesis en donde se puede dar un conflicto de poder es la siguiente: “Si

¹³² Ibidem. p. 365.

¹³³ Santiago-Álvarez, (Coordinadores), *Función política de la corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, 2000, p. 58.

un órgano del Estado no obedece la decisión tomada por otro, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales”.¹³⁴

Ante tales fenómenos constitucionales es lógico que los medios de control cobren importancia, privando de validez a los actos o normas emitidos en virtud de vulneración de competencias o destituyendo al servidor público cuando este no cumpla con la resolución emitida por un órgano jurisdiccional; el primer caso sucede en México a través de las controversias constitucionales, y el segundo, lo prevé el juicio de amparo cuando el órgano jurisdiccional puede separar a quien incumple una resolución en amparo; gran avance de la teoría constitucional, pues con anterioridad eran competencia de los órganos políticos, hoy, en la mayoría de los países está encomendada la resolución de los conflictos políticos a órganos jurisdiccionales o tribunales constitucionales.

54. Exceso y desviación de poder.

Ya el tratadista mexicano Dr. FIX-ZAMUDIO¹³⁵ hablaba sobre el exceso y desvío de poder, en su libro intitulado “Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos”; al referirse al Consejo de Estado, sostiene que este tenía competencia para conocer de tres tipos de impugnaciones: Contra el exceso o abuso de poder; desvío de poder y el contencioso de plena jurisdicción; aunque desde una perspectiva administrativa. En este sentido, BIDART CAMPOS, distingue entre exceso y desviación de poder, al pronunciarse respecto al primer supuesto expresa que: “Es ejercicio de poder sin competencia, más allá de la que el orden jurídico le atribuye”,¹³⁶ en tanto que el segundo: “Es ejercicio de poder en uso de competencias propias, pero encubriendo bajo un fin propio de esa competencia, otro que es ajeno, uno para el cual la competencia no le ha sido asignada”.¹³⁷

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 26-27.

¹³⁶ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., p. 487.

¹³⁷ Idem.

De conformidad con el principio de distribución de competencias, señalado en el artículo 124 de la Constitución de México, puede variar el exceso y desviación; en algunas ocasiones el principio puede expresar que lo que no se encuentre expresamente asignado a los poderes federales se encuentra conferido a las entidades federativas y viceversa, por lo anterior aquellas facultades que no se encuentren expresamente asignadas al poder federal y, este a su vez ejerce un acto, estará invadiendo competencias, por lo tanto, se dirá que es un exceso de poder; por otro lado, quien detenta la facultad de manera expresa la cual fue conferida con un objetivo específico, si se ejerce con un objetivo diferente al señalado en la norma, se dirá entonces que es desviación de poder, porque se aparta del objetivo de origen que expresa la norma, aún cuando quien la ejerce sea competente.

Nos parece acertado, en el entendido de que puede llegar a ser eficaz la desviación de poder en cualquier ordenamiento jurídico que tuviera como fin el control del poder y, por lo tanto, sería una hipótesis idónea para terminar con el subjetivismo que impera en los controles políticos. Estos últimos, han sido en su mayoría utilizados para objetivos diferentes para el cual fueron creados; la desviación de poder, viene a constituir un supuesto que puede ayudar en mucho en la lucha por el control del poder; en la actualidad los avances se han dado con respecto a dicha figura, la cual ha sido considerada por la doctrina más entendida como ilícito atípico.¹³⁸

55. Aumento de poder.

Hace ya algunos lustros, los teóricos vislumbraban el incremento de las competencias del Estado, así se explicaba: “Se habla de un aumento de las funciones del poder y de un crecimiento del Estado. El Estado hace hoy muchas cosas mas que ayer”,¹³⁹ lo cual implicaba el aumento y crecimiento de poder; aun

¹³⁸ Vease. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Illicitos atipicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000. pp. 91 y ss.

¹³⁹ Bidart Campos, Germán, J., *Teoría del Estado*, Op. Cit., p. 93.

cuando fueron certeros, se mostraron indiferentes al fenómeno que se gestaba. Hoy preocupa a la ciencia política y a la ciencia jurídica reforzar los límites, los controles, y las responsabilidades. Después de hacer una valoración, resulta una problemática a combatir,¹⁴⁰ ya que ningún Estado se preocupó, ni construyó un sistema de controles que creciera en la misma proporcionalidad al problema; debido a lo anterior, los sistemas resultaron ineficaces durante el siglo XX; el gran reto para el Estado constitucional de derecho, será el de mantener sistemas de control eficaces durante el Siglo XXI; empero, con la aparición de un nuevo fenómeno “el Estado intangible”; así, como las relaciones más estrechas del Estado nacional con respecto a organismos supranacionales y el aumento de poder en las personas morales y privadas, vienen a ser aspectos que obligan a que emerge un sistema de control a nivel supranacional a fin de salvaguardar el orden, evitando el exceso y la desviación de poder.

56. Despersonalización del poder.

La despersonalización del poder es una tema que ha preocupado a los grandes teóricos constitucionalistas, es así como BIDART CAMPOS va a expresar lo siguiente, con relación al punto: “¿Qué? Primero, que el poder es un elemento del Estado, y que quien lo ejerce no es su propietario. No se admite hoy una subjetividad posesiva del poder”¹⁴¹ rechazando de entrada la propiedad del poder, y pugnando por la despersonalización de este. “En segundo lugar, la despersonalización significa que los gobernantes ejercen el poder conforme a un orden jurídico preestablecido, conforme a la ley, sobre cuya base ellos mandan, prohíben o permiten. Ya no es la nuda y sola voluntad – improvisada o arbitraria – del gobernante como hombre la que, a su gusto y criterio, toma las decisiones, sin la voluntad habilitada y comprimida por su encuadre en aquel orden jurídico”.¹⁴² Es cierto que en la actualidad el poder ya no puede y no debe ser ejercido personalmente, como si el titular fuera el propietario, tal fenómeno ha sido

¹⁴⁰ Ibidem, p. 94.

¹⁴¹ Ibidem, p. 100.

¹⁴² Idem.

advertido; de ahora en adelante tiene que ser un poder establecido de conformidad con la norma, ya no es un poder absoluto, sino ejercido racionalmente; otro problema que se presenta en el Estado moderno, lo es, el ejercicio del control como propiedad de quien lo ejerce; tomándolo como instrumento de lucha; generando su apartamiento del fin para el cual fueron creados; dando origen a que el poder político sea objeto de control social, propiciado por el desvío de poder, ya que es un ilícito atípico especie del exceso de poder.

57. División de poderes.

El principio de división de poderes desde los clásicos, surgió con la finalidad de dividir el poder y en contra de los sistemas monárquicos donde imperaba la concentración del poder, a través del primero: “Se afirma la identidad absoluta entre la separación de poderes y el reconocimiento de la garantía de la libertad”.¹⁴³

Fue imaginado para impedir el abuso del poder y para frenarlo dentro de su misma estructura mediante un sistema de contrapesos, así: “Lo recibió y lo formalizó el constitucionalismo moderno, para preservar la libertad de los gobernados como antídoto del absolutismo”,¹⁴⁴ viniendo a constituir “una forma de garantismo, de control, de seguridad que procura evitar la arbitrariedad”.¹⁴⁵

Así las cosas, “el principio en Montesquieu está configurado por dos componentes:

¹⁴³ Lucas Verdú, Pablo., *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp. 388-389.

¹⁴⁴ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., p. 169.

¹⁴⁵ Idem.

Principio de legalidad entendido como la finalidad de asegurar el gobierno de la ley y no de los hombres y,

Un principio de equilibrio de contrapesos, que conlleva un límite y freno reflexivo entre los distintos órganos del Estado”.¹⁴⁶

El principio de división de poderes fue creado en un ámbito exclusivista, aunque contenía excepciones; de ahí se explica el porque algunos teóricos hasta en la actualidad argumenten que el Poder Ejecutivo, el Legislativo y Judicial no pueden entrometerse, ni mucho menos desempeñar competencias que son propias de los demás órganos; de esta forma, se presentaron y construyeron sistemas rígidos en contra de la teoría general de los controles, porque, no permitía el control de un órgano; por ejemplo el Judicial; sobre otros órganos; esto es, no podía tener injerencia en cuestiones políticas un órgano jurisdiccional. Hoy en día, la mayoría se ha inclinado por el principio de colaboración de poderes.

58. Colaboración de poderes.

El principio de colaboración de poderes es un principio propio de los sistemas parlamentarios, hoy en día retomado por la Unión Europea y consiste en que los poderes participen de forma conjunta y sucesiva en la ejecución de sus funciones, como acertadamente expresa el Dr. CARPIZO MAC-GREGOR: “II. Los dos grandes teóricos del principio de la división o separación de poderes fueron John Locke y Montesquieu; su finalidad era que el poder detuviera al poder para evitar el abuso del mismo y así lograr el florecimiento de la libertad.

Para Montesquieu, los poderes son tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Son tres poderes, tres departamentos que se detienen unos a otros; son tres potestades independientes.

¹⁴⁶ Lucas Verdú, Pablo., *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., p. 390.

Las críticas al pensamiento de Montesquieu son abundantes. Entre otras se pueden mencionar las hechas por: Ripert de Monclar, Bentham, Rousseau, Mirabeau, Duguit y Carré de Malberg. Las críticas señalan que el poder es indivisible, que los divisible son los órganos y las funciones, y que los órganos no son departamentos separados sino que colaboran entre sí. Sin embargo, la esencia del pensamiento de Locke y Montesquieu aún perdura: que se asegure la libertad”¹⁴⁷.

De este modo, más que una separación rígida de los poderes, opera en la realidad y siempre ha operado una colaboración; pues consideramos que no ha habido sistemas tan rígidos. La colaboración de poderes opera independientemente de la función encomendada y el órgano que la realice. La colaboración de poderes permite el libre juego de los pesos y contrapesos; en donde el control cobra una importancia fundamental, en relación de quien realiza la función y a su vez quien controla a la misma; quien ejerce el poder puede fungir como controlador con respecto a otros órganos que lo detentan.

59. Funciones del poder.

De entre las funciones del Estado y esencialmente del poder, en un inicio se podían concentrar en la división de poderes, la función originaria y la aplicación;¹⁴⁸ aunque LOEWENSTEIN será el teórico que vendrá a establecer una novedosa trinidad¹⁴⁹ la cual se encuentra conformada por; la adopción de decisiones políticas, su ejecución y puesta en práctica y el control de las dos anteriores, es así, como se vería en adelante al control como una función más del poder.

¹⁴⁷ Carbonell, Miguel, (Coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, Op. Cit., p. 57.

¹⁴⁸ “no hay duda que en este último caso se trata de actividades y manifestaciones del Estado a través de su poder.

Una, la división de poderes.

Otros o dos. La originaria o de creación, y la derivada o de aplicación o ejecución.”

Bidart Campos, Germán, J., Op. Cit., p. 92.

¹⁴⁹ “Por fin, se esboza una nueva trinidad pero muy distinta de la ya conocida que ahora se sustituye por una función que radica en la adopción de decisiones políticas, otra que consiste en ejecutarlas o ponerlas en práctica, y la tercera, que es la de control de las otras dos.” *Ibidem*, p. 93.

B Conceptos complementarios.

1. El control del poder y la soberanía.

El liberalismo trajo como consecuencia el principio de representación, quien vino a quitarle legitimidad a las decisiones de los gobernantes no tanto en el origen del poder político, más bien, en el ejercicio de este. Hoy la doctrina ha creído necesario que el ejercicio de las funciones gubernamentales deben emanar de conformidad con la legalidad y la legitimidad, es decir que convergan los elementos inherentes de un Estado democrático y un Estado constitucional, significando con ello la participación de la ciudadanía y, a su vez, que ésta pueda ejercer el control; es por esto, que los estudiosos de la ciencia política pugnan porque el origen, el ejercicio y los fines del poder político detenten los dos elementos, la legitimidad y la legalidad; en cambio los constitucionalistas y uno de los más destacados que es ARAGON REYES, pugna por la juridificación de la soberanía,¹⁵⁰ en donde, se le den los instrumentos adecuados a los ciudadanos para poder controlar al poder político y tener participación en las decisiones más importantes que determinen los órganos constituidos.

Debemos tomar en consideración lo que expresaba LOEWENSTEIN¹⁵¹ con relación a la soberanía; en donde la palabra soberanía decae cuando se interrelacionan los órganos nacionales con organismos supranacionales, quedando sólo la independencia; por lo tanto, en ésta interdependencia y, a su vez, el acrecentamiento de la jurisdicción de los organismos supranacionales hace repensar la soberanía. No se puede uno quedar con los conceptos de hace siglos,

¹⁵⁰ “Constitucionalizar la soberanía tampoco significa exactamente la desaparición del soberano, como parece afirmar Kriele cuando sostiene que no hay soberano en el Estado constitucional. Al contrario el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro esta, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la constitución radica, precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aún, sin tal asociación no habría, en realidad, derecho constitucional sino mero derecho estatal.” Aragón Reyes, Manuel, *Constitución democracia y control*, Op. Cit., p. 15.

¹⁵¹ Bidart Campos, Germán, j., *Teoría del Estado*, pp. 109-110.

porque esto, llevaría a pasar por alto una realidad innegable, debido a que en la actualidad se ha hecho realidad lo que el teórico constitucionalista desde los sesentas auguraba y criticaba. Con la inminente creación y latente aprobación de la Constitución para la Unión Europea, la cual ha retomado la teoría de la soberanía compartida,¹⁵² de tal forma, que en varios países además de ser ratificada por cada uno de los estados firmantes, va a ser sometida a referéndum para que los ciudadanos de cada Estado la aprueben o la rechacen.

Lo cierto es que a través de la soberanía compartida¹⁵³ se trata de compaginar y tener como válido un sólo concepto para el ámbito del derecho constitucional e internacional.

De este modo, los controles deben verse y, porque no, estudiarse desde una perspectiva cooperativa, de coordinación, en donde no se consideren un elemento excluyente, más bien como un mecanismo y parte de un todo, así; el control ha sido regulado en la novedosa Constitución Europea;¹⁵⁴ instrumentos de

¹⁵² “Si la soberanía fue, históricamente hablando, resultado de la concentración de poder en manos del soberano, y si de este modo fue que adquirió sus contenidos para después ser recogida paulatinamente por el Estado constitucional, entonces hoy día es necesario que el poder soberano se desconcentre de nueva cuenta. Los criterios son el “ejercicio cooperativo de la soberanía” y el principio de subsidiariedad como “condición de la realización de la soberanía.” Kotzur, Markus-Haberle, Peter, (Traducción de Fix-Fierro, Héctor), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 118-119.

¹⁵³ “Nuevos intentos terminológicos sustituyen la “supremacía absoluta” como característica de la soberanía. La interacción de competencias relativas, la “soberanía compartida”, el “poder de la organización internacional,” o el “poder de la integración supranacional,” constituyen otros términos clave. En última instancia, la imagen corriente de la “superposición” del derecho internacional o el europeo a la soberanía no es exacta. No es que una esfera soberana se superponga a la otra, sino que los diversos ámbitos y los espacios soberanos se coordinan entre si y se vinculan a través de un mecanismo de engrane de uno con el otro. El canon normativo típico, que manifiesta la decisión del Estado constitucional a favor de la cooperación internacional, estructura a la soberanía mucho más de lo que la desplaza. La relativización de la soberanía no conduce a decirle adiós, sino a su reinterpretación como garantía estructural.” Ibidem, pp. 120–121. La Parte Primera, del título tercero del Proyecto de Constitución para Europa, versa sobre las competencias de la unión, las cuales se regirán por los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, previstos en su artículo I-11. No obstante también opera el principio de supremacía previsto en el artículo I-12. En donde el derecho de la Unión en ejercicio de sus competencias está por encima del derecho de los Estados.

¹⁵⁴ En la parte primera del título cuarto que versa sobre las instituciones y órganos de la unión, en su capítulo primero, se prevén algunas facultades de control realizadas por los órganos que conforman a la Unión Europea, de entre los cuales podemos señalar; al Parlamento Europeo

control que se ejercen de la Unión Europea hacia los veinticinco estados que la conforman, así; como instrumentos de control que se ejercen de modo interorgánico e intraorgánico entre las mismas instituciones que forman parte de la Unión Europea.

2. El control del poder y el constitucionalismo.

El constitucionalismo es una de las instituciones más importantes que tienen injerencia con nuestro objeto de estudio, el control del poder. Dicha institución en sus orígenes tuvo como idea primordial la limitación del poder por el Derecho, de esta forma, el español F. RUBIO LLORENTE expresa que: “El término se utiliza para designar la evolución histórica de la estructura jurídico-política, es decir la organización del poder en una entidad política”.¹⁵⁵

Lo cierto es que viene a ser una de las instituciones que surgieron particularmente en la doctrina inglesa y francesa, es así, como ha sido concebido “como un conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la Constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía”,¹⁵⁶ las cuales implican “una limitación jurídica al gobierno, es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del derecho”,¹⁵⁷ es así, como a través de la permanente evolución del Estado constitucional se han concretado principios; como el de equilibrio de poderes; como las diversas declaraciones de derechos humanos que han llevado un único objetivo, hacer que el poder se subordine al Derecho, materia que no podría realizarse sin la existencia de los medios de control del poder institucionalizados y no institucionalizados, de ahí, que en la actualidad se reafirmen los controles del

previsto en el artículo I-20, del proyecto de Constitución para Europa, a la Comisión Europea mencionada en el artículo I-26, conjuntamente con las disposiciones que en el 2004, que entraron en vigor, y en el artículo 1-29, que versa sobre las facultades del Tribunal de Justicia.

¹⁵⁵ Lucas Verdú, Pablo, (coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., p.28.

¹⁵⁶ Fioravanti, Maurizio, (Traducción de Martínez Neira, Manuel), *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 85.

¹⁵⁷ Howard McIlwain, Charles, (Traducción de Solozábal Echevarría, Juan J.), *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 37.

poder, como instrumentos, sin los cuales no podría hacerse realidad el Estado democrático constitucional.

3. El control del poder y el neoconstitucionalismo.

En la actualidad se ha empezado a hablar de neoconstitucionalismo, para PRIETO SANCHIS,¹⁵⁸ hablar de la palabra es aludir a un modelo de Estado de derecho, a una teoría del derecho o, a una ideología que justifica al Estado constitucional.

El neoconstitucionalismo trata de fusionarse en dos tradiciones que han avanzado distanciadas; la primera para quien la Constitución es la regla de juego y en donde los individuos tienen la capacidad de adoptar decisiones de manera libre y colectiva; en este sentido, se concibe la supremacía de la Constitución y su garantía jurisdiccional, donde la Constitución es superior a las normas secundarias y su garantía se encarga a aquel órgano que se mantiene fuera del juego político, de esta forma, se crea un judicialismo absolutamente limitado; la segunda tradición, la cual entiende a la Constitución como un proyecto político en donde no solamente fija las reglas del juego, sino que, participa en este condicionando las decisiones; aún cuando no pudo asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, Legislativo y Administrativo, lo que lo convirtió en legalismo.

El neoconstitucionalismo trata de reunir las dos condiciones: Fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional; en donde la jurisdicción concentrada proclamada por Kelsen y hoy retomada en varios países particularmente europeos, viene a ser el más grande tributo al legislador y la muestra de una desconfianza a la judicatura.

¹⁵⁸ Carbonell, Miguel, (Coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp. 420 y ss.

De ésta forma, el Estado constitucional democrático reclama una nueva teoría del derecho, ésta puede encontrarse en el neoconstitucionalismo, el cual puede resumirse como teoría del derecho, en:

Más principios que reglas;

Más ponderación que subsunción;

Omnipresencia de la Constitución en todas las areas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria;

Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario;

Y, coexistencia de una pluralidad de valores, en lugar de homogeneidad ideológica.

La omnipresencia de la Constitución implica que comprende un sinnúmero de contenido: valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos; todo esto, la hace estar presente en todos los conflictos y problemas jurídicos, desembocando en el constitucionalismo judicial; la Constitución ofrece orientaciones de las mas heterogéneas esferas, las cuales se encuentran confiadas a la garantía judicial, por lo tanto, representa un conjunto de postulados distintos y contradictorios; sin embargo, parecería que el neoconstitucionalismo incita a la antinomia, pero no, porque no solamente se compone de reglas pues tienen un contenido diverso, en donde los principios predominan sobre las reglas.

Es por esto, cuando dos reglas entran en conflicto, viene a significar que una de ellas no es válida o una opera como excepción a la otra, (criterio de especialidad); no obstante, en tratandose de principios, ambos seguirán siendo validos por más que triunfe uno sobre el otro.

En ocasiones, cuando no sirve la especialidad para resolver el conflicto entre dos normas constitucionales, es necesario acudir a la ponderación, aplicandose a casos concretos y sin pretensión de permanencia.

El juicio de ponderación consiste en darle preferencia a la solución que reporte la lesión más liviana, siempre y cuando se parta de que las dos detenten el mismo valor.

El neoconstitucionalismo representa un perfeccionamiento del Estado de derecho, en donde el poder se someta al Derecho, y por lo tanto, este último abarque al legislador; asimismo, reclama una apertura al judicialismo, para lo cual es necesario trabajar en la actualidad sobre el mejoramiento de la teoría de la argumentación a efectos de que se garantice la racionalidad y se fomente el consenso de las decisiones judiciales; por lo tanto, el neoconstitucionalismo requiere de una nueva teoría de las normas que de cabida a los principios, de la argumentación jurídica y de las fuentes alejadas del legalismo.

En este sentido, porque no, considerar que el neoconstitucionalismo requiere una teoría del control del poder político y porque no del poder social, es una deuda no saldada por el constitucionalismo del siglo XX, y que en el siglo XXI se hace imprescindible en el Estado constitucional; en el sentido de sujetar el poder al Derecho, no queda más que trabajar sobre la teoría de los controles a fin de someter el poder político y social. Como postulado del Estado democrático, el ciudadano participe como guardián de la Constitución; pero también debe ser sujeto de control; no debemos olvidar, el poder que ejercen los ciudadanos al margen del poder político.

4. El control del poder en el proceso político del Estado constitucional.

LOEWENSTEIN KARL¹⁵⁹ señala que el proceso político del Estado constitucional, se encuentra determinado por la cooperación respecto de las diferentes funciones que les hayan sido encomendadas a órganos y ciudadanos, a efectos de que puedan compartir la función pudiéndose controlar de manera recíproca, o que un

¹⁵⁹ Loewenstein, Karl, Op. Cit., pp. 252-253.

detentador esté autorizado por la Constitución para ejercer el control; en el primer caso, forzosamente se ven obligados los detentadores del poder a cooperar, en tanto que en el segundo, el control es optativo. De ésta manera, se pueden presentar cuatro formas de control del poder; uno de la Asamblea al gobierno; dos del gobierno hacia la Asamblea; tres el que ejerce el órgano jurisdiccional con relación al gobierno y Parlamento y; el cuarto es el que realiza el electorado sobre los otros tres.

5. El control del poder y la Constitución.

Para que un sistema político pueda ser considerado como democrático constitucional, va a depender de que las instituciones que lo conforman sean efectivas, las cuales girarán en función de la distribución del poder, en quienes lo detentan y en virtud de que estos estén sometidos a control por los destinatarios, ya que ellos son los verdaderos detentadores del poder, así como por los demás órganos de gobierno.

Es necesario mostrarse desconfiado ante los detentadores del poder y no esperar que devenga una autolimitación de estos, en el permanente abuso y desviación de poder en que suelen incurrir, pues así, lo ha demostrado la naturaleza del hombre.

Derivado de una inexistente autolimitación del poder que sea eficaz, es necesario que en el proceso del poder, sean creadas y operadas de manera consciente y ordenada, instituciones de control

Independientemente de las estrategias que se dan en la lucha por el poder a fin de acceder a él; considerando que los derechos de los gobernados y su vigencia depende de determinados límites e instrumentos de control que han operado sobre los detentadores del poder en el momento que lo ejercen, es lo que ha aprendido el hombre político en una sociedad justa.

En este sentido KARL LOEWENSTEIN expresa que: “Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de aclarar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas –la Constitución– destinados a limitar el ejercicio del poder político. La Constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.¹⁶⁰ El autor en comento considera que la esencia de la Constitución es crear instituciones que tiendan a limitar y a controlar el poder político, independientemente de lo ya advertido; existen autores que, aún cuando no se han pronunciado de igual forma, han considerado a la Constitución como un programa, es el caso de QUIROGA LAVIE, para dicho tratadista uno de sus elementos que lo conforman internamente corresponde a los controladores. ARAGÓN REYES, considera a la Constitución como una norma que fija limitativamente las competencias de los gobernantes y las garantías de los gobernados o, DE OTTO PARDO, quien considera a la Constitución como no una, sino un conjunto de normas a las que se sujetan la creación de normas y los órganos superiores del Estado resaltando que para que sea una autentica Constitución, debe prever supuestos que deben ser obligatorios y, en caso de que alguno de estos contenidos en las disposiciones constitucionales sean vulnerados, tal infracción debe tener forzosamente una sanción.

HUMBERTO QUIROGA LAVIE considera a la Constitución como un programa de un sistema político que va a permitir el equilibrio en una sociedad y, para esto se encarga de regular quienes van a tomar las decisiones en el gobierno; estableciendo a través de que medios de control se van a evitar los desvíos o desajustes; así también, el exceso y abuso del poder político y la manera de prevenirlos; de igual manera, regula el procedimiento de cambio de la Constitución a efectos de que a partir de una reforma se produzcan los cambios o, en su caso, para adaptar a la Constitución a las exigencias sociales.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 149.

Identifica a los diferentes elementos que componen al programa y que desempeñan funciones diversas, de entre los cuales ubica a:

“ Emisores: Los titulares de derechos.

Receptores: Los órganos que integran el Estado.

Decisores: poderes políticos previstos en la Constitución.

Los controladores: Son los órganos jurisdiccionales-judiciales o administrativos o la sociedad organizada en la función de control, mediante el ministerio público o el ejercicio de los derechos públicos subjetivos, en especial por la prensa.

Los comparadores: Son los órganos que integran el cuerpo, registro y estadístico del estado, que suministran información a los órganos de decisión a efectos de poder realizar las correcciones necesarias para asegurar el equilibrio del sistema.

Los programadores: Son los legisladores o dos cuerpos técnicos que prespona la legislación”.¹⁶¹

Es así, como QUIROGA LAVIE considera a los instrumentos de control inmersos en un programa, los cuales cumplen la finalidad de evitar desvíos o desajustes respecto de la actividad de los poderes públicos en el desempeño de su encargo.

Otro de los destacados constitucionalistas que merece nuestra atención cuya postura tiene conexión con la Constitución y con el tema en estudio, lo es, el español ARAGÓN REYES, quien define a la Constitución como: “La norma fundamental que establece la delimitación del ámbito de las libertades de los individuos y de las competencias de los órganos del Estado, bien entendido que la delimitación del ámbito de las libertades ha de significar su garantía y la de las competencias estatales su limitación”.¹⁶² En este sentido considera a la

¹⁶¹ Quiroga Lavie, Humberto, *Lecciones de derecho constitucional*, Op. Cit., p. 9.

¹⁶² Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1998, p. 93.

Constitución como una norma que va a fijar con precisión los límites de las libertades del gobernado y las competencias de quienes nos gobiernan, es decir de los servidores públicos; de tal forma, que vienen a constituir las primeras una garantía por estar determinadas en la Constitución y, las segundas, una limitación. Así las cosas, para el autor como parte inseparable de la Constitución, lo son los instrumentos para el control del poder.

De esta manera, considera a la Constitución como una norma que viene a establecer en un momento dado garantías a favor del gobernado y, limitaciones que se establecen al gobernante.

Otro de los autores españoles del cual nos interesa su definición por compaginar con nuestro objeto de estudio, lo es DE OTTO PARDO; quien expone que el garantismo en Europa se persigue a través de la división de poderes retomándose por casi todos los países europeos a excepción de Inglaterra; ésta, por tener en aquella época un gobierno monárquico, no cuajó la idea de que la Constitución escrita es una norma jurídica que obliga y cuya vulneración a la misma resulta antijurídica, persiguiéndose de esta forma un garantismo a través de un Estado organizado en principios, pero en donde nunca los poderes estarán supeditados a normas, que puedan ubicarse por encima de ellos; resalta que a diferencia de Europa, en Estados Unidos prevalecería la supremacía de la ley, es decir, la norma escrita es derecho y es el derecho supremo del país, en donde el garantismo retoma otro matiz, ya no se aseguraría a través de la organización, sino a través de la normatividad.

Establece que es necesario comprender a la Constitución en función de la creación y aplicación de normas, para esto, es necesario que la creación de normas se reserve a los que se encargan de legislar, ya que ocupan una posición superior, en donde dicha función encuentra su fundamento en la Constitución y el límite de su validez; en este sentido, el plano de las normas se escinde en dos, el de las que crean y a las que tienen que sujetarse; sin embargo, sostiene algo de

suma trascendencia, que no habrá Constitución cuando se trata del gobierno de los jueces o de la soberanía del Parlamento, en estas hipótesis creación y aplicación se confunden; derivado de lo anterior, considera que la Constitución: “Es el conjunto de normas a las que esta sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado”,¹⁶³ pero aún cuando la creación de normas y órganos superiores del Estado estén sujetos a la norma suprema, será una verdadera Constitución cuando: “El ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica”.¹⁶⁴ Sin embargo, no sólo el legislador es su destinatario, sino también su aplicador.

Alude a que el concepto de Constitución se crea a partir de su jerarquía y entre normas y su superioridad, de la creación y aplicación de la ley; además de que la postura de la norma suprema no se pudo sostener en el siglo XX, se tuvo que acudir a un concepto material y formal de la Constitución; para estar ante una verdadera norma suprema esta debe reunir los siguientes requisitos, a) la promulgación de una Constitución escrita, b) el supuesto de infracción; y, c) que la infracción tenga como consecuencia la antijuridicidad, en el caso de que a) la infracción de la Constitución escrita es lícita; b) los preceptos serán constitucionales, por estar incluidos en la Constitución; c) no serán normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es norma. Pero si a) se establece que es obligatorio acatar la Constitución escrita; b) todos los preceptos serán obligatorios, independientemente de la materia que regulen; y c) por consecuencia son normas jurídicas.

Como consecuencia, es posible sostener que los tratadistas anteriormente citados, convergen en un objetivo específico, el control del poder; independientemente de la postura que tomen con relación a la Constitución, es decir como dispositivo, como una norma que fija los límites, como un conjunto de

¹⁶³ De Otto Pardo, Ignacio, *Derecho Constitucional*, Séptima reimpresión, Barcelona, Ariel, 1999, p. 15.

¹⁶⁴ Idem.

normas a la que se deben sujetar los creadores y órganos jerárquicos y que indispensablemente la vulneración a las mismas traiga como consecuencia una sanción, o como un programa cuyo elementos de control que lo conforman tratan de evitar el desvío, exceso o abuso de poder.

Es así, como hoy en día, para los teóricos constitucionalistas es de imperiosa necesidad identificar a la Constitución, ya sea directa o indirectamente con el control del poder.

6. El control del poder y la Constitución abierta.

Uno de los temas poco tratados por los teóricos mexicanos, es el referente a la Constitución abierta y, menos aún la conexión que guarda esta con nuestro objeto en estudio, el control del poder; debido a lo anterior, es posible destacar que la Constitución es imprescindible en la actualidad dentro del Estado constitucional, ya que, esta, “permite la apertura hacia delante, hacia el futuro; institucionaliza las experiencias (experiencia hacia atrás) y abre espacio para el desarrollo del espíritu humano y de la historia”,¹⁶⁵ en aras de cumplir con tal objetivo se debe de materializar la apertura constitucional y correlativamente los mecanismos de control del poder, la cual no solamente conforma la apertura a elementos normativos, sino también a elementos extranormativos y metanormativos como lo ha hecho notar el Dr. LUCAS VERDU: en este sentido, el maestro expresa que estamos ante una Constitución abierta: “cuando una Constitución recibe en su articulado preceptos y/o instituciones de otros ordenamientos: internacional, comunitario-europeo, extranjero; cuando confirma postulados axiológicos iusnaturalistas o del derecho canónico que no contradicen su ratio y su telos, estamos ante una Constitución abierta”,¹⁶⁶ si bien es cierto y como lo ha hecho notar la doctrina que ha escrito sobre el tema, de que no podemos hablar de constituciones abiertas y cerradas de forma absoluta, sino que detentan un

¹⁶⁵ Haberle, Peter, (Traducido por Fix-Fierro, Héctor), *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, p. 4.

¹⁶⁶ Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Segunda Edición, corregida y aumentada, Madrid, Dykinson, 1998, p. 265.

mínimo de apertura o cierre, ya se hable de una o de otra, de tal forma, que el maestro GOMES CANOTHILDO citado por LUCAS VERDU expresa que, aun cuando se hable de Constitución abierta, ésta no puede resultar en una dinámica total, sino que conserva partes estáticas o espacios cerrados, como: “la construcción estatal y los procesos según los cuales, se deben decidir cuestiones sobre creación de órganos, la definición de competencias, las funciones e interdependencias recíprocas; la responsabilidad y el control”,¹⁶⁷ en un mismo sentido se ha expresado el Dr. CARBONELL citado por el Dr. FIX-ZAMUDIO, “en virtud de que, por último la apertura constitucional se manifiesta de manera más acentuada en aquellos momentos en que se crea una Constitución o se le interpreta, “no debe poner al legislador al servicio del interprete último de la Constitución”, en otras palabras, la apertura “no debe propiciar que la actividad interpretativa (legislativa o jurisprudencial) sustituya la necesidad de reformar la Constitución”;¹⁶⁸ los autores antes citados, ubican al control como uno de los elementos constitucionales estáticos en una Constitución y, es cierto, porque a partir del siglo XVII., se ha hecho notar en el constitucionalismo en su afán de limitar al poder de una forma eficaz; como ha sucedido en la constante evolución del Estado y de conformidad con lo expuesto por el DR. LUCAS VERDU basado en la idea de llegar al Estado de razón, ha sido necesario ir perfeccionando nuestros medios de control, es así, como en la actualidad el Estado nacional a través de la Constitución abierta basada en la recepción, ha apelado a medios de control de naturaleza supranacional, particularmente a organismos supranacionales a través de los diversos instrumentos de control contenidos normativamente, como lo demuestra la realidad a pocos meses de que se ratifique la Constitución de la Unión Europea, y como hoy se constata con los reglamentos de la Corte Interamericana y de la Comisión en Latinoamérica; no olvidando que pueden existir contrapoderes supranacionales, que aún, cuando no se encuentren institucionalizados, ejercen un control del poder social sobre las instituciones de

¹⁶⁷ Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Beramar, S.A.-Servicio de publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 56.

¹⁶⁸ Fix-Zamudio-Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Segunda Edición, México, Porrúa, 2001, pp.34-35.

los estados miembros o de los países; no debemos olvidar, que no solamente se trata de recepción normativa, sino extra y metanormativa.

7. El control del poder y el Estado constitucional.

Bajo la premisa de que el Estado constitucional es Estado de derecho, lo cual implica la juridificación de la lucha por el poder, la lucha en el poder y la lucha contra el poder, de tal forma, que todas aquellas zonas que no se encuentran sometidas al Derecho, se sujeten a fin de cumplir con el objetivo del Estado constitucional señalado acertadamente por BIDART CAMPOS¹⁶⁹ el cual procura suavizar y civilizar la lucha por el poder en todas sus formas y etapas; asegurar el recambio de quienes lo ejercen; moderar los antagonismos y las rivalidades; crear climas de tolerancia y benevolencia entre gobierno y oposición; instaurar mecanismos francos y limpios para la disputa en torno del poder; asegurar libertad de igualdad de oportunidades a los competidores; infundir en la sociedad los hábitos favorables a la competencia abierta y pluralista; de igual forma implicaría la juridificación de todo lo que ha conquistado el Estado constitucional, el cual abarca, “la dignidad humana como premisa antropológica-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos políticos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta”.¹⁷⁰

Pero en la actualidad el Estado constitucional se enfrenta a nuevas realidades, a realidades del presente que no puede dejar de un lado sino que sea preciso que se amolde a ellas, es por esto que LUIGI FERRAJOLI¹⁷¹ ha sugerido tres posibles vías de cambio o evolución del paradigma del Estado constitucional.

¹⁶⁹ Bidart Campos, German, J., *El poder*, Op. Cit., p. 401.

¹⁷⁰ Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, Op. Cit., p.3.

¹⁷¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Segunda Edición, Madrid, Trotta, 2001.

De acuerdo con el eminente tratadista, en primer lugar, el Estado constitucional deberá ir abandonando su clásica connotación territorial para volverse global, de forma que pueda hacer frente a los retos desterritorializados que enfrenta en la realidad; en esa línea se ubicaron las actuales teorías del constitucionalismo global o de la llamada democracia cosmopolita.

En segundo término, el Estado constitucional deberá diseñar mecanismos para garantizar efectivamente los derechos sociales; en este punto se trataría de desarrollar un sistema de garantías para lo que se ha llamado el constitucionalismo de la igualdad, que sea capaz de actuar con instrumentos parecidos a los que ya funcionan para el constitucionalismo de la libertad (por ejemplo por medio de la renta básica garantizada, de la asignación presupuestal determinada constitucionalmente para satisfacer derechos fundamentales, de las acciones de tutela para los intereses difusos, de nuevas formas de legitimación procesal, etc.)

En tercer y último lugar, el constitucionalismo tendrá que extender su paradigma garantista hacia sedes distintas de los poderes públicos, es decir, se tendrá que desarrollar un constitucionalismo de derecho privado que haga valer los derechos fundamentales no solamente en las relaciones entre autoridades y gobernados, sino también entre particulares (construyendo, en parte, los mecanismos que permiten hacer valer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

Constitucionalismo global, constitucionalismo para los derechos sociales y constitucionalismo de derecho privado, son los tres grandes horizontes pendientes de la ciencia del derecho constitucional a los cuales deberá en su momento acomodarse el concepto de Constitución.¹⁷²

¹⁷² “La constitución democrática del siglo XX...ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil. A partir de aquí comienza una nueva historia que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los

En la actualidad el Estado constitucional está creciendo verticalmente, de forma tal, que podemos en la actualidad ubicar a la Unión Europea, que en estos momentos está en proceso de aprobación su Constitución; la que en materia jurisdiccional y en materia de protección a los derechos humanos presenta múltiples novedades, porque se eleva a rango constitucional la declaración de Niza y se instauran los medios jurisdiccionales de protección; por otro lado, en Latinoamérica se vislumbra lo mismo, en donde la mayoría de los países latinoamericanos han ratificado la Convención de San Jose Costa Rica con la única finalidad de darle competencia a la Comisión y al Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, a efecto de que se les de una mejor protección; de esta manera, adquieren preeminencia los medios de control esencialmente de corte supranacional que pueden obligar a los estados nacionales. Con el objetivo de dar mayor protección a la Constitución y a los derechos humanos de los gobernados en México, las constituciones de cada una de las entidades federativas han regulado mecanismos de control y han creado nuevos organismos jurisdiccionales locales de control, los cuales han encontrado materialización en las salas constitucionales de Veracruz, Chihuahua, Tlaxcala, Estado de México entre otras. Esto es con relación a los medios de control jurídico, sin embargo, también se debe hacer realidad lo que ha expresado HABERLE,¹⁷³ que el ciudadano también sea guardián de la Constitución, en otras palabras, que los ciudadanos participen en el control del poder.

instrumentos institucionales necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales...el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales...y el principio de igualdad, que -en las constituciones democráticas- tiende a afirmarse más allá de la mera prohibición de la discriminación, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instrucción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la otra gran cuestión de la garantía y la realización de los derechos sociales.” Fioravanti, Maurizio, Traducido por Martínez Neira, Manuel, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 150.

¹⁷³ “En la democracia cívica pluralista, todos los ciudadanos son guardianes de la constitución. Lo que las antiguas teorías del Estado concedían solamente como privilegio y predicado a un presidente, o las más recientes, al Tribunal constitucional, ya no resulta ser, desde la perspectiva de la teoría constitucional de la actual etapa evolutiva, el monopolio de un sólo poder o persona, sino asunto de todos: todos los ciudadanos y grupos, que por ejemplo interponen recursos constitucionales, todos los órganos estatales, que están sujetos a la constitución, tienen que defender a la Constitución en el marco de sus competencias, y no sólo eso sino también continuar desarrollándola.” Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, Op. Cit., p. 286.

De este modo el control del poder, no solamente se encuentra encomendado en un Estado constitucional a los poderes constituidos; hoy tiene que hacerse realidad, el control del poder debe encomendarse a los actores de la sociedad, es lógico y es algo básico. El problema será el definir los límites; en que medida serán partícipes de los instrumentos de control; en que grado se considerará medio de control y en que medida participarán y ejercerán el poder político; debemos recordar lo que tantas veces nos ha hecho meditar y que ha sido señalado por el Dr. VALADÉS DIEGO, el Estado intangible y los nuevos centros de poder, hoy por hoy, ejercen verdaderas funciones de Estado, estos no deben escapar al control del poder.

8. El control del poder y el Estado democrático.

GARRORENA MORALES,¹⁷⁴ expresa que el Estado democrático se caracteriza por sostener y prever en su norma fundamental la incertación del principio democrático, informado de su propia identidad y, por lo tanto, del ordenamiento jurídico por el producido; hoy por hoy, constituye la columna vertebral de todo sistema constitucional, esto quiere decir que el poder pertenece al pueblo.

Dicho principio implica tres cosas:

El momento de la fundamentación del poder.

El de la participación en el poder y el de la organización.

Y el funcionamiento de los poderes públicos.

Sin embargo, el Dr. FIX-ZAMUDIO ha resaltado algunas de las características del Estado democrático, de entre las que se pueden destacar las siguientes: en este tipo de Estado y en concordancia con el momento de la fundación del poder, los gobiernos acceden por conducto de elecciones competitivas; en este

¹⁷⁴ Lucas Verdú, Pablo, *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp., 109-110.

sobresalen determinadas reglas de consenso; donde el poder político se encuentra distribuido;¹⁷⁵ con una sociedad plural¹⁷⁶ y en donde imperan las siguientes reglas en el juego democrático; la del consenso, la de competencia, la de la mayoría, la de la minoría, la del control, la de legalidad y la responsabilidad.

De conformidad con las reglas de la democracia, nos damos cuenta que nada puede realizarse sin el consenso de todos los ciudadanos ya que es su responsabilidad; pero siempre bajo la lupa de la ley, y en donde necesariamente se confronten todas y cada una de las opiniones a fin de que destaque el de la mayoría, la cual hará la ley; la preeminencia de la mayoría no implica la eliminación de la minoría, más bien su subsistencia y, a su vez el control por conducto de la crítica que formule, pudiendo presentar sus proyectos en donde se encuentra latente su finalidad, de llegar a ejercer gobierno.

Cual es la conexión entre el Estado democrático y el control del poder, se encuentra señalada en la regla de control como parte del juego democrático, la cual cobra importancia, cuando: “En la constante confrontación que existe entre mayoría y minoría, la democracia debe ser un poder controlado o, al menos, controlable”, es decir, que en la fundamentación, en la organización, en la participación, en el funcionamiento de los poderes públicos, y en donde participen las mayorías y minorías, deberán imperar los medios de control; LOEWENSTEIN ya lo señalaba, cuando nos hablaba del proceso de poder, en donde participan, el electorado, gobierno, Parlamento y tribunales, mismos que al ejercer sus funciones se controlen de forma recíproca; hoy resulta necesario que los

¹⁷⁵ “Consiste en un sistema de distribución del ejercicio del poder, el poder se distribuye entre varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales que participan en la formación de la propia voluntad general del estado cada específica forma de gobierno se basa en el grado o medida de autonomía e interdependencia por integración como en el parlamentarismo europeo o interdependencia por coordinación como en el presidencialismo americano.” Fix-Zamudio-Valencia Carmona, Op. Cit., p. 274.

¹⁷⁶ “Sociedad Plural: Es aquella en que existe una profunda creencia en el valor del diálogo y los ciudadanos participan no sólo respecto a la marcha concreta de los asuntos públicos, sino también en las decisiones más importantes para la conducción de un país o la organización de la sociedad.” Ibidem, p. 275.

instrumentos políticos, jurídicos y sociales, confluyan en el proceso político a fin de que el poder se origine y ejerza en un ámbito de legitimidad y legalidad.

9. El control del poder y parlamentarismo.

El sistema parlamentario es identificado en sentido amplio y en sentido restringido por GARRORENA MORALES;¹⁷⁷ el primer supuesto, se refiere a aquella forma de organización de la vida política que confía a un parlamento libremente elegido a través de elecciones democráticas la formación esencial de la voluntad estatal, (Forma de Estado) (Democracia parlamentaria o representativa) opuesta a autocracia; en tanto que el segundo, ha sido definido como aquella que equivale, al régimen parlamentario y se concibe como un modo de organizar o estructurar las relaciones de los poderes del Estado en tres: (Forma de gobierno) opuesta a presidencialismo; concluyendo que se debe entender por gobierno parlamentario, a aquella forma de organización institucional del poder del Estado que se basa en la separación flexible de poderes y, por tanto, en la colaboración entre estos, previendo además unos medios de acción recíproca destinados a restablecer dicha colaboración en los casos en que la misma quede interrumpida. En un mismo sentido se ha pronunciado FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA,¹⁷⁸ al expresar, que este se da cuando existe la colaboración de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo -ejecutivo dual-gabinete ministerial-parlamento-responsabilidad política. El sistema parlamentario presenta diversos tipos, que de conformidad con GIOVANNI SARTORI: “Hay tres variedades principales de sistemas parlamentarios: en un extremo está el sistema de primer ministro o de gabinete, de tipo inglés, en que el Ejecutivo forzosamente prevalece sobre el Parlamento; en el otro extremo está el tipo francés de gobierno por asamblea (tercera y cuarta Repúblicas) que casi impide gobernar; y a la mitad del camino entre ellos encontramos la fórmula de parlamentarismo controlado por los

¹⁷⁷ Aragón Reyes, Manuel, (Coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo I, Op. Cit., p. 186.

¹⁷⁸ Fix-Zamudio-Valencia Carmona, Op. Cit., p. 256.

partidos”,¹⁷⁹ derivado de lo anterior SERNA DE LA GARZA,¹⁸⁰ enumera de manera acertada las características del sistema parlamentario:

Los miembros del gobierno o gabinete son al mismo tiempo miembros del parlamento.

El gobierno-gabinete surge de una mayoría parlamentaria que puede estar constituida por un sólo partido o una coalición de partidos.

El gobierno o gabinete esta presidido por un primer ministro que tiene la calidad de “jefe de gobierno”.

El gobierno es responsable políticamente ante el parlamento y debe contar con su “confianza”; esta responsabilidad tiene su traducción institucional en el voto de censura que la mayoría parlamentaria puede acordar en contra del gobierno o la negativa a conceder el voto de confianza solicitado por el gobierno. En ambos casos, se entiende que el gabinete entero debe renunciar puesto que la responsabilidad es colectiva.

El gobierno puede y tiene el derecho de disolver el parlamento, en cuyo caso habrán de convocarse a elecciones para renovar el parlamento. El objetivo de la disolución es establecer un equilibrio de poderes: ante un voto de censura o la negativa a otorgar un voto de confianza el gabinete podrá disolver al parlamento, en cuyo caso el electorado será quien decida el conflicto.

El jefe de Estado (rey, reina o presidente) es distinto al jefe de gobierno (primer ministro). Generalmente desempeña un papel honorífico y protocolario (simbólico-actúa).

¹⁷⁹ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Tercera Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 116-117.

¹⁸⁰ Carbonell, Miguel, (Coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, Op. Cit., pp. 439-440.

El sistema parlamentario lo ha llevado a distinguirse del sistema presidencial; el primero como un sistema flexible; en tanto que el segundo, presenta lo contrario, es un sistema rígido, de tal manera, que a los teóricos de la ciencia política (de entre los que podemos ubicar a JUAN LINZ,¹⁸¹ MICHELANGELO BOVERO¹⁸²) y, porque no decirlo, de la ciencia constitucional los ha llevado a expresar que el sistema parlamentario es el sistema más bondadoso y, por el cual, deben inclinarse aquellos estados que quieran darse una nueva Constitución; empero, el problema, radica en la forma de cómo controlar el poder; evitando incurrir en bloqueos o, los diseños que se inserten no causen la dislocación del sistema; por lo tanto, creemos que la teoría constitucional debe acudir a la teoría del control a fin de diseñar los medios de control jurídicos y políticos adecuados con la intención de flexibilizar el sistema presidencial y dar celeridad a las políticas y programas gubernamentales; hoy más que nunca podemos identificar dicha problemática en los diversos sistemas, incluso en los que se considera que son bastante democráticos existe una oposición al gobierno, ubicandolo como enemigo, no como un órgano más del poder con el cual deben cooperar, mostrandose los opositores renuentes a hacerlo.

No es verdad que los sistemas parlamentarios sean mejores que los presidenciales, como así lo ha querido mostrar SARTORI GIOVANNI;¹⁸³ para

¹⁸¹ “Con la excepción destacada de Estados Unidos, la mayoría de las democracias estables de Europa y la Commonwealth han sido regimenes parlamentarios, y unos cuantos semipresidencialistas y semiparlamentarios, mientras que la mayoría de los países con constituciones presidenciales han sido democracias inestables o regimenes autoritarios,...En el análisis de la crisis y quiebra de la democracia de esos países muchos de los factores que se han considerado centrales han sido factores sociales, económicos, culturales y políticos, y prácticamente no se menciona el papel que los factores institucionales hayan podido tener en esas crisis.” Linz, Juan-Valenzuela, Arturo, Op. Cit., p. 28.

¹⁸² “En sustancia: la posibilidad de que el presidencialismo sea la forma de un retomen autoritario y antidemocrático existe, no es para nada una eventualidad abstracta, de hecho ya se verificó históricamente. Basta mirar a América Latina ¿Qué cosa impide que ello tenga lugar nuevamente, tal vez por vías inéditas, en la civil (pero extraña) Italia, a la que desde hace algún tiempo algunas Casandras le pronostican un destino sudamericano?” Bovero, Michelangelo, (Traducción del italiano de Lorenzo Cordova Vianello) *Una gramática de la democracia, contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002, p. 163.

¹⁸³ “¿Quiere esto decir que, si se va a descartar el presidencialismo, la buena alternativa es el parlamentarismo? no, de lo primero no se deduce lo segundo. Para empezar, hasta ahora sólo

aquellos que denostan al sistema presidencial y por el que la mayor parte de los diferentes países latinoamericanos se rigen, así; como para quienes nos miran como si nuestro sistema político-jurídico no tuviera solución, de tal modo, que pugnan por su desaparición o, por su no insertación de la figura en aquellos países en que puede ser tomada en cuenta por el constituyente y, aunque no negamos que algunos países hayan incurrido en graves violaciones, además de que es inegable que el sistema necesita de ajustes y, para los que se pregunten ¿Qué impide que quien retoma el sistema presidencial no incurra en un presidencialismo?, nosotros les contestamos, que lo son los controles políticos, jurídicos y sociales.

En esta medida, siempre se debe proceder con cautela, planteándonos que queremos cambiar y como lo vamos a realizar; en este sentido, con relación a la aplicación de los instrumentos de control ¿Qué queremos cambiar?, ¿Qué medio de control podemos insertar y de que naturaleza político, jurídico o social?, e incluso, ¿Cuales van a ser los resultados?, pudiendo evaluar las ventajas y desventajas.

10. El control del poder y presidencialismo.

El presidencialismo, es una forma de gobierno basada en un titular del Ejecutivo monocefalo y hegemónico a quien no se le puede exigir ningún tipo de responsabilidad durante su mandato y, a su vez tampoco puede exigir responsabilidad a los legisladores; quien detenta un cargo por periodos fijos y es electo por voto directo; se trata de un sistema político como el de Estados Unidos o el de México. SARTORI,¹⁸⁴ ha sostenido dos criterios básicos a fin de saber cuando estamos ante un sistema presidencial; el primero, lo es la elección poluta directa o casi directa del jefe de Estado por un tiempo determinado y; la segunda,

hemos establecido que el presidencialismo puro es malo; no hemos establecido en absoluto que su progenie mixta, el semipresidencialismo, sea igual de malo. En segundo lugar, hasta el momento sabemos lo que estamos descartando, pero no, lo que aceptamos.” Linz, Juan-Valenzuela, Arturo, Op. Cit., p. 170.

¹⁸⁴ Sartori, Giovanni, Op. Cit., pp. 97-98.

es que el gobierno o el Ejecutivo, no son designados, ni desbancados por el voto parlamentario. En este sentido y en relación con los sistemas presidenciales, podemos afirmar que existe; un poder desmesurado contenido en el Ejecutivo federal; medios de control un tanto disminuidos por la preeminencia del Ejecutivo que puedan emanar del Legislativo; en la actualidad, han demostrado ser sistemas rígidos en el momento en que cambian las mayorías partidistas en los órganos de poder (Ejecutivo y Legislativo); esto no implica que el presidencialismo sea considerado un sistema poco eficaz, como varios tratadistas ya lo han denostado; confiamos plenamente en el sistema presidencial mexicano, en que este puede llegar a representar un buen sistema si se insertan los controles adecuados, que tiendan a dar efectividad a los programas y políticas gubernamentales; que lleven a los opositores a consensos acelerados y fructíferos pero no poco estudiados e irreflexivos, en donde los opositores dejen de ser enemigos del gobierno y que encarnen su verdadero papel de controladores; si no es de esta manera, el presidencialismo seguirá trayendo graves consecuencias que suelen materializarse en bloqueo entre poderes en un extremo, y en donde lo que parece un control, viene a constituir la degeneración del control mismo.

11. El control del poder y semipresidencialismo.

El primero en utilizar la palabra semipresidencialismo como los demuestran los tratadistas RODRIGUEZ, DE PRAT Y MARTINEZ Y MARTINEZ, lo fue Mauricio Duverger, quien motivado por las reformas que se llevaron a cabo al sistema francés en 1962, lo cual, llevo a este último a delinear las condiciones necesarias para poder hablar de un sistema presidencialista, los cuales vienen a ser citadas por dichos autores y consisten en: “i) un presidente de la República elegido mediante sufragio universal y directo, dotado de notables poderes y ii) un primer ministro y gobiernos responsables ante el Parlamento”;¹⁸⁵ sin embargo, los tratadistas señalan las condiciones suficientes, debido a que ante la existencia de una sola no es posible hablar del modelo, pero también ante la inexistencia de una

¹⁸⁵ Aguilera de Prat-Martínez y Martínez-Rodríguez, *Sistemas de gobierno, partidos y territorio*, Colección de Ciencias Sociales, Madrid, Tecnos, 2000, p. 107.

condición tampoco; de tal manera que consideran seis condiciones imprescindibles para poder hablar del semipresidencialismo, las cuales son:

- “1.- Existencia de un poder ejecutivo dual.
- 2.- Elección del presidente de la República mediante sufragio universal directo utilizando el sistema electoral de majority runoff.
- 3.- Amplios poderes constitucionales del presidente de la República.
- 4.- El presidente nombra al primer ministro y preside los consejos de ministros.
- 5.- El gobierno es responsable ante el Parlamento.
- 6.- El presidente tiene capacidad de disolución parlamentaria”.¹⁸⁶

De la primera característica se desprende que el Poder Ejecutivo radica en dos órganos constituidos el jefe de gobierno y jefe de Estado, lo cual le va a permitir al presidente, evitar los agravios directos y las imputaciones de los malos manejos de la administración pública recayendo en el primer ministro; la segunda característica es que el presidente de la República al tener legitimidad del electorado, se producirá con ésta una consecuencia consistente en que se potencialice a la figura del jefe de Estado; asimismo una característica básica es que por lo regular se prevén las dos vueltas; con relación a las facultades goza de competencias propias de un jefe de Estado en un sistema parlamentario, pero también, de competencias que le son propias al titular del Ejecutivo en un sistema presidencial, asimismo se caracteriza porque tiene la facultad el jefe de Estado de nombrar al primer ministro y al Consejo de Ministros, existe algo particular con relación al Ejecutivo y al Parlamento, en este caso, el gobierno puede ser responsable ante el Parlamento, pero este a su vez no es quien exige responsabilidad al Parlamento, porque quien puede disolver al Parlamento es el jefe de Estado, aun cuando el jefe de Estado detenta de manera permanente y estable el empeño de su encargo, por lo que resulta de utilidad destacar lo que RODRIGUEZ, DE PRAT Y MARTINEZ Y MARTINEZ, han comentado en relación con los controles: “Tal y como ya he advertido una de las diferencias cruciales del

¹⁸⁶ Ibidem, p. 108.

parlamentarismo y el presidencialismo es que en el primero los poderes Ejecutivo y Legislativo poseen mecanismos recíprocos de control. Instrumentos que les permiten a ambos destituir a la otra institución. El semipresidencialismo, que, como he advertido, posee connotaciones parlamentaristas, adopta de este modelo los controles recíprocos. Razón por la que el Parlamento puede censurar a un gobierno al que, en principio no ha nombrado. Pero en cambio a este no se le otorga la posibilidad de disolver a aquel, contrapartida que prevén los sistemas parlamentarios. Sin embargo, la medida existe en los sistemas de gobierno semipresidenciales y es una competencia que reside en el poder Ejecutivo".¹⁸⁷

Ante la materialización de un Ejecutivo bicefalo, se cambia el control que ejerce el gobierno por el que detenta el jefe de Estado; un jefe de Estado que puede disolver al Parlamento pero que no es responsable a su vez, y un Parlamento que no puede ser disuelto por el gobierno y que si puede censurar al mismo.

Parece ser que el sistema semipresidencialista es más bondadoso que el presidencialista mismo; los elementos que influyen mucho, lo son, los medios de control que se inserten, en este caso, parece ser que son de carácter político, los que se insertan, e indirectamente el sistema presidencial de división rígida se convierte en un sistema con un Ejecutivo atenuado, pero que no deja de tener estabilidad por un lado, aun cuando se le pueda exigir responsabilidad al jefe de gobierno; esto, nos lleva a reafirmar que en sí, la teoría del control, es imprescindible en su estudio a efectos de que se diseñen los instrumentos adecuados y se le otorgue celeridad a la rigidez de los sistemas presidenciales, pero sin que dejen de tener estabilidad, ni dejen de ser robustos.

12. El control del poder y semiparlamentarismo.

¹⁸⁷ Ibidem, pp. 116-117.

Para aludir al sistema semiparlamentario, es preciso señalar, que este: “Estriba en que la población elige directamente al Parlamento y al primer ministro y en que ambos están obligadamente vinculados ya que la caída del primer ministro implica la disolución automática de la asamblea, y viceversa”.¹⁸⁸ Las diferencias se han buscado en función del sistema de Israel único que cumple con las características: “El primer ministro determina sus ministros formando con todos ellos el gobierno; pero ese gobierno necesita el respaldo de la cámara. Por último, entre Parlamento y gobierno existen mecanismos recíprocos de control que en casi todos los supuestos implica la celebración de nuevas elecciones a ambas instituciones. No obstante, el Parlamento tiene preeminencia en este juego de controles puesto que, en algunas circunstancias, puede destituir al primer ministro sin que ello implique su disolución”,¹⁸⁹ la doctrina parece coincidir con los hasta aquí planteado, en donde DE CABO citando a Duverger señala que: “A aquellos sistemas parlamentarios en los que los electores votan por separado a los diputados y al primer ministro que, una vez elegidos, deben permanecer unidos durante toda la legislatura, con la obligación de presentarse a nuevas elecciones en caso de desacuerdo manifestado mediante la moción de censura, la dimisión forzada del jefe de gobierno o la disolución de la Asamblea Nacional”.¹⁹⁰

Después de analizadas las hipótesis en que se convocan a elecciones a los dos poderes¹⁹¹ o simplemente cuando se tiene que someter a estas el primer ministro,¹⁹² se presenta la problemática de la denominación de

¹⁸⁸ Ibidem, p. 165.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 169.

¹⁹⁰ Lucas Verdú, Pablo, (coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Op. Cit., p. 386.

¹⁹¹ “Hay cinco posibles situaciones en las que se produce una convocatoria de elecciones a los dos poderes:

La disolución del Parlamento decidida por el primer ministro.

Voto en el parlamento de una moción de censura por mayoría absoluta.

La autodisolución parlamentaria.

La no aprobación de los presupuestos del Estado.

El rechazo del Parlamento a aceptar la composición de gobierno propuesta por el ministro.” Aguilera de Prat-Martínez y Martínez-Rodríguez, Op. Cit., p. 169.

¹⁹² “Pero también hay situaciones en las que únicamente se convocan a elecciones a primer ministro:

El Parlamento aprueba la moción de censura del primer ministro con una mayoría de dos tercios.

semiparlamentarismo, la cual no resulta lógica, ni mucho menos la propuesta que hacen SHUGART Y CAREY, inclinándose por una última opción la de parlamentarismo presidencializado, ya que, viene a definir el sistema analizado, el de Israel, la cual los coloca ante tres hipótesis: 1) el parlamentarismo débilmente presidencializado, 2) parlamentarismo presidencializado, 3) parlamentarismo fuertemente presidencializado.

Es bien sabido y, así lo ha sostenido ARAGON REYES, que los sistemas europeos tienden a presidencializar los sistemas parlamentarios, en tanto que los latinoamericanos a parlamentarizar los sistemas presidenciales; lo que es una realidad innegable es que estas transformaciones se están dando en uno y otro continente, sin dejar de nombrar los sistemas asiáticos y africanos; pero lo importante es que, en el sistema parlamentario comúnmente se reforza al primer ministro designándolo por voto directo; se le otorgan instrumentos de control que puede ejercer en contra del Parlamento; en el caso particular de Israel, se reforzó al primer ministro a través del voto directo el cual le viene a dar legitimidad y, es quien detenta el medio de control político consistente en poder disolver al Parlamento.

Debemos tomar en cuenta el medio de control político, porque trae consecuencias para ambos, para el gobierno y el Parlamento, debido a que los dos tienen que someterse a nuevas elecciones; es una forma peculiar y la más significativa de medios de control político.

Transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días el primer ministro no logra presentar al Parlamento una propuesta de composición de gobierno.
Dimisión voluntaria del primer ministro.
El primer ministro es condenado por el Tribunal Federal.
El primer ministro es declarado incapaz permanente.
Muerte del primer ministro." Ibidem, p. 170.

Conclusiones

El control del poder guarda conexión con las figuras e instituciones del sistema político y constitucional, de tal manera, que se ve involucrado. Resulta necesario un estudio de tal naturaleza a fin de establecer su vínculo con aquellas cuyo conocimiento es imprescindible, y soslayarlo, acarrearía consecuencias fatales para el científico en la aplicación de los mismos, como la errónea percepción de los controles.

Es así, como el control del poder, es propio de doctrinas, ideologías, principios, valores etc. que se han forjado a partir de la historia y que han sido baluartes y pilares fundamentales en la construcción de la teoría del control, de esta manera, la interconexión conjunta hace posible y exigible un estudio en el presente y futuro.

El estudio y análisis de la interrelación del control del poder con figuras e instituciones históricas, como: el constitucionalismo, el equilibrio de poderes, la soberanía, los sistemas de gobierno, las formas de Estado; con instituciones del presente como: el bloque de la constitucionalidad, la Constitución abierta, la inconstitucionalidad por omisión, el derecho procesal constitucional; con instituciones que miran hacia el futuro, se muestran básicos, porque de esta forma se logrará tener un conocimiento claro sobre el tema y, aun cuando no es exhaustivo, logra cumplir con el parámetro mínimo de conocimiento, siempre buscando la estrechez entre el control del poder con las disimulas instituciones y figuras, cuyo desconocimiento harían inaplicable la teoría del control.

La apreciación científica de cada uno de los términos técnicos, a efectos de establecer con claridad los diversos conceptos propios de la teoría del control, vgr; límite, control y garantía, control político, jurídico y social, poder político y social, exceso y desvío de poder, entre otros; es importante, ya que de esta manera, los estudiosos y no estudiosos en la materia, evitarán tergiversar los términos jurídicos-políticos que sólo llevan a confusiones y complejidades en la resolución de asuntos de gran importancia teórica y práctica.

CAPITULO III LOS TEÓRICOS Y EL CONTROL DEL PODER

SUMARIO: CAPÍTULO III LOS TEÓRICOS Y EL CONTROL DEL PODER. A Heródoto. B Aristóteles. C Pitágoras. D Platón. E Cicerón. F Montesquieu. (Teoría de la división de poderes). G Constant Benjamin. H Sieyes Emanuel. I Locke John. J Loewenstein Karl. (Los controles verticales y horizontales). K Aragon Reyes Manuel. (Los controles, políticos, jurídicos y sociales). L Valadés Diego. (Los controles políticos). M Quiroga Lavie Humberto. (La teoría de sistemas aplicada al control del poder).

A Heródoto

HERÓDOTO considerado el padre de la historia, nos relata que una de las discusiones del pueblo de Persia o de los persas que se produjo en su interior, fue sobre cual sería la mejor forma de gobierno, una vez que hubo de reinar Cambices y los dos magos usurpadores, (medos); para esto, se reunieron con la finalidad de deliberar y asimismo disertar con respecto al mejor orden que convenía al pueblo persa, los encargados, fueron los que participaron en la caída de los usurpadores, el primero que se pronunció fue Otanes: A favor de la democracia "*la isonomia*", la igualdad de la ley, el gobierno del pueblo, ya que un solo hombre no es propicio, quien tiene la potestad para llevar a cabo lo que más le parezca, sin que se le pueda exigir ninguna responsabilidad, es una persona que no vive bajo el imperio de la ley, sino que las vulnera, (se estaba refiriendo a las leyes de los patres), desprecia a los hombres con virtud y satisface a los hombres más bajos. En palabras más precisas, abogaba y se inclinaba porque el poder perteneciera al pueblo, y no un poder que residiese en una sola persona, el monarca.

Megabizo: Asintiendo en que el poder no podría seguir residiendo en una sola persona, aunque por el contrario, el poder no podría delegarse al pueblo, ya que, este último es una masa amorfa, sin identidad y sin saber razonar y, por ende

actuar, ante tal situación no se podría caer en la insolencia del pueblo, pues el tirano al menos sabe lo que hace y el pueblo ni siquiera eso sabe (el desenfreno del pueblo). Se pronunciaba a favor en que debería recaer el poder en unos cuantos, siendo estos últimos los más capaces, ya que, los mejores hombres tendrían la oportunidad de aportar los mejores juicios para la construcción del gobierno.

Dario: Se inclina a favor de la monarquía, porque un hombre que detenta el poder, es excelente, por un lado velaría por su pueblo y, por el otro, ocultaría las decisiones que tomara en contra de sus adversarios. En la oligarquía varios hombres compiten, pues todos ponen su talento y mérito al servicio de la comunidad donde cada quien quiere que impere su opinión, generando odios y bandos que terminan en asesinatos y este lleve a la monarquía. En igual sentido, cuando el pueblo tiene poder, surge la maldad entre la comunidad, generando fuertes amistades, pues estos llevan como finalidad causar daño a la comunidad, pues son cómplices entre sí. Esto sucede, hasta que un hombre se ubica en la dirigencia del pueblo y pone fin a estos; lo que culmina en la monarquía.

Por lo tanto, quien da la libertad es el monarca, así las cosas, se pronuncia a favor de la monarquía, ya que los dos, la oligarquía y la democracia conllevan al fin y al cabo a la monarquía.

Sin duda alguna, de los escritos que poseemos, ésta es una clara referencia de que nuestros ancestros ya disertaban sobre la forma de como controlar el poder, es decir, el cómo evitar los abusos de una sola persona o de varios en contra de los gobernados y, de que forma, se les podía hacer responsables o fincarles alguna responsabilidad por su conducta.

Por lo que respecta a la limitación, nos vamos dando cuenta que por un lado lo querían materializar a través de alguna forma de gobierno y, por otro lado, cuando los persas se refieren a las leyes de los padres, en particular se refieren a

las leyes divinas o religiosas; porque en principio, ellos no poseían leyes normativas, escritas, alejadas de la religión, al contrario sus leyes eran de esencia religiosa, de ahí procedió, sino la primera, una de las primeras formas de limitación del poder, tal vez no tanto objetivo, sino subjetiva, esta ley divina tenía como finalidad apelar a la conciencia del sujeto ejercitador del poder.

B Aristóteles.

ARISTÓTELES diserta sobre la mejor forma de gobierno y sus elementos, y sobre la Constitución y los principios que la harían viable y duradera,¹ son cuestiones que debe conocer el legislador y el hombre de Estado como uno de sus primeros deberes y, a su vez este último, debe ser capaz de mejorar un gobierno ya constituido.

Señala lo que es una Constitución² y su objeto,³ así como su clasificación en función de la flexibilidad y concentración del poder,⁴ destacando, las hipótesis de cuando verdaderamente es posible hablar de Constitución.

¹ “Y así, cual es en si y en absoluto el mejor gobierno, y cual es el mejor relativamente a los elementos que han de constituirle; e aquí lo que deben saber el legislador y el verdadero hombre de estado. Puede añadirse que deben, también, ser capaces de emitir un juicio sobre una constitución que hipotéticamente se someta a su examen, y designas, en virtud de los datos que se le suministren los principios que la harían viable desde su origen y asegurarían una vez establecida, la mas larga duración posible. Aquí supongo, como se ve, un gobierno que no hubiese recibido una organización perfecta, aunque sin carecer completamente, por otra parte, de los elementos indispensables, que no hubiese sacado todo el partido posible de sus recursos y que tuviesen aun mucho que perfeccionar. Por lo demás si el primer deber del hombre de estado consiste en conocer la constitución que, pasando generalmente como la mejor...el hombre de estado...debe ser capaz de mejorar la organización de un gobierno ya constituido...porque las leyes deben ser hechas para las constituciones, y no las constituciones para las leyes.” Aristóteles, *Política*, Traducción a cargo de Patricio de Azcarate, Vigésima edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1997, pp. 216-217.

² “La constitución no es otra cosa que la repartición regular del poder, que se divide siempre entre los asociados, sea en razón de su importancia particular sea en virtud de dicho principio de igualdad; es decir, que se puede dar una parte a los ricos y otra a los pobres, o dar a todos derechos comunes, de manera que las constituciones sean necesariemnte tan numerosas como lo son las combinaciones posibles entre las partes, todo en razon de su superioridad respectiva y de sus diferencias”. Ibidem, p. 220.

³ “La constitución del Estado tiene por objeto la organización de las magistraturas, la distribución de los poderes, las atribuciones de la soberanía, en una palabra, la determinación del fin especial de cada asociación política. Las leyes por el contrario, distintas de los principios esenciales

ARISTÓTELES expresa que en todo Estado se encuentran las tres partes conjuntamente con sus intereses y, la tarea del legislador es ordenarlos, con la finalidad de organizar al Estado adecuadamente y, la única diferencia que pueden tener, es con relación a la ordenación que tengan cada uno de los tres elementos en los diversos estados.

Distingue los tres elementos.

Asamblea general.

El cuerpo de magistrados.

El cuerpo judicial.

La Asamblea general en quien reside la soberanía y se ocupa de los asuntos o negocios públicos, no obstante, por regla general, las funciones que dan derecho a deliberar, decidir y ordenar en ciertos casos, vienen a configurar las reales y únicas magistraturas, es decir, que estas competen al cuerpo de magistrados; en un mismo sentido, el Poder Judicial se puede diferenciar por tres puntos, sus tribunales, por su personal, atribuciones y modo de formación, destacando ocho tipos de tribunales, pudiendo acceder todos o sólo unos cuantos, ya sea por suerte o elección, y compete a los tribunales de cuentas y gastos públicos de los daños

característicos de la constitución, son la regla a que ha de atenerse el magistrado en el ejercicio del poder y en la represión de los delitos que se cometan atentando a estas leyes.” Ibidem, p. 217.

⁴ “Y son oligarcas si el poder esta concentrado y es más despótico; democráticos, si los resortes de aquel aparecen más quebrantados y son más suaves...Ciertamente, es más exacto decir que hay democracia ahí donde la soberanía reside en todos los hombres libres, y la oligarquía, donde pertenece exclusivamente a los ricos...La igualdad es la que caracteriza la primera especie de democracia y la igualdad fundada por la ley... Después de ella viene otra, en la que las funciones publicas se obtienen con arreglo a una renta...una tercera, pero la ley reina soberanamente...En otra basta para ser magistrado, ser ciudadano con cualquier titulo, dejándose aun la soberanía de la ley...Una quinta... la decisión popular lo resuelve todo...En efecto, en las democracias en que la ley gobierna, no hay demagogos, sino que corre a cargo de los ciudadanos mas respetados la dirección de los negocios...Los demagogos, para sustituir la soberanía de las derechos populares a la de las leyes, someten todos los negocios al pueblo. ...pues sólo hay constitución ahí donde existe la soberanía de las leyes. Si la democracia es una de las dos especies principales de gobierno, el Estado en donde todo se resuelve de plano mediante decretos populares no es, a decir verdad una democracia, puesto que tales decretos no pueden nunca dictar resoluciones de carácter general legislativo.” Ibidem, pp. 220-221, 225-226 y 227.

causados al Estado, conoce de los atentados contra la Constitución, de indemnización de particulares como de magistrados, de causas civiles, de homicidio, de extranjeros y menor cuantía.

La teoría de los tres poderes en cada especie de gobierno es sustentada por ARISTÓTELES, quien considera en particular que el poder que es ejercido por los tres elementos; para la marcha y organización del Estado, deberán ordenarse, sea cual sea este y, la tarea del legislador debe ser la de darles una organización como hombre de Estado.

Por otro lado, es quien destaca la división del poder, en donde cada quien desempeñe sus funciones que le han sido encomendadas, funciones que le corresponden al legislador ordenar, para un buen funcionamiento del gobierno.

Medios de Conservación:

No derogar la ley.

No atentar contra ella.

Desempeño temporal y breve de funciones.

No surga superioridad desproporcionada.

Impedir que los cargos públicos enriquezcan a quienes los ocupan.

Juramento no hacer daño nunca al pueblo.

C Pitágoras.

PITÁGORAS, quien residió en Crotona, colonia Aquea que a su vez tenía una Constitución meramente aristocrática; no contento con el Consejo de los mil (el Poder Legislativo) y un tanto desgastado con las asambleas populares. Por un lado se tenía a la oligarquía y, en contrasentido a la demagogia. No conforme con el funcionamiento de la forma de gobierno, ya que, pugnaba porque el gobierno fuera un orden, una armonía y, lo que existía era el caos y, por gozar en aquel

entonces de gran influencia política, propuso que se le adicionara un poder científico y que estuviera sobre el poder político, teniendo como principales funciones las de consulta, las de deliberación sobre cuestiones de trascendental importancia para el Estado y, como principal encargo el ser el poder regulador del Estado, es decir, que tuviera la oportunidad de intervenir en el conflicto entre los órganos mismos y estos con los gobernados, participando como moderador de todos los poderes. Realizó su empresa, cuando sobre el poder de los mil organizó el Consejo de los trescientos, elegidos todos del primer órgano, pero eran hombres que pertenecían a la orden pitagórica, eran los iniciados, pues debemos recordar que PITÁGORAS fue uno de los iniciados de Egipto y que por tanto su poder científico quería que fuera en parte como el sacerdocio egipcio, por lo que, pudo llevar a cabo el sueño de reconciliar, por un lado, el principio electivo democrático, con un poder constituido por la inteligencia y la virtud.

D Platón.

PLATÓN hace alusión a la necesidad en su "*ciudad justa*" de los guardianes, a quienes se les deberá dar una importancia en su cometido, dichas personas solamente se adecuarán a ello, correspondiéndoles decidir que personas van a ser las más aptas de acuerdo a determinadas cualidades que les impidan entrar en conflicto unos con otros y con los ciudadanos, pero a su vez, que estas no impidan que sean afables con sus gobernados y que sean hostiles a los enemigos, en otro sentido, no habría que esperar a que otros los destruyan, porque ellos mismos bastarían para este objeto. El buen guardián deberá ser hombre filósofo, fogoso, que pueda tomar decisiones y, fuerte por naturaleza, a quien se le adecuará en la gimnasia para formar su cuerpo y en la música para forjar su alma; se evitará contarle que los dioses se odian con la finalidad de evitarlo en ellos, ya que es vergonzoso; habrá de evitar cosas que les haga temer a la muerte, para no hacer que se vuelvan menos apasionados y ardorosos; deberán de llevar a cabo una sola ocupación, sólo aquella que los oriente a ser guardianes, por lo que, desde niños deberán de contar con el valor, la sensatez, la

piedad, la libertad y, otras cualidades propias de hombres superiores; se evitarán los poetas que ofrezcan la maldad, la grosería, evitando que se introduzca en el guardián el mal en su alma; deben renunciar a la embriaguez, pues con ésta, nunca sabrán en donde están y sería contrario a él, que un guardián necesitase de otro guardián.

En el supuesto de que sólo se practique la gimnasia y, no tenga mayor encuentro con la música o no se identifique, lo único que se tendrá será una bestia que conseguirá todo a través de la fuerza irracional, en cambio, quien las combine será el músico más perfecto, siendo los más aptos para la custodia de la ciudad; teniendo como objeto de preocupación lo que mas aman, que es aquello que coincide con los intereses de uno, por lo que, el guardián a escoger será el que se haya preocupado por los asuntos de la ciudad y que nunca haya tenido la intención de perjudicarla.

La elección se probará a través de la capacidad de memoria y la destreza en el trabajo, dolor y combate; se les hará conocer el temor y el placer para probar su prudencia en si mismos y, en el caso de que venzan se les proclamará guardias.

PLATÓN se plantea, el cómo hacerle creer la mentira beneficiosa, por lo que la solución la encuentra en un mito en donde los niños nacerían de oro, de plata, bronce y hierro, los primeros destinados al gobierno, los segundos auxiliares y los terceros labradores y artesanos, a los de oro se les procuraría educarlos para ser guardianes y, la ciudad sería destruida si gobierna un guardián de hierro o bronce.

Ya que, sería ilógico que los perros encargados de cuidar a los rebaños, por sus vicios se conviertan en lobos de los mismos.

A los auxiliares se les brindara educación y, serán buenos protectores y no rudos déspotas.

Las limitaciones que tendrán y, en si, es la mas importante, sería que no podrían tener propiedad, de esta manera, se salvaría a si mismo y, a la ciudad, en caso contrario, se convertiría en enemigo de los gobernados, en lugar de protectores. Esto llevaría a la ciudad al declive, a la decadencia, al exterminio.

Se presenta la cuestión de que se hará para que fueran felices los guardianes, por lo que replica lo siguiente, que la ciudad no se fundó para la felicidad de un sólo sector, sino para que lo sean todos sin diferencias.

Argumentando adicionalmente a través de un ejemplo de la estatua, en donde expresa, que a cada parte no se le puede dar un tinte con los mejores colores, en donde a cada parte, se le da el que le corresponde, y conjuntamente forman un todo; es decir, nadie puede ser y atribuirse cosas que no le son propias, en caso contrario, si pasara en los guardianes de la ciudad y las leyes, traería como consecuencia la ruina de la ciudad, ellos son los únicos que pueden llevarla a la felicidad.

Se plantea la pregunta; si existe alguna ciencia que posean los ciudadanos a través de la cual se resuelva en general interna y externamente, PLATÓN contesta que si, es aquella que tiene por objeto la vigilancia de la ciudad y encuentra por sujetos a los guardianes.

Al principio PLATÓN, con Glaucon y Adimanto, inician hablando de la justicia, el primero, expresa que es la posesión, la práctica de lo que a cada uno le compete, es decir, que cada quien haga lo que le corresponde.

PLATÓN, como recordaremos, se plantea junto con Glaucon y Adimanto si existia la justicia, a lo cual les replica, que para saber que era la justicia tenía que

analizar el todo y posteriormente a una parte, por lo que inició con la ciudad justa alegando lo siguiente: “La justicia parece que es algo, de esta clase, pero no en lo que concierne a la acción externa del hombre, sino respecto a su acción interna; es ello lo que no permite que ninguna de las partes del alma haga lo que no le compete ni que se entrometa en casos propios de otros linajes“.⁵

El control del poder se realizará por conducto de los guardianes quienes ocuparían tan digno cargo, su principal tarea sería la de ser los protectores de los gobernados, tanto interna como externamente, protectores que deberían de reunir determinadas cualidades con la finalidad de que el defensor de los ciudadanos, a su vez, no pudiese convertirse en enemigo de estos últimos, pues no podría ser lógico y razonable que el guardián necesitase de otro guardián, sino como parte de un todo, tendría que desempeñar su papel íntegramente, para la felicidad de la ciudad o, para que la fuerza y potestad que se le hubiere atribuido, nunca se desvíe ni exceda por parte de sus ejercitadores y, por otro lado, tenían la facultad de evitar que se diera algún exceso o desvío de poder.

E Cicerón.

MARCO TULLIO CICERÓN, en su tratado de la República y en palabras de sus personajes principales (Escipion) trato sobre el equilibrio y el control del poder, tal vez no de forma directa, sino de forma indirecta. Una vez que hubo disertado sobre cual forma de gobierno era la mejor, expresó que para él ninguna, pero, en el caso de que se le insistiera en optar por alguna, se inclinaría por la monarquía, como lo expresa en el párrafo siguiente: “Mas si hubiera de elegir una de ellas elegiría y alabaría la real. Parece que el titulo de rey tiene algo de paternal expresando que vela por sus súbditos como sobre hijos que protege a su pueblo con amor, antes que reduciéndolos a la esclavitud de lo que resulta que los

⁵ Platón, *Diálogos*, Quinta Edición, Porrúa, 1967, p. 187.

pequeños y débiles ganan en que lo sostenga y guié la vigilancia de este hombre tan bueno y poderoso”.⁶

Consideraba que la forma en como se puede constituir un pueblo, sería reuniendo las tres, es decir, la monarquía, la aristocracia y democracia, para eso, reuniría lo mejor de cada una y uniría en justa proporción los tres poderes, porque se mantendría en principio la igualdad inherente de un pueblo libre, se tendría estabilidad a diferencia de las tres formas de gobierno solas, porque estaría exenta de revoluciones, pues cada quien ocupará el lugar que le compete.

Al respecto expresaba lo siguiente: “Esto me hace considerar como la mejor forma de gobierno aquella que se establece con la reunión de los tres poderes que antes mencionamos, moderándose y templándose recíprocamente”.⁷

MARCO TULIO CICERON trata de explicar la mejor forma de gobierno, argumentando que es aquella donde tiene participación en el poder, el monarca, las personas virtuosas y el pueblo, ya que en principio tendrían la capacidad de autocontrolarse y, en el caso de que fuese así, controlarse unos entre otros, en pocas palabras, el poder controlaría al poder y, en consecuencia se tendría libertad y estabilidad en beneficio de los gobernados.

F Montesquieu (Teoría de la división de poderes).

MONTESQUIEU, inicia tratando de distinguir las leyes que forman la libertad política, que se relacionan con la Constitución; entendiendo por libertad aquella en donde la persona pueda hacer lo que quiera y, en donde no se le pueda obligar a realizar lo que ella no quiera, siempre y cuando se subordine al Derecho, es decir, hacer lo que quiera en el sentido de que una ley lo permita, pues ella (la libertad política) no se encuentra en un gobierno no moderado, sino

⁶ Cicerón, Marco, T., *Tratado de la república*, Versión al castellano por Francisco Navarro y Calvo y Juan Bautista Calvo, México, Editorial Porrúa, S. A., 1973, p. 24.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

en los moderados, pero no es absoluta esta expresión porque no se puede encontrar siempre, más bien el parámetro a seguir y que nos guiará para discernir cuando nos encontramos ante un gobierno moderado y por ende con libertad política, será el de que estos no realizarán conductas o ejecutaran actos que tuvieran como finalidad el abuso del poder. Admitiendo que el ser humano por experiencia eterna, tiende a abusar del poder y, en consonancia, expresa que no existe un poder que no incite a un ser humano a excederse, a hacer mal uso del mismo.

Con la finalidad de que nadie tienda a abusar del poder, es necesario ponerle límites, en donde el límite más importante al exceso de poder lo puede ser la Constitución que sustente una omisión en beneficio del gobernado cuando ésta no ordena actuar expresamente y, a actuar cuando ésta expresamente impide la inacción.

Nos habla de que cada Estado tiene un objeto general, el de conservarse que es inherente a todos, pero correlativamente a este subsiste otro, el objeto propio que es diferente en cada Estado, pero el más importante, es aquel donde el objeto propio lo es la libertad política del Código constitucional. Por lo cual, inicia analizando los principios.

Hace alusión a que en cada Estado podemos ubicar tres poderes, el Poder Legislativo, que es la facultad de hacer y derogar leyes permanentes o temporales; el poder Ejecutivo en los casos relativos al ius gentium (o Poder Ejecutivo del Estado), las principales funciones son; hacer la guerra, la paz, se encarga de las relaciones internacionales y, del orden interno y externó, el Poder Ejecutivo en los casos que dependen del derecho civil (o poder judicial) a través de este, castiga los delitos y juzga los conflictos entre particulares.

Una vez que hubo aclarado la diferencia entre las tres clases de poderes; admite que el ciudadano sólo alcanzará la libertad cuando exista paz y, ésta se

alcanza cuando exista seguridad, misma que se obtiene a la vez, cuando una persona está segura que otra no le causará ningún daño y, no tiene nada de que temer.

Para poder encontrar la libertad política, el Poder Legislativo deberá estar totalmente deslindado del Poder Ejecutivo, ya que si el poder solamente pudiera residir en las personas que son los titulares de los órganos, estas podrían desempeñar las facultades en forma omnipotente sin que nadie pudiera hacerles frente y limitarlos. De esta manera, entonces todo se volvería en contra del Estado y se habría perdido, si solamente una persona ejercitara los poderes que le son propios de acuerdo a las tres funciones del poder.

Sin embargo, esta separación y esta división de poderes, por un lado, en donde ningún órgano puede desempeñar o llevar a cabo actos que son propios de una de las tres clases de poder, no quiere decir que alguno de los órganos no pueda llevarlos a cabo en determinadas circunstancias, bajo ciertos requisitos y de acuerdo a ciertas limitantes, por lo que, la división de poderes no es absoluta admitiendo casos de excepción; por ejemplo MONTESQUIEU da muchos casos para su ejercicio, en la hipótesis de que exista una conjuración en contra del Estado y, se pusiera en peligro el Poder Legislativo, se le atribuiría la facultad al Poder Ejecutivo para que detuviera en su momento a las personas sospechosas.

Así las cosas, el Poder Judicial deberá estar compuesto por personas que se designen temporal y periódicamente, lo que le lleva a decir que este es un poder nulo, pues es invisible, no obstante, alude a un poder moderado entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, pues existe la necesidad. En palabras del autor, el Poder Legislativo se compondría de un sector de la aristocracia y otro sector del pueblo, el primero sería el poder moderador, teniendo la facultad de impedir, pero no de estatuir, es decir, emitir leyes, pero sí, el derecho de anular cualquier resolución tomada por cualquier otro poder.

Empieza a hacer un estudio de las distintas limitaciones y facultades de uno y de otro, el Poder Legislativo y el Ejecutivo; sin embargo expresa que el Poder Ejecutivo es quien deberá realizar o tener la facultad de limitación al Poder Legislativo; aunque en la hipótesis de que no fuese así, sería un poder despótico, pues teniendo cualquier facultad podrá anular todos los demás poderes.

No obstante y, en contrario resuelve que el Poder Ejecutivo deberá verse libre, así como no puede estar sujeto a ningún límite por parte del Poder Legislativo, porque es inútil limitarlo, pues el Poder Ejecutivo se ejerce sobre cosas momentáneas, es decir, sobre situaciones que requieren de una pronta resolución ya sea por su peligro o gravedad del asunto que no pueden resolverse por varios, sino por uno sólo.

Sostiene que es cierto que el Legislativo no puede tener la facultad de limitar el actuar de las personas que ejercitan el poder y que pertenecen al Ejecutivo, eso no quiere decir que se le excluya de la potestad y del derecho de verificar de que forma las leyes que han sido creadas, se han llevado a ejecución.

Continúa diciendo que, aún cuando tenga el Poder Legislativo la posibilidad de analizar los actos del Ejecutivo y no limitarlos, también no puede juzgar la persona y la conducta, pues, por un lado es una persona sagrada y, por otro necesaria al Estado, en caso de que los juzgase se rompería la libertad política (prevé excepciones).

En el caso de que fuera juzgado (el Ejecutivo), los nobles deberían ser juzgados por el cuerpo Legislativo que se compone de nobles, pues el pueblo siempre siente envidia hacia estos y, además, por ser la ley rigurosa no podrán los jueces de la nación mitigar su fuerza y rigor.

De esta manera, se deberá formar un tribunal que emane del cuerpo Legislativo de nobles, sólo ellos tendrían la capacidad de moderar la ley a favor de los mismos.

En tratándose de particulares que violen derechos políticos, es decir, de ciudadanos; en este caso el acusador será el cuerpo Legislativo conformado por el pueblo, fungiendo como acusante el otro cuerpo de los nobles, pues este no tiene ni los mismos intereses.

La formación del gobierno compuesto de dos partes, uno encadenado a otro y ambos ligados al Ejecutivo y, este a su vez por el Legislativo, Vgr: El veto, facultad legislativa, pero puede imponer un límite.

Efectivamente estos tres poderes se neutralizan, (los dos del Legislativo y el Ejecutivo) produciendo por un lado la inactividad, en cambio, se verán impulsados por el continuo movimiento de las cosas, lo que las llevará a que actúen en armonía.

En sí, MONTESQUIEU nos habla de la división de poderes como el factor necesario para la existencia de una "libertad política" en donde el ser humano pudiera conducir su conducta conforme a la ley, es decir, amoldar su conducta conforme a lo que dispone una sociedad; no obstante, la pérdida, el resquebrajamiento y la extinción de la libertad política se produciría cuando alguno de los tres poderes desempeñase competencias que no le correspondían, claro, sin excluir de ninguna manera las excepciones del desempeño de algunas competencias o participar en la competencia de un acto conjuntamente como en el crear una ley que es facultad del Legislativo, pero en donde el veto lo tiene el Ejecutivo; por otro lado, en el caso de que se diera el abuso del poder, el poder moderado será el conformado por la aristocracia, que por un lado tendría la facultad de juzgar a los aristócratas y, a los particulares que cometieran delitos

políticos, en tanto, que en este último caso el órgano acusador será el de los ciudadanos.

Sin embargo, destaca algo de importancia, que el Poder Ejecutivo podrá ser sujeto de verificación en sus actos pero no de juzgamiento, pues es imprescindible para el Estado en el caso de que se le juzgase de igual forma se rompería la “libertad política”.

En último término, la neutralización y la celeridad en el gobierno se dará por la necesidad de las cosas, es decir, por la necesidad que había de llevar a buen puerto los fines del gobierno en beneficio del pueblo (es así como entiendo las cosas) que los obligaron a actuar en forma ordenada y, sería motivo de una desneutralización, es decir, evitar el bloqueo que solo causaría perjuicio al Estado y no ayudaría en nada al crecimiento de las cosas.

Podemos analizar por un lado, que el control del poder aparece en principio de la división de poderes como punta de lanza y elemento esencial del constitucionalismo, por otro lado, como factor determinante de la libertad política, así, como la responsabilidad en las personas que tienden a abusar del poder; sin duda alguna, podemos ubicar con dicho autor las ideas que serían elemento sino el más importante, sí, uno de los más importantes del tipo de gobierno democrático.

G Constant Benjamin.

Quien expresó en su momento que los poderes políticos, como lo son el Poder Ejecutivo (ministros) el Poder Legislativo (tradicional y de opinión) y, el Poder Judicial (jueces) deberán funcionar ordenada y perfectamente; son tres resortes con la finalidad de configurar una armonía total sin que ninguno pueda crecer desordenadamente, de otra manera, generarían el conflicto entre poderes y

el obstáculo, por lo que, deberán apoyarse, entenderse y conducirse en recíproca armonía.

Para esto, CONSTANT señala que existen a diferencia de los tres, cinco poderes, el Poder Representativo Tradicional, el Poder Representativo de la Opinión, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Real.

El Poder Tradicional y el de Opinión, se encargan de llevar a cabo o de cumplir con la obligación de hacer las leyes; el Poder Ejecutivo tiene la encomienda de su ejecución general y, el Poder Judicial su función es aplicarlas a los casos prácticos.

El Poder Real está en medio, pero por encima de los otros cuatro, pasando a tener el carácter de neutro, porque no tiene interés en alterar la armonía de los cuatro, más bien, su tarea principal, será la de conservar el orden.

El poder neutro hace efectiva y real su fuerza en el caso de que uno de los cuatro poderes ejercitase mal el poder o se saliese de su orden y competencia, por consecuencia, la fuerza del poder neutro se aplicaría para restablecer el orden transgredido sobre el asunto donde fuese prudente y necesaria, así, como inmediata su aplicación, sería ilógico que el poder neutro con finalidad conservadora residiese en uno de los cuatro poderes, esto traería preeminencia en quien recayera tal potestad.

Expresa que la monarquía constitucional tiene la posibilidad de crear el poder neutro, el cual recae en el jefe de Estado; una de las bondades del poder neutro es ser imparcial, ubicándose por encima de cualquier opinión, cuya finalidad es conservar la armonía.

Le llamó al poder neutro, la obra maestra de la organización política, por originarse en el centro de los discernimientos, razones de existencia de libertad y

la existencia de una esfera de seguridad de majestad, que permite a ésta, se desarrolle sin peligro en el caso de que los aseche; el poder neutro tiene la potestad de ponerle fin al mismo, a través de las facultades constitucionales de eliminar la extralimitación de poder de algún órgano.

La eliminación de la inminencia de un peligro que lleve como finalidad alterar el orden y la armonía en el gobierno, se puede extirpar por el poder neutro en la monarquía constitucional a través del voto de censura, la cuestión de confianza, la disolución.

Culminando con el objeto del poder neutro, que sólo debe de quitar el poder a los hombres o asambleas para eliminar el peligro, pero no despojar, ni prescribir, ni castigar que sólo llevará al Estado a los peores males.

H Sieyes Emanuel.

SIEYES se plantea la cuestión de que así como las personas civiles tienen conflictos y la necesidad de que un tercero participe para resolver sus controversias, así sucede entre las distintas ramas del poder, cuestionandose ¿Deberán de invocar a la legislatura?. Pero si no se ponen de acuerdo.⁸ Expresaba que el poder pertenece al conjunto, es decir, a los poderes constituidos, pero en el caso de que uno pretendiera algo, el conjunto dejaría de existir, y en la nada, se vuelve a cuestionar ¿Quién podrá juzgar?. También, derivado de la pretensión de un poder constituido frente a otro, se resquebrajaría la Constitución.

Argumenta que correspondería a la nación decidir sobre los conflictos entre los poderes constituidos, formada con representantes extraordinarios que llevarían

⁸ “Pero si vuestra legislatura, si los diferentes partes de esta primera constitución no están de acuerdo entre sí, ¿Quién será el juez supremo?... ¿A quienes corresponde decidir? A la nación, independiente, como lo es necesariamente de toda forma positiva.” Sieyes, Emmanuel, *Que es el tercer Estado*, Traducido al Castellano por José Rico Godoy, México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, 1973, p. 112.

como finalidad suplir a la asamblea de toda la nación en su independencia, por lo tanto, no tendrían que someterse a las normas constitucionales.

En su discurso del 2 Termidor año III, propuso la solución institucional, bajo la forma de un jurado constitucional, la cual no fue captada esperando hasta el año VIII; hasta la elaboración de la Constitución logró poner en práctica su creación, pero ahora bajo la denominación de Senado Conservador.⁹

Es clara la preocupación de SIEYES de querer evitar el caos en un orden proveniente previamente de una nación a través de una Constitución, ¿Pero en el caso de conflictos de poder entre los órganos constituidos?.

Su finalidad es resolver las controversias, para esto, él arguye que un poder constituido no podrá resolver sobre su constitución, por lo tanto, presenta la variante de que sea la nación misma, por ser independiente, pero como ésta no puede acudir por quienes la conforman, en su caso propuso la elección de representantes extraordinarios.

Si se tratara de analizar con ojo y pensamiento minucioso, nos podríamos dar cuenta que en realidad era una forma más de control del poder, de como controlar al poder cuando este transgrede o vulnera esferas por conducto de uno o varios órganos en perjuicio de otros y, la forma de resolver los conflictos que se presenten entre los órganos ejercitadores del poder.

I Locke John.

JOHN LOCKE expresa que los hombres en principio eran libres, es decir, vivían en un estado de naturaleza, como tanto de libertad absoluta; sin embargo, la libertad absoluta, a su vez implicaba la inseguridad o la falta de certeza con

⁹ "Sugería el establecimiento de un jurado popular, sería un cuerpo representativo de la nación encargado de anular los actos de cualquier autoridad que violara la constitución." Bordeau, Georges, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Op. Cit., p.128.

respecto a su vida, libertad y propiedades, lo que le hizo llevar a cabo un compromiso junto con las demás personas para darse seguridad y certeza, una vez que convinieron reuniéndose en Estado y sometándose a un gobierno, se necesitaba de leyes, de un juez reconocido e imparcial, y un poder suficiente que respalde y sostenga la sentencia, he ahí donde radica el Derecho y surge el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es por esto, que la potestad de castigar radicalmente los delitos, se le entrega a las propias leyes dictadas por la sociedad.

Distingue, entre una democracia, una oligarquía y una monarquía hereditaria o electiva, en función del poder de hacer leyes y ejecutarlas, de acuerdo a la mayoría, a unos cuantos, a uno solo, por descendencia o elección, de ésta depende una forma de gobierno.

Como la sociedad civil necesita leyes, hay la urgencia de alguien que las dicte, tal facultad recae en el Poder Legislativo, pero para que sus leyes o decretos sean válidos, necesita de la elección y el nombramiento del pueblo; la potestad se la da en consenso la sociedad y ninguno la puede usurpar, por lo que nadie puede eximir de su cumplimiento, tampoco puede imponer una obligación en contra de lo dispuesto, pues tiene la autoridad suprema.

Aun, cuando sea un poder supremo (el Legislativo), está sujeto a limitaciones, pues no puede decidir arbitrariamente sobre la vida y los bienes, es decir, no puede sobrepasar el poder que se le entrega, pues llega hasta donde llega el bien público, porque su finalidad más importante es ser el guardián, es decir el que salvaguarde al gobernado; expresando que frente a la ley convencional o escrita está la de la naturaleza, la conservación del ser humano que es superior a cualquier decreto.

También está impedido para gobernar a través de decretos improvisados o arbitrarios, quedando obligado por conducto de leyes a señalar los derechos de los súbditos fijamente, de otra manera sería un contrasentido la sociedad civil.

Como consecuencia, el pueblo conocerá sus deberes y vivirá dentro del marco de la ley y, a su vez, el gobernante se mantendría en los límites establecidos, de tal forma, que no emplearía el poder arbitrariamente y ajeno al conocimiento del pueblo.

Otra limitación es que no podría quitarle sus bienes al pueblo sin su previo consentimiento.

No puede transmitir a otros la potestad de hacer la ley, ya que el único que la puede transferir es el pueblo, de él es la potestad.

Los límites que la sociedad, ley de dios y ley natural imponen al legislador, independientemente de la forma de gobierno, son:

- 1.- El gobierno de la ley y, la igualdad en su aplicación.
- 2.-La ley tiene como fin, el bien del pueblo.
- 3.- No se podrá cobrar impuestos sin el consentimiento del pueblo.
- 4.-No puede transferir su facultad de hacer leyes.

Al hablar del Poder Legislativo expresa: “que es aquel que tiene el derecho de señalar como debe emplearse la fuerza de la comunidad política y de los miembros de la misma”, en tanto que el federativo se encarga de cuestiones internas y el Poder Ejecutivo de cosas internas.

Sostiene la necesidad de un poder supremo, que necesariamente recaerá en el Poder Legislativo, en él radica el fin, y en el caso de que algún legislador se apartara del fin, entonces el pueblo tendría la facultad de cambiarlos, es una limitación, para confiarlo a personas que si quieren cumplir con la finalidad, por lo que el Poder Legislativo es el superior y a él se tendrán que subordinarse los demás poderes; pues el Ejecutivo es y debe ser responsable ante él. Por otro lado

el Ejecutivo dispone de la convocatoria del Senado, pero en el caso de que impidiese su reunión, el pueblo tiene el derecho de restablecer tal actuación, pudiendo apartar el obstáculo, a través de la fuerza.

Hay situaciones no previstas por el legislador, en donde tiene que actuar el Poder Ejecutivo con discrecionalidad en pro del bien público o de hipótesis que pueden causar más daño al bien común que beneficio, a lo que se le llama prerrogativa.

Habla de tres tipos de poder, el paternal, el político y el despótico, el primero originado por naturaleza, el segundo cuyo origen radica en el acuerdo mutuo entre gobernados, en tanto que el tercero surge del secuestro y pérdida de la libertad.

Se refiere a la conquista, en donde el sujeto vencedor tiene poder sobre quienes le hicieron la guerra, pero no, sobre aquellos quienes no la consintieron, por lo tanto, no constituye pecado a los ojos de dios, y porque pueblo no ha consentido, el derribarlo.

Se refiere a la usurpación extranjera como la conquista y, a la usurpación se le puede llamar conquista interna, aunque dicho usurpador no tiene derecho a ser obedecido, en tanto el pueblo no otorgue su consentimiento.

El gobierno y la sociedad están sujetos a disolución por causas externas; aunque el gobierno puede ser disuelto desde el interior, ya sea por alteración; lo que une los conflictos entre los miembros de la sociedad civil, es el Poder Legislativo, los une a su vez, es el alma que de vida y unidad a la comunidad política, es una voluntad, la del pueblo, lo cual si sufre una alteración, es decir, si alguien no autorizado hace una ley, el pueblo no está obligado a obedecerla adquiriendo su libertad.

La alteración puede darse por mal uso del poder:

Que un monarca imponga, arbitrariamente la ley.

Que el príncipe impida que se reúna el Poder Legislativo.

Transformar el funcionamiento del cuerpo electoral (arbitrariamente).

Entregar el dominio del pueblo a potencias extranjeras.

La disolución puede materializarse; por ejemplo cuando se desentiende de sus obligaciones, derivandose en la inaplicabilidad de las leyes. En estos casos el pueblo tiene el derecho de cambiar, adquiriendo su libertad y la potestad de instaurar un nuevo Poder Legislativo, que le salvaguarde. Otro medio de disolución, se puede dar cuando el gobierno vulnera los derechos del gobernado.

J Loewenstein Karl. (Los controles verticales y horizontales).

Para LOEWENSTEIN la política es la lucha por el poder, este último, implica una relación socio psicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder- serán denominados los detentadores del poder- y aquellos a los que va dirigido- serán aquí designados como los destinatarios del poder.

Con respecto al soberano, expresa, que es aquel que está legítimamente autorizado, en la sociedad estatal, para ejercer el poder político, o aquel que en último término lo ejerce; un poder político que puede ser conocido, observado, explicado y valorado solo en lo que concierne a sus manifestaciones y resultados. Sabemos o creemos saber, lo que el poder hace, pero no podemos definir su sustancia y su esencia; destacando que de acuerdo con el clima intelectual en la que se incubo, la teoría tradicional se vió obligada a aceptar que el poder, elemento irracional de la dinámica política, podría ser totalmente eliminada, o por lo menos neutralizado, por medio de las instituciones racionales para su ejercicio o control (racionalismo y mecanicismo).

KARL LOEWENSTEIN considera que el poder, domina la relación entre detentadores y destinatarios, correlativamente, para saber que es el sistema político, habrá que distinguir tres grados de procesos políticos el primero ¿Cómo obtiene el detentador el ejercicio del poder, como lo ejercita, y como se controla? Para quien el control puede realizarse entre los mismos detentadores o en su caso por los mismos destinatarios; a esto se le llama Estado constitucional.

Con el fin de evitar la degeneración del poder político, un Estado organizado lo restringirá y limitará, debiendo introducir desde afuera, las limitaciones y restricciones, por lo tanto, limitado quiere decir límite a los detentadores, elemento fundamental del constitucionalismo, las reglas fijas han sido un buen medio a través de la Constitución o la costumbre.

Hay la necesidad del equilibrio entre la autoridad delegada y la libertad de quien delega, ésta última va en función del control de quien detenta el poder, la cual hace la diferencia entre un sistema político y otro. Y el proceso político se entenderá a través del mecanismo de vigilancia y control del poder

KARL LOEWENSTEIN distingue cuatro tipos de detentadores del poder, el gobierno, la Asamblea, el pueblo y el Tribunal de Justicia, dejando en suspenso si los partidos deben ser clasificados como oficiales, en aquel entonces expuso que como no los preveía la Constitución no eran oficiales, pero reconoció su legitimidad como detentadores del poder.

Expresa que los detentadores del poder no oficiales (invisibles) son los grupos pluralistas, los medios de información, grupos de presión, (los grupos de intereses). En tanto que los detentadores del poder oficiales, son aquellos órganos y autoridades y correspondientes funcionarios que están encargados por la Constitución del Estado de desempeñar determinadas funciones en interés de la sociedad estatal.

Con respecto a la clasificación estatal destaca, que una teoría de la clasificación no se podrá llevar a cabo sino a través de la distribución y ejercicio del poder como base, es decir, la forma en que es ejercido y controlado el poder político. Asimismo asimila al equilibrio y al control como constitucionalismo y, el no equilibrio sino monopolio sin control como autocracia y, la configuración híbrida que se da cuando existe transición del constitucionalismo a la autocracia o viceversa.

Para LOEWENSTEIN, la técnica funcional del constitucionalismo consiste en la elección y, la de la autocracia gira en función de la relación orden-obediencia.

El autor en comento, considera a la teoría de la división de poderes, como un dogma, el cual, es un rasgo del pensamiento mecanicista del siglo XVIII; del racionalismo y del liberalismo, cuya finalidad fue garantizar la libertad que fue en principio empleada por Locke y retomada por Montesquieu, por lo que ha sido el prototipo retomado más allá de la segunda posguerra, pues los estados no se sienten con la capacidad de acabar aun con el dogma totalmente arraigado, y más en el Estado constitucional, aunado a lo anterior, nos encontramos ante la dificultad de formular una nueva conformación del poder.

Expresa que la finalidad de la separación de funciones fue garantizar la libertad, siendo la forma clásica de distribuir y controlar el poder; además sostiene que esta ni es esencial, ni puede ser válida en todo tiempo, ya que fue una protesta del liberalismo en contra del absolutismo monárquico, pues solo el liberalismo identifica a la división de poderes con la libertad.

Por último afirma que es erróneo que algunos atribuyan la división de poderes al estagirita, pues, él trata de analizar las funciones de acuerdo a su sustancia. El constitucionalismo de la antigüedad no se adscribió a la teoría de la separación de poderes.

Alude a la técnica de la representación como un elemento base para la distribución del poder político y, donde éste nació de la emancipación de los delegados, de las instrucciones e imperativos del rey. Como lo fue en su momento el Parlamento inglés.

Expresa que la voluntad general requiere de un liderazgo, que es el ejercicio consciente del poder político, siendo las funciones estatales su instrumento, la legislación y ejecución no son separadas, son técnicas del mismo, que recae en un grupo de personas eficaces y con capacidad de acción.

Hoy el iconoclasta, para quitar la división debe insertar otro análisis de la dinámica del poder, y propone el siguiente: una nueva como le llama división tripartita: a) La decisión política, b) la ejecución de la decisión y c) el control político (fundamental).

Con respecto a la decisión política, la cual consiste en la elección de una entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal; pudiéndose considerar aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y frecuentemente en el futuro, para la conformación de dicha comunidad.

En cuanto a la ejecución de la decisión, y bajo esta categoría se debe entender la aplicación tanto de las decisiones políticas, como de aquellas disposiciones de carácter técnico-utilitario a las necesidades de la vida de la comunidad (ejecución de la legislación). La función judicial también es una posibilidad de realización de la decisión fundamental, en donde el juez ejecuta la ley en una forma parecida, pero con distintas técnicas.

En tanto que el control político, tiene injerencia con el desarrollo del ser humano, el cual va en función de los límites, y el control del poder a través de instituciones; habría un retroceso si fueran eliminadas las instituciones.

Señala uno de los mecanismos más eficaces para el control del poder, como la distribución de funciones, en un ámbito de autonomía pero de plena cooperación, significando un límite y control, peso y contrapeso, *cheks and balances*. En un inicio el control fue entre gobierno y Parlamento, posteriormente con el nacimiento de la idea de que el poder deriva de la voluntad general, se introdujeron el sufragio, elecciones y partidos, distribuyéndose el control entre el gobierno, Parlamento y pueblo.

Marca la diferencia entre distribución del poder político y control del poder político, por el primero debemos entender, el recíproco control del poder, entre uno y otro, y en donde están obligados a cooperar: Vgr; Crear una ley las dos cámaras, respecto de la segunda, expresa que el detentador del poder puede usarlo discrecional e independientemente, es decir tiene una libertad en su aplicación si quiere lo aplica, si no puede omitir su aplicación, por lo que puede hacerlo pero no está obligado, Vgr; voto de confianza. El Estado constitucional se caracteriza por tener los dos, la distribución y el control del poder.

La responsabilidad política es el punto álgido del control, en donde un detentador le exige a otro detentador responsabilidad o, a estos el electorado. Donde la responsabilidad penal por medio de la acusación (*impeachment*) es sustituida por la responsabilidad política, creación inglesa, es decir sin necesidad de acudir a la violencia o fuerza para ser destituidos, se le priva del poder al sujeto a través de la forma constitucional, materializada en el voto de confianza o la disolución por parte del gobierno, por conducto de elecciones a cargo del electorado, una técnica eficaz para controlar al detentador del poder.

Encuadra dentro de las características del constitucionalismo, al Estado de derecho y al gobierno responsable, esto último implica que esté distribuido y controlado, porque la supremacía de la Constitución es el remate de un sistema integral de controles políticos.

LOEWENSTEIN hace alusión al constitucionalismo y a la democracia constitucional, en cuanto al primero expresa que tiene una doble significación; el primero hace referencia tanto al orden político constitucional como al orden político democrático constitucional y, la democracia constitucional, sería alcanzada, cuando la masa de los destinatarios del poder, organizada como electorado en los partidos políticos y con la ayuda de elecciones honestas en base a un sufragio universal, participe en el proceso político elevándose a la categoría de un independiente y originario detentador del poder.

Destaca lo que es la Constitución, la cual significa un sistema de normas establecidas o de reglas convencionales, las cuales regulan las relaciones entre los detentadores del poder y los destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal. Pone énfasis al hablar del Estado constitucional, sosteniendo que es aquel que está regido por un sistema fijo de normas, pero que no puede ser clasificado en absoluto de democrático, dado que la masa de los destinatarios del poder no tiene ninguna participación decisiva en el proceso político.

Después de explicar su teoría de la nueva distribución del poder, la aplica a los tipos de gobierno, considerando que existen dos: el autocrático y el constitucional, dentro de éste último ubica a la democracia directa, al gobierno de Asamblea, al parlamentarismo, al presidencialismo, al gobierno de Gabinete, al gobierno Zuízo (dictatorial).

Los controles del poder político. I La Constitución y sus controles horizontales.

KARL LOEWENSTEIN expresa que el sistema democrático como sistema constitucional, se caracteriza por la existencia de instituciones que llevan como objetivo proteger los derechos del ser humano, en contra de los actos arbitrarios

del hombre político, por lo tanto, el instrumento adecuado para tal fin lo es la Constitución, considerada como un dispositivo para el control del poder.

Considera al telos o esencia de la Constitución como la creación de las instituciones con el propósito de limitar y controlar el poder político; presentando un doble significado, el primero consistente en liberar a los destinatarios del poder de los dominadores y, el segundo, en donde a los destinatarios se les asigne una participación en el proceso del poder.

Hace referencia al misticismo del poder, en un inicio conformado por valores e instituciones religiosas, donde quien detenta el poder es el propio representante, lo anterior cambiaría, es decir, la legitimación mística daría paso al gobierno constitucional, en donde distribución, equilibrio y limitación se dan a través de reglas previamente establecidas en la sociedad.

En un mismo sentido, se sometió a reglas y procedimientos el ejercicio del poder político, pero ahora los destinatarios del poder serían partícipes en el proceso político por conducto de la institución de la representación.

Hace alusión a los elementos mínimos materiales que debe contener una Constitución, consistentes en principios que surgieron a través de las distintas revoluciones, de E. U, Inglaterra y Francia, siendo los siguientes: Se debe evitar la concentración del poder delimitando la tarea del Estado y encomendandola a diversos órganos; contar con mecanismos de cooperación que lleven implícitamente la dicotomía de distribución y limitación; insertar mecanismos que eviten los bloqueos entre órganos y someter la contienda al electorado; se debe contar con un método de adaptación de la norma a la realidad, es decir, con instrumentos de reforma para evitar que no se realice por la fuerza, reconociendo los derechos humanos e insertando mecanismos de protección.

Para LOEWENSTEIN el constitucionalismo ha transitado por tres etapas: la primera se da con el pueblo Hebreo, donde el poder absoluto estaba limitado por la ley del señor, probablemente influenciado por la reforma de Akehnaton en Egipto; la segunda etapa se dio en Inglaterra, que inicia con la revolución puritana transitando de monarquía absoluta a monarquía constitucional, donde hizo su aparición el proyecto de Constitución Agreement of the people (1647) y la primera Constitución Instrument of Government (1654) y, la tercera, se da con el universalismo de la Constitución escrita (1787).

KARL LOEWENSTEIN hace notar que el prototipo de Constitución es la escrita, promulgada por una asamblea constituyente elegida por el pueblo, donde este último es el titular y quien debe ratificarla; sin embargo, esto no lo hace un Estado auténticamente constitucional, a veces se convierte en la tapadera del poder absoluto.

Hace alusión a términos como proceso político y Estado de derecho, entendiendo por el primero, como la técnica a través del cual se obtiene, ejerce y pierde el poder político o dominio legal y, por el segundo, la obligación y ligamento de los detentadores y destinatarios a las normas establecidas por la Constitución en el proceso político.

Con relación a las reformas constitucionales, afirma que la Constitución como organismo vivo, sufre acomodaciones (se refiere al derecho constitucional) a la realidad, las cuales pueden darse por dos vías, la reforma y la mutación; con respecto a la primera vía, la misma que se divide en formal y material, entendiendo por reforma formal la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución y, por la material como, el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido; en tanto que la mutación constitucional, se da cuando se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del

equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la Constitución permanece intacto.

LOEWENSTEIN se plantea la pregunta, sobre ¿Qué circunstancias hacen que se de la reforma?. Afirmando que no se puede generalizar con una de las causas, más bien, es el cambio en lo social, político o económico, fenómenos que hacen que la norma pierda capacidad funcional y tenga que ser amoldada a las nuevas exigencias.

Distingue entre, laguna constitucional descubierta y oculta, la primera existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo, en tanto que la segunda, se produce cuando, en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada. Enmienda XXI., E.U.

Expresa que conforme a la ideología del Estado constitucional democrático, la reforma constitucional deberá estar distribuida en varias funciones, teniendo que recaer en los distintos detentadores legítimos del poder, es decir, en el gobierno, Parlamento y el pueblo, alcanzando un amplio consenso y legitimidad; expresando que, soberano es aquel que entre los detentadores del poder decide sobre la reforma constitucional, situación del *puovoir constituant*.

Con relación a la frecuencia de la reforma constitucional, expresa que si se confronta el periodo de reforma con el tiempo de vida de la Constitución, se estaría en la hipótesis de que por ser vieja necesita de reformas, pero hay algunas, que son viejas, que no son achacosas y sólo muestran firmeza que se refleja en lo raro de sus reformas a las que se han visto sometidas.

KARL LOEWENSTEIN sostiene con respecto a la técnica de la reforma constitucional, que técnicamente una reforma constitucional solamente puede

efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación -suplemento-, o bien se suprime algo -supresión- o bien se sustituye el texto existente por otro -cambio-; es así, como el procedimiento puede extenderse a varios artículos o tan sólo a uno o, a una parte de un artículo (párrafo o frase) o a varias palabras, o tan sólo a una palabra dentro de una frase; admitiendo que la técnica que más ha probado su eficacia son las mayorías parlamentarias cualificadas, para la enmienda a la Constitución, alcanzando un consenso y legitimidad y concediendo a la minoría un veto como control interorgánico.

Expresa que la participación del electorado se puede dar en dos hipótesis, la primera, cuando se da la disolución del Parlamento después de haber aprobado una reforma, celebrándose nuevas elecciones y en donde la nueva aprobación se da por el nuevo Parlamento, y la segunda, con la propia actitud del electorado expresada en un referendo.

Con el referéndum constitucional facultativo u obligatorio tiene lugar, una autentica participación plebiscitaria del electorado en el procedimiento de reforma constitucional, el cual puede existir bien en forma de votación popular sobre la enmienda constitucional efectuada por el Parlamento -el caso mas frecuente-, o también en forma de participación del electorado a través de iniciativa popular con siguiente votación final, tras haber expresado el Parlamento su actitud positiva o negativa.

Lo anterior se estila cuando se adopta una Constitución. LOEWENSTEIN expresa que habría que analizar su peligrosidad, y se pronuncia en que solamente sea usada en la adopción de la Constitución

Al referirse a la reforma constitucional en el Estado constitucional, afirma que se tiene por regla en general que además de la aprobación del Congreso, se

pide la aprobación de las entidades federativas que son miembros del Estado federal.

Se pueden presentar algunos problemas con relación a la reforma constitucional, en cuanto a que reformar, y en que grado total o parcialmente. Entiende por reforma constitucional tácita aquella en que la norma constitucional es modificada a través del procedimiento contenido en la Constitución, pero se omite señalarla en el texto correspondiente, que ha sido cambiado, como en Estados Unidos.

Distingue entre una ley constitucional y ley cualificada, la primera se entiende como, la regulación de una materia de derecho público que si bien no es recogida en el texto constitucional mismo, al poder constituyente le parece de tal importancia que ordena en la Constitución que tanto su regulación por la legislación como su reforma tendrán que llevarse a cabo según las disposiciones especiales validas para la enmienda constitucional propiamente dicha, en tanto que las segundas, estas pueden referirse a materias de cualquier tipo sin que necesariamente estén relacionadas con el proceso político, no necesitando tampoco tener naturaleza jurídico-constitucional. Los legisladores prescriben que sólo al emitirlos podrán ser modificadas, según las medidas establecidas para el procedimiento de reforma constitucional o bien los datos de otros requisitos especiales.

Al hacer alusión a los límites de la reforma constitucional, y sobre la pregunta de si la Constitución está por encima del legislador constitucional o, a su disposición. LOEWENSTEIN expresa que la reforma constitucional puede estar sujeta a límites, por ejemplo; temporales, en donde la disposición de la Constitución señala que por un determinado tiempo no puede modificarse lo regulado o la institución regulada. Otro tipo de límites lo vienen a conformar las disposiciones de intangibilidad o cláusulas de eternidad, cuyo fin es librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales.

Divide a las cláusulas de intangibilidad, en cláusulas de intangibilidad articulada y desarticulada, con relación a las primeras sostiene que se refieren a medidas encaminadas a proteger a determinadas instituciones constitucionales sustrayéndose a cualquier enmienda por conducto de una prohibición jurídica constitucional; por lo que concierne a las segundas, son aquellas que sirven para garantizar determinados valores sin que se requiera la obligatoriedad de estar expresos en la Constitución, sino que se presuponen implícitas, inherentes, inmanentes, produciéndose la prohibición de reformarla a partir del telos de la Constitución, como se vuelve a repetir, sin la necesidad de que se haga por escrito y expresamente una proposición jurídico constitucional.

Destaca los límites inmanentes a la reforma constitucional. Que se producen por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una Constitución. (Límites no articulados o tácitos). En donde, el legislador no puede sobrepasar los límites impuestos por los valores fundamentales inmanentes a la Constitución. Por lo tanto y, de conformidad con la "Teoría de la posición Preferente", en donde corresponde al legislador, o, a la autoridad correspondiente, aportar la prueba de que una intervención en dichas libertades es razonable. Bajo la hipótesis de que "Ninguna libertad es absoluta".

Habla sobre el sentimiento constitucional y lo describe, como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes político-partidistas, económicos-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, (justamente la Constitución) sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.

LOEWENSTEIN, sostiene que la Constitución es el compromiso entre grupos sociales y pluralistas que participan en su conformación; para él una

Constitución es mejor cuando con facilidad se da un cambio en la estructura social, sin que sea necesario el cambio del proceso político; no niega que una reforma sea importante, pero hay que llevarla a cabo con cautela y reserva, pues la Constitución debe tener para su pueblo un valor supremo, en este sentido, cualquier reforma afecte o no, significaría la depreciación al sentimiento constitucional.

Afirma que la enajenación del pueblo con su Constitución, y la falta de respeto de los detentadores hacia ella adaptándola a intereses partidistas, han hecho que se rompa el contacto personal pueblo-Constitución; aludiendo que ya sólo es un aparato que sirve de medio para la lucha por el poder, producto de políticos profesionales y es la pelota de especialistas de la Constitución “lenguaje popular“. Resultando la falta de identidad pueblo-Constitución.

Destaca que la reforma hay que tratarla con cuidado y reserva, encontrando el máximo consenso sin dañar a la minoría, pues significaría dañar al sentimiento constitucional, evitarlo es la tarea, pero hay que tener en cuenta que lo que ha llevado al fracaso es el excesivo poder del partido o partidos mayoristas, no hay que dejar que se convierta en la pelota de juego en donde son arbitrarios los partidos.

Concluye que la participación popular en la reforma, es educación política y como consecuencia integración, pues una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente.

Con respecto a los esquemas de clasificación de la Constitución, primero, hace un estudio de los esquemas anticuados de clasificación, haciendo referencia, a las constituciones escritas y consuetudinarias, afirmando que es aquella clasificación que diferencia entre las constituciones que están contenidas en un documento formal y aquellas que no lo están, hace referencia a las constituciones

rigidas y flexibles, a los tipos de gobierno que se deducen de las constituciones y, a las “organizaciones estatales federales y unitarias”.

No conforme con las clasificaciones tradicionales, KARL LOEWENSTEIN formulará una primera propuesta de la Constitución en función de su esencia y sustancia. Distinguirá cuatro tipos de Constitución, la *originaria*, se entiende un documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, verdaderamente creador y por tanto “original”, para el proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal”; la *derivada*, designa un tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales y extranjeros llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales; la *ideológica-programática*, constituciones cargadas ideológicamente o con un programa ideológico, vgr: Siglo XVIII Y XIX ideología liberal; y la *utilitaria* se presentó como un cuadro puramente utilitario destinado a regular, sin intenciones ideológicas declaradas u ocultas, el mecanismo del proceso gubernamental. Con relación al último tipo de Constitución señala que, el propósito del tipo de Constitución sin inclinación ideológica, solo ofrece una perspectiva funcional de las fuerzas sociales y políticas, enfrentándose en libre concurrencia, pero en el caso de que utilicen las instituciones y se sometan al procedimiento expreso del proceso del poder.

Aborda el tema de la perversión de la Constitución por conducto de la autocracia moderna y, expresa que, la Constitución escrita nace con la finalidad de proteger la libertad, en contra del poder omnipotente, a través de la distribución y limitación del poder, pero hoy sólo sirve para camuflagear regímenes autoritarios o totalitarios, dándole al pueblo la forma y privándole de la sustancia, la invención del autoritarismo (legitimidad) partido único, dejando varias preguntas sin contestación, como ¿Por qué se esfuerzan estos regímenes en demostrar su legitimidad democrática?, ¿Para que necesitan constituciones, elecciones y todo el montaje de la democracia constitucional?, ¿Es porque quieren engañar al mundo, a su propio pueblo, a sí mismos?, ¿Cree un autócrata moderno que a través de la

Constitución puede adquirir mayor respetabilidad democrática?, ¿Con el tiempo, se ha convertido en la víctima de su propio juego, de tal manera que creará en él?. Son cuestionamientos al régimen que es autoritario, pero que se hace pasar como democracia constitucional.

El autor presentará una segunda clasificación, motivado por los cambios sufridos en la Constitución y en la realidad que vino a desplazar a la primera, pero ahora, desde una perspectiva *ontológica* destaca tres tipos de Constitución; la *normativa*, una Constitución escrita no funciona por si misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución en la que los detentadores y destinatarios del poder, hacen de ella en la práctica, por lo que sus normas dominan el proceso político o, a la inversa el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas; la *nominal*, una Constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial, (Es educativa, con la finalidad de ser normativa); y la *semántica*, donde la formalización de la actual situación del poder político a favor de los detentadores del poder, la libertad de fuerzas, se limita, se restringe, y se encausa en la forma en que lo quieran los detentadores, sirviendo entonces como instrumento para prolongar y mantener estable la participación de los detentadores del poder.

Pone énfasis y, expresa que la democracia Constitucional está en crisis, consecuencia de la desvalorización funcional y la perdida del prestigio de la Constitución escrita, originada por dos causas fundamentales:

La falta de observancia de los detentadores del poder, a favor de la Constitución.

La indiferencia de los destinatarios frente a la Constitución.

Sobre el supuesto de que el constitucionalismo implica la sujeción a la Constitución de los detentadores y destinatarios, el cual no se ha dado porque: en

los detentadores hay un descuido de los deberes impuestos por la Constitución (falta de observación consciente) por un lado, y por otro, se presentan conflictos por falta de fundamento de las conductas, donde dos o más creen tener la competencia; todo esto constituye una inobservancia consciente en la aplicación de la Constitución.

Afirma que se puede dar la inobservancia consciente y, es aquella situación en la que una disposición constitucional esencial no será deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. En la observancia consciente o inconsciente pueden operar ciertas razones, ya sea que el deber sea irrealizable en origen o que existan razones con interés político de grupos en el poder.

Afirma que otra de las causas de la no sujeción de los destinatarios a la Constitución que ha motivado su crisis y ha sido consecuencia de la gravedad del Estado democrático constitucional, lo representa la indiferencia de los destinatarios frente a la Constitución, como causa, por la separación entre la regulación funcional del proceso del poder y falta de conciencia del pueblo; el autor en comento pone en claro que, el distanciamiento de la Constitución tanto emocional e intelectual de los destinatarios del poder, (la indiferencia) para el lego significa ciencia o culpa, para la masa quien no tiene interés, ha perdido su valor ante la inexistencia de conciencia, por un lado por la falta de tiempo de que la conozca y por otra las constantes enmiendas; en este sentido, debido a la indiferencia de la Constitución hacia el hombre por no ser de contenido material, ya los problemas no son decididos por los órganos constituidos sino por los partidos políticos, grupos pluralistas, hoy ante él mas bajo prestigio, destacando por último las características que imperan en la población: Es extraña a los detentadores del poder, por lo tanto desconfían del gobierno, del Parlamento, de sus tribunales y como consecuencia de su Constitución.

Concluyendo en que la Constitución ha fracasado como medio de control debido al retorno de la autocracia, donde sólo operan constituciones aparentes,

que avalan el poder ilimitado ya que generan el alejamiento de la población de la carta fundamental, donde opera un cambio de procedimiento constitucional a dinámica extraconstitucional en grupos pluralistas.

A efectos de salvar el problema, expresa que se debe revitalizar la conciencia constitucional (educación, reforma y modernización), aún cuando después diga que es algo que escapa a su visión.

Controles intraorgánicos

LOEWENSTEIN habla sobre la finalidad de la Constitución, la cual consiste en evitar la concentración del poder político a través de la distribución del mismo y, su ejercicio en cooperación o conjunción, con el objetivo de limitación y control.

Distingue a los controles verticales de los controles horizontales, entendiendo por los primeros, aquellos controles que operan entre la totalidad de los detentadores del poder establecidos constitucionalmente y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas las otras fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que puedan funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual; por los segundos, como aquellos que operan en el cuadro del aparato estatal, los cuales concentran a los controles interorgánicos e intraorgánicos, estos últimos son entendidos como técnicas Institucionales procedimentales, que limitan y controlan a los detentadores del poder en ejercicio de sus funciones.

Con respecto a los controles intraorgánicos, en palabras de LOEWENSTEIN estos se dan, cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un sólo detentador del poder, y los interorgánicos tienen lugar, cuando, por otra parte, funciona entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal.

Identifica cuatro detentadores del poder que vienen a constituir la categoría de los controles interorgánicos, (electorado, gobierno, Parlamento y tribunales), todo esto y el interjuego entre los detentadores, constituyen el proceso de poder.

Clasifica los controles intraorgánicos de la siguiente forma:

Controles Intraorgánicos en el gobierno

Dualidad, jefe de Estado y de gobierno.

Control Intraorgánico en el Parlamento

Dos cámaras, bicameral.

Independencia funcional (no influencia externa).

Autonomía funcional (poder distribuido entre mayoría y minoría).

Control Intraorgánico en la función Judicial

Tribunal Superior (medio jurídico, contra sentencia).

Jurados populares.

Órgano colegiado.

Controles Interorgánicos:

Entiende por controles interorgánicos, a la dinámica del interjuego e interacción de los diversos detentadores del poder en el proceso político.

Presenta una división de los controles interorgánicos, consistente en dos criterios:

El primero, en donde los detentadores del poder tendrán que compartir constitucionalmente el ejercicio de la función, con lo cual se controlarán

mutuamente, Vgr; celebración de un tratado, celebrado por el Ejecutivo y ratificado por el Senado.

El segundo, en donde el detentador individual del poder está autorizado por la Constitución a intervenir discrecionalmente en la actividad de otro detentador del poder, y de esta manera frustrar su actividad a seguir, Vgr; el veto del Ejecutivo hacia una ley.

Distingue las diferencias entre los dos criterios: El primero, para materializarse completamente, es indispensable la cooperación; en el segundo, la intervención es optadora, con un mismo efecto, el control (el otro queda sometido).

Señala que el constitucionalismo democrático con sus cuatro detentadores del poder, presenta cuatro clases de control de tipo interorgánico, clasificándolos de la manera siguiente:

El control de la Asamblea frente al gobierno.

El control del gobierno frente a la Asamblea.

El control de los tribunales frente a la Asamblea y el gobierno.

El control del electorado frente a los otros detentadores del poder.

Pone en entredicho la independencia en la función del control, que se ve vulnerada por la influencia de partidos y grupos pluralistas, lo que propicia que no se cumpla con la función ¿Qué hacer? .

La primera categoría: Controles del Parlamento frente al gobierno.

Con el objetivo de otorgar independencia funcional al Parlamento, a efecto de que lleve y cumpla con sus funciones de control cabalmente, es necesario asegurar posiciones esenciales con miras a cumplir con su empresa, las cuales son: eliminar la influencia gubernamental; evitar que el gobierno nombre miembros de la Asamblea (proceso legislativo); eliminar el control sobre sesiones; eliminación de la influencia gubernamental sobre la gestión parlamentaria; eliminar la presión del gobierno sobre un miembro del Parlamento durante su mandato; eliminación de requisitos de tipo económico; la prohibición de detentar simultáneamente el mandato parlamentario y cargos profesionales; evitar el patronaje donde un personaje político recomienda a otro y pone a su disposición sus relaciones.

Ubica a tres medios de control positivos que van del Parlamento frente al gobierno, los cuales son:

El nombramiento de los detentadores del poder gubernamental; el presidente elegido por el pueblo o Parlamento, la primera es alérgica al Parlamento y en el otro existe un sentimiento de obligación constitucional o legal.

El control político sobre el ejercicio de las funciones gubernamentales; rechazan algunas propuestas o niega alguna autorización momentánea.

La destitución del gobierno; voto de confianza, en algunos no existe la caída del gobierno (pero puede darse la revocación) en otra la no confianza parlamentaria. Destitución del presidente o jefe de Estado por acusación (impeachment). La acusación (justicia política) de la Asamblea.

Los controles del gobierno frente al Parlamento.

Bajo el supuesto, de que en el Estado democrático constitucional es por tanto, impensable una independencia funcional del gobierno frente al Parlamento, porque el gobierno es siempre gobierno de partidos.

Lo lleva a establecer una clasificación de los controles interorgánicos, con los que cuenta el gobierno y pueden ser de dos clases:

a) La influencia del gobierno sobre las prerrogativas legislativas del Parlamento, y en particular los presupuestos. Tiene el veto suspensivo y veto absoluto. Influencia en la votación, en el presupuesto etc.

b) La influencia sobre su actividad y existencia (derecho de disolución parlamentaria). La influencia gubernamental sobre la composición del Parlamento. Puede disolver al parlamento y convocar a nuevas elecciones, (cámara baja) (voto de no confianza).

Esto va a permitir que en los gobiernos de crisis, es decir, en los estados de sitio, excepción, urgencia nacional, estos tengan que convivir al lado de la democracia constitucional.

Controles interorgánicos de los tribunales frente al gobierno y Parlamento.

La independencia del juez, es esencial en el Estado democrático constitucional, es decir tiene que estar libre de influencias del Parlamento, del electorado, la opinión pública, excluyendo las funciones judiciales en los otros detentadores del poder, existiendo excepciones como el *impeachment*, no en desuso, pudiendo exigir el juicio político y de procedencia, poco utilizada.

Expone algunas formas de designar a los jueces que imperaron y que se encuentran reguladas en la actualidad por algunos ordenamientos jurídicos, como son: La compra del cargo. (antiguamente), la elección popular - de los jueces – (no fue eficaz), elección por el Parlamento (existiendo la influencia política), el presidente lo propone y el Senado lo confirma, forma tradicional, nombramiento por el gobierno.

Para que los jueces ejerzan sus funciones de control, es necesario el nombramiento y selección de personal por captación de la judicatura, con la finalidad de neutralizarlo a través de la cooperación del Parlamento y la judicatura; el procedimiento de nombramiento tiene como objetivo evitar al mínimo la influencia y, el respaldo a partir de la capacidad en la integridad del nombrado.

Controles interorgánicos de la judicatura.

Al referirse a los controles interorgánicos que ejerce la judicatura, sostiene que en su origen tenía la encomienda de aplicar el derecho, ejecutar las decisiones políticas; pero ésta ha evolucionado; hoy, desempeña funciones de control interorgánicas frente al gobierno y Parlamento, controles que pueden ser de tres clases:

El derecho de los tribunales a supervisar y comprobar la concordancia de las acciones del Poder Ejecutivo con su base legal. Tiene jurisdicción administrativa, ya que le corresponde decidir los conflictos entre la administración sobre actos que afecten a los particulares, o entre el personal administrativo cuestionándose sobre ¿Quién debe resolver?. Un tribunal administrativo o un tribunal ordinario.

La competencia judicial para el control de la constitucionalidad de las leyes emitidas por el gobierno y el Parlamento. En donde el control puede ser concentrado ejecutándolo un tribunal superior, o difuso y quien lo realiza son los jueces, que a su vez el control puede ser concreto sobre un caso determinado o abstracto, sin que sea necesario el caso concreto.

La decisión arbitral, sobre conflictos que se pueden producir en el ejercicio de las funciones asignadas a otros detentadores del poder, como en las controversias constitucionales. Es cierto que con respecto a las controversias, los actos políticos deber ser apegados a la Constitución, en caso de interpretar la norma es tarea del tribunal, pero habrña que tener cuidado de judicializar la política; el autor tiene en cuenta que se puede oponer la tesis (ante esto irrefutable) del desvanecimiento de fronteras entre política y justicia (la politización de la justicia) por lo tanto, hay que tener cuidado de no afectar intereses vitales. Habrá que prevenir que se afecte una decisión política y, su resolución no acatada afecte al Estado de derecho y, a su vez, pueda ser cambiada por un acto judicial. Exponiendo que la judicatura está limitada porque no tiene mandato democrático para llevar la función; se cuestiona ¿Qué ocurriría cuando el conflicto a decidir judicialmente afecte al tribunal? *Quis custodiet custodes* ¿Quién tendrá que decidir entonces?

Controles Interorgánicos del electorado frente al gobierno y el Parlamento.

El electorado tiene la potestad para designar a los detentadores, ya sea directamente (a través del voto) o indirectamente (las personas ya electas designen a otros). Un electorado que forma parte del proceso de poder, a través de la ratificación de un representante para la reelección, y como arbitro en los conflictos entre los detentadores del poder

La finalidad es servir como medio de control político en donde se confirma o rechaza una decisión política de gobierno o Parlamento, distinguiéndose tres clases de participación del electorado:

Función constituyente. Donde el electorado antes de aprobarse la Constitución decide la forma de gobierno.

Función legislativa. Referéndum legislativo, consiste en someter la ley promulgada por el Parlamento a una votación popular, permitiendo la iniciativa de ley del electorado. (Confirmaba o rechazaba una ley anterior parlamentaria).

El plebiscito: Se utiliza en una variedad de actos de participación del pueblo pero debería de quedar excluida de cuestiones legislativas y constitucionales; sin embargo por lo general implica una votación particular sobre una cuestión territorial.

“El sistema electoral y la voluntad del pueblo”

Sostiene que el sistema electoral, debe ser imparcial y objetivo frente a los candidatos, evitando cualquier ventaja a favor del gobierno o Parlamento. Si no hay imparcialidad y existe influencia y manipulación, estamos frente a un régimen autocrático.

Hace un clasificación de los principales abusos electorales de los estados constitucionales:

Elevar la edad para evitar que los jóvenes puedan emitir su voto.

Disminuir la edad (radical)

Privación del derecho por razones étnicas.

Control del Parlamento de la legalidad de las elecciones (a favor de la mayoría).

Pone en descubierto los problemas de la técnica electoral. La técnica electoral se ha convertido en una ciencia; sin embargo, se presentan tres tipos de problemas para montar un sistema electoral, que sea justo e imparcial:

Cómo organizar a las masas de electores, quién las organizará, cómo garantizarlas.

Las leyes electorales de la época incapaces para hacer frente a la problemática.

La democracia de masas trajo el problema, con la proliferación de partidos y la introducción del sistema de representación proporcional.

LOEWENSTEIN pone en evidencia los problemas del sistema mayoritario al expresar que, el ganador lo recibe todo y el perdedor nada. Las minorías salen perjudicadas, de tal manera que cabía hablar de privación del derecho del voto, y con respecto al sistema de representación proporcional, argumenta que cada partido recibe el número de puestos que corresponde al número de votos obtenidos por él en todo el país.

Habría que darle el crédito al autor, porque desde la época de los cincuenta ya se exponía una problemática poco o nulamente solucionada, el financiamiento a partidos, la igualdad en el gasto electoral, la neutralidad en la utilización de los medios de comunicación, el dar cuenta públicamente del origen de esos recursos.

Concluyendo que el voto y la observancia de la ley en el procedimiento electoral, la manipulación del sistema electoral y sus leyes, vician la voluntad del electorado y se priva de eficacia al derecho de controlar al gobierno y Parlamento.

“Bloqueo entre mutuos detentadores del poder”.

Un problema de actualidad que sigue sin resolverse lo constituye, el bloqueo de poder; expresando que, existe un punto importante que por el momento sigue sin aclararse; la hipótesis es la siguiente, entre los detentadores del poder suelen producirse puntos muertos o bloqueos, ante tal problemática los documentos constitucionales se sienten rebasados ¿La pregunta es que hacer?. Sabemos que en la dinámica política los distintos detentadores del poder ejercen

medios de control recíprocamente; la característica de un orden constitucional equilibrado, es evitar que se produzcan los puntos muertos produciendo una crisis constitucional, ya se trate entre las cámaras, el Parlamento y gobierno o estos con el Poder Judicial.

Una buena Constitución además de tener previstos controles interorgánicos para que nadie tenga preponderancia, deberá de tener a su vez, remedios que resuelvan los bloqueos entre los detentadores del poder. El autor en comento concluye, manifestando que en el Estado democrático constitucional el encargado de resolver los conflictos es el electorado.

Los Controles del Poder Político. II Los controles verticales.

Los controles horizontales operan en el cuadro del apartado estatal y los controles verticales lo hacen al nivel en el que la maquinaria se enfrenta con la sociedad; los primeros se mueven lateralmente, los segundos en una línea ascendente y descendente, los controles verticales son el Federalismo, los derechos individuales institucionalizados por normas jurídicas, y el pluralismo manifestación sociológica.

Cada una de ellas activa la actividad del poder entre nivel alto y bajo, destinadas a mediatizar el impacto del poder.

Con respecto a los controles verticales expresa, que son aquellos tipos o modos de acción e interacción que se producen dentro del cuadro de la dinámica política entre los detentadores del poder instituidos – Parlamento, gobierno, tribunales y electorado – y la sociedad en su totalidad.

En este sentido, los controles verticales operan en un enfrentamiento maquinaria estatal y sociedad, funcionando de forma ascendente y descendente, por lo que es posible ubicar tres capas de relaciones recíprocas:

La primera relación se refiere al Federalismo, el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa.

La segunda relación, cuyo contenido son los derechos individuales y garantías fundamentales, son límites establecidos a favor de los destinatarios del poder y no podrán ser sobrepasados por ninguno de los detentadores institucionalizados del poder. Estos derechos constituyen zonas de autodeterminación individual inaccesible al poder del Estado.

La tercera relación, la ocupa el pluralismo, los grupos pluralistas – los poderes intermediarios de Montesquieu y de Tocqueville – se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder instituidos, influyendo y determinando el ejercicio del poder de estos últimos.

Las dos primeras se encuentran materializadas en la norma, la tercera es considerada metajurídica, sociológica o no jurídica.

Distingue las características del orden federal. De todas formas, la razón principal para la preferencia de la organización federal es la convicción de que, a pesar de la reconocida necesidad de unidad nacional, las tradiciones regionales operan contra la fusión de estados individuales en una organización estatal unitaria, siendo necesario que las diferencias culturales de las diversas entidades se mantengan por medio del orden federal.

a) El estado central o federación tiene una propia soberanía estrictamente separada de la soberanía de los estados miembros, estando esta última considerablemente limitada por aquella.

b) El Estado central ejerce a través de sus propios detentadores del poder – los órganos federales- un dominio directo sobre los ciudadanos de todo el territorio nacional, sin intervención de los estados miembros.

c) La distribución de competencias entre el Estado central y los estados miembros se hace de manera que permita el funcionamiento del Estado Federal independientemente de los estados miembros y, por otra parte, otorga a estos últimos el grado de independencia frente al Estado central, que aparece como deseable para la continuación de la personalidad estatal de las regiones.

d) Los fundamentos esenciales de las relaciones federales están fijados en un documento.

e) Los Estados soberanos prescinden, de derechos inherentes a su soberanía a favor del Estado central.

Argumenta que en la distribución de las competencias yace la clave de la estructura del poder federal:

En competencias concurrentes, prima la ejercida por el Estado Federal.

La distribución del poder, (no hay una doble soberanía solo una), protege los derechos de los estados miembros (contra el abuso anticonstitucional del Estado central) y, protege al Estado central, frente a la intromisión de los estados miembros.

El lugar tradicional de participación de los estados, es la Cámara Alta.

Los estados miembros participan en la modificación del pacto federal del Estado. El resultado ha sido, el mismo, el poder central ha crecido y el de los estados ha venido a menos.

La Institucionalización de la supremacía constitucional.

Clasifica algunos elementos que han institucionalizado el sistema federal, como lo son:

El presidente se ha convertido en el pilastre más poderoso de todo el poder político. (electo por voto popular, líder político).

El Senado ha perdido su carácter original de proyectos de los estados miembros.

Como consecuencia de la industrialización y del crecimiento de las ciudades, el particularismo (*sectionalism*) ha perdido su cualidad original de representante de unidades territoriales unidos socioeconómicamente, pero con diferencias esenciales entre sí.

La erosión de la soberanía estatal, por la dependencia de subvenciones federales; en este caso el gobierno federal, ha mostrado una tendencia de ayudar a los estados miembros, sin imposiciones centralizadoras.

Los partidos políticos desarrollan su actividad a nivel nacional; los estados miembros, han desaparecido de los programas de los partidos políticos, orientados nacional y no regionalmente.

Todos los restantes grupos pluralistas de la sociedad americana están igualmente organizados y operan a escala nacional.

Después del análisis al sistema federal, concluye que el federalismo americano se encuentra en un estado de erosión y retroceso, como consecuencia de los anterior, LOEWENSTEIN propone un regionalismo nacionalizado como antídoto al problema del momento

Los derechos fundamentales como limitación al poder. Determina que el límite más eficaz al poder, es la autodeterminación individual en donde los detentadores del poder no pueden acceder, los cuales vienen a constituir esferas privadas, sobre las que no se puede ingresar y vulnerar, conformadas por:

Libertades fundamentales

Instituciones básicas del orden social liberal occidental anteriores a la constitución: familia, religión, matrimonio, educación.

Derechos legalmente protegidos y exigibles, libertad, propiedad.

Todos ellos vienen a constituir el núcleo y son los principios del sistema jurídico, aun cuando no se encuentren expresos, constituyen la dignidad del hombre.

El pluralismo como el tercero de los controles verticales que se intercala entre los destinatarios del poder, está constituido por la multitud de grupos pluralistas que representan colectivamente la variedad infinita de los intereses de los miembros de la comunidad estatal. Si existe un rasgo esencial que de un cuño característico a la sociedad de masas de la época tecnológica es, sin duda, el de su fundamento y dinamismo pluralista.

Es cierto que el liderazgo del proceso del poder esta asignado constitucionalmente a los detentadores del poder -gobierno, Parlamento y electorado-. De los detentadores oficiales del poder se espera que por medio de sus decisiones políticas armonicen los intereses contrapuestos de los grupos pluralistas en beneficio común de la sociedad. Pero los grupos pluralistas influyen en las decisiones políticas y, también en el proceso del poder mismo. Según sea el grado de su interacción en el ambiente político específico, los grupos pluralistas funcionan como detentadores oficiosos o invisibles del poder.

Bajo el punto de vista de la conformación vertical del proceso del poder, la interacción de los grupos pluralistas operan como una limitación impuesta a los detentadores del poder. Cuando el individuo aislado se une con otros en virtud de una comunidad de intereses, tiene entonces la posibilidad de ofrecer mayor resistencia a los detentadores estatales que si tuviese que enfrentarse aisladamente: unido con otros, ejerce una influencia sobre las decisiones políticas que corresponde a la fuerza de su grupo. Los grupos pluralistas son, por lo tanto, barreras y frenos frente al poderoso Leviatán.

K Aragon Reyes Manuel. (Los controles, políticos, jurídicos y sociales)

El destacado constitucionalista español, considera que sólo en el Estado constitucional la teoría del control se presenta como una parte inseparable de la teoría de la Constitución y, por ende, control y Constitución se encuentran entrelazados, hipótesis que demostraría durante el tratamiento de la temática.

Con el objeto de presentar una vinculación histórica entre Constitución y control, establece que el constitucionalismo británico parte de la limitación del poder y el modo de limitarlo, el cual se deriva en dos vertientes, la concepción de la ley como obligatoria, la cual no puede vulnerarse y la concepción plural del poder, dentro del cual se puede ubicar al modelo de Constitución bien equilibrada.

En su estudio sobre la interpretación de Montesquieu quien conocía la teoría del equilibrio, expresará que en la teoría de la división de poderes la conexión es parte imprescindible de su teoría; sin embargo, la comprensión de Montesquieu sobre el control era muy escasa como instrumento para garantizar la libertad y, aún cuando se plantea la necesidad de colaboración de poderes, el gobierno bien equilibrado es más complejo.

En la democracia rousseauiana, se presentará en palabras de ARAGON una mitigación o desaparición del control debido a la influencia de Locke y

Montesquieu en las ideas constitucionales del liberalismo francés y, la cual se verá mayormente acentuada por las ideas de democracia rousseuniana quien negaba el pluralismo y aceptaba la autolimitación. Debido a la inexistencia de garantías, se presentará una división sin controles, o una negación de la división de poderes, donde no existirán los controles y como consecuencia tampoco limitación.

La idea del Common Law como uno de los pilares teóricos de la supremacía de la Constitución, de esta forma, el control será la idea motriz del constitucionalismo norteamericano; debido a lo anterior, la Constitución sustentará la teoría del equilibrio de poderes, la concepción pluralista del poder y su enlace con la opinión pública, negando la democracia rousseuniana pero no la anglosajona.

Hay una debilidad de los instrumentos de control en el siglo XIX, debido a que la teoría del equilibrio no incursionó en el Derecho europeo, particularmente en Francia y Alemania, en este sentido, Francia presentará debiles controles jurídicos (consecuencia de la división de poderes y el concepto rousseuniano de ley) y controles políticos escasos e insuficientes para suplir a los controles jurídicos. Por lo que respecta a Alemania, la cual también presentaría una inexistencia de los controles jurídicos (debido al principio monárquico y la teoría jurídica del Estado) y un debilísimo control político. Sin embargo las semillas de la renovación europea que tenderán a potenciar la limitación y el control cederán hasta el siglo XX.

En el entendido de que la vigencia de la Constitución depende de su efectividad normativa, requiriendo que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados, las restricciones al poder a partir de la segunda posguerra se incrementan por conducto del Estado democrático y social, como garantía a la limitación y división del poder.

Con relación a la polémica entre Constitución abierta y Constitución como sistema material de valores, ARAGÓN aduce que se trata de un falso enfrentamiento, al partir las dos de un supuesto común, la Constitución tiene por objeto la garantía de la libertad, su contraposición conduciría a una democracia sin libertad, o a una libertad sin democracia, aún cuando no niega que haya diferencias en relación a las cualidades o facetas, pero no como categorías opuestas, por lo tanto, no cabe escindir libertad de democracia, pues forman para la Constitución una estructura inseparable, de esta forma, concluye y afirma que aquí radica la cuestión fundamental de la teoría constitucional del control. Desde una teoría constitucional adecuada al Estado constitucional democrático no cabe separar, derecho y garantía, limitación y control, estructura y fines del poder, como si tuviesen identidad independiente.

El carácter instrumental y legitimador del Derecho, se manifiesta en la Constitución, la cual comprende los fines del poder y la regulación de su estructura congruente con los fines que se pretenden obtener.

En palabras de ARAGON la Constitución comprende los fines del poder y regula la estructura del mismo debiendo esta última ser congruente con los fines que se pretenden obtener.

De esta forma, la Constitución establece el fin consistente en la libertad e igualdad y, la asociación de estos viene a caracterizar al Estado social y democrático como Estado constitucional, el fin para realizarse requiere su concreción en un catálogo de derechos y, para garantizarse, la adopción de una determinada organización del poder. Es así, como los fines prestan sentido a la consideración unitaria de los preceptos materiales y estructurales que la Constitución contiene. En contrasentido y debido a que los valores sólo puede considerarseles materiales, a los principios se les puede considerar materiales o procedimentales, garantizando estos últimos a los primeros; de ahí que el control al dotar con su existencia de eficacia a las garantías, sea el elemento

indispensable que asegure la vigencia de los principios y reglas materiales de la Constitución, es decir, para la realización de los valores propugnados como fines.

Para la existencia del Estado democrático y social de derecho, es necesario el control, al cual no se le puede considerar como instrumental, esto último implicaría separar los medios de los fines, es por esto, que al ponerlo en conexión con el carácter instrumental y legitimador de la Constitución impide que ambos puedan disociarse, pasando a ser un elemento inseparable del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, se debilitan las garantías, se hace imposible la realización y, simplemente no hay Constitución.

ARAGON considera que detenta un sentido unívoco el control, y es el de considerarlo como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder; sin embargo pugna por una diversidad de conceptos de control, y niega que se pueda sostener un único concepto pues sería una empresa condenada al fracaso y a la esterilidad, ocasionado por la multiplicidad de formas en que se manifiesta, en objetos, agentes y modalidades.

Por otro lado, hace notar la imprecisión del término controles constitucionales para abarcar las diversas modalidades de control, particularmente intentada por el eminente constitucionalista Italiano Galeotti, el cual ni resuelve el problema ni podía resolverlo, consecuencia del carácter excluyente y contradictorio del concepto manejado por el jurista, y aún cuando el esfuerzo es útil, no resuelve en cambio el problema de su conceptualización.

Destaca que se han emprendido novedosas construcciones, pero de menor entidad, de entre los que señala la de Giannini, Chimenti, Loewenstein, tesis que no resuelven el problema de la conceptualización.

El autor en estudio, se inclina por una pluralidad conceptual del control, al expresar que no existe uno sino varios conceptos de control, de este modo se

evitarían confusiones que desvirtúen teóricamente su categoría o lastren su operatividad. Hace incapie y pone en evidencia la raíz del problema, radicado en los términos de limitación y control, sosteniendo que el segundo viene a garantizar al primero; distingue, entre limitaciones institucionalizadas (políticas y jurídicas) con relación a las limitaciones no institucionalizadas (sociales) correspondiéndose con las primeras los controles institucionalizados y, con las segundas, controles no institucionalizados, resaltando que en el control social el agente que limita es a la vez quien controla, otras que el agente de control garantice limitaciones producidas por terceros, incluso limitaciones establecidas en abstracto.

En el cuarto capítulo, es donde podemos encontrar la base esencial de su teoría, aún, cuando no desestimamos el capítulo que hace alusión a los controles políticos.

ARAGÓN REYES, resalta las diferencias básicas entre el control político y jurídico, en este sentido el control jurídico se caracteriza por los siguientes elementos, es objetivo, sustentado en razones jurídicas, de carácter necesario y es efectuado por órganos imparciales, independientes, dotados de conocimiento técnico, es decir, efectuado por órganos judiciales; en tanto que el control político, se caracteriza por los siguientes elementos, es subjetivo, basado en razones políticas, de naturaleza voluntaria a cargo de sujetos u órganos políticos, aún cuando no se descarten las hipótesis de que decisiones políticas puedan ser sometidas a control jurídico y las normas jurídicas a control político.

Asimismo el control jurídico tiene por objeto de control, a los actos (los productos objetivados de la voluntad de tales órganos) de esos órganos y autoridades de carácter relevante, además de todo tipo de normas y, por lo que toca a los agentes de control, los cuales son verificadores de limitaciones preestablecidas, porque jurídico es su parámetro, con razonamientos jurídicos, integrados los órganos por peritos en derecho y en una relación interorgánica.

Con relación al parámetro, el cual se encuentra conformado por normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante el cual se limita a aplicar; por otro lado, sostiene que la constitución no es una norma jurídica, y lo que tiene de norma es distinto a los demás, expresará que en si es un conjunto normativo, y lo que la hace diferente de otras normas es la amplitud de materias que regula, el carácter sintético de sus preceptos, el significado valorativo de sus normas materiales, y su grado de apertura. En cuanto a la objetivación de la ley y, la Constitución, señala que mientras la primera se subsana a través de la segunda, ésta última se objetivará, no en otra norma, sino en la interpretación, lo que lo llevará a indicar que el problema de la objetivación, cabe plantearlo con respecto a la Constitución. Por tanto, el carácter político o jurídico de la Constitución, tiene su piedra de toque en la teoría de la interpretación, en ese campo puede decidirse si la realización constitucional está o no sometida a cánones de predeterminación.

Otra característica del control jurídico lo es su indisponibilidad, el carácter indisponible del parámetro de control, se corresponde en consecuencia, con el carácter objetivado del canon de valoración y con la existencia de criterios predeterminados de composición de ese canon y de un modo de razonar y de interpretar, que no está a su libre disposición. Y esa, es la gran cuestión a la que debe dar respuesta la interpretación jurídica.

ARAGÓN, a fin de encontrar la respuesta en la interpretación jurídica, con el objeto de encontrar los elementos que lleven a tomar una decisión objetiva al agente de control jurisdiccional, hace un estudio de las teorías y doctrinas de interpretación, iniciando con Savigny, y con su teoría interpretativa, en donde destaca los tres elementos, el lógico-sistemático, el gramatical y el histórico, y el cual pondría las bases de lo que con posterioridad sería la jurisprudencia de conceptos, creada por Putsch, seguida por Ihering y Windscheid.

Con posterioridad surgiría la interpretación objetiva, con Binding, esencialmente, y asimismo las corrientes positivistas; aunque con relación a la interpretación, no hubo unificación de estas, como así lo demostraron sus representantes, Heck, Erlich, Kelsen; en contrario y haciendo frente a los positivistas, surgirían, otras corrientes como el Neokantismo de Stammler, la teoría de los valores de Rickert y Radbruch, la teoría fenomenológica del derecho de Hartmann, Husserl, Welsel y Reinach.

Por lo que es de destacarse, que, lo que unifica a todas estas corrientes críticas del positivismo, es la idea de que el derecho no puede desprenderse de elementos valorativos, el criterio teleológico se considerará imprescindible para obtener el significado de la norma. Después de más de un siglo de discusiones de la interpretación, la polémica se contrae al problema de los valores.

A fin de encontrar respuesta, una respuesta en la interpretación valorativa, el autor en comento se adentra en su estudio, resaltando, lo que considera la jurisprudencia de valoración, que para poder hablar de la ciencia del derecho, sin los cuales sería difícil, uno de ellos lo constituyen los elementos valorativos. Destaca la postura de Coing quien pugna porque sólo operen razones jurídicas, en una valoración que obligará a trasladar los problemas de la interpretación jurídica, al campo de la interpretación constitucional.

Estudiando lo postulado por Esser, quien induce a llevar el problema a la interpretación constitucional o, el planteamiento de A. Kaufman, que no lo conduce a la interpretación constitucional porque se aleja de la jurisprudencia de valoración, lo que ocurre con T. Viehwey. Sin embargo el método más cercano a posturas valorativas, es el de la argumentación racional de Kriele, quien se opone al subjetivismo judicial y apela al resultado racional, por lo tanto, su postura habrá que situarla dentro de las corrientes valorativas.

ARAGÓN, después de abordar el estudio con respecto a lo que sostiene K. Larenz, dándole la razón, en cuanto a la crítica que este hace a los métodos tradicionales de interpretación, afirmando a su vez, que se confunde en cuanto al sujeto del problema porque se trata de la Constitución, ya que resulta peculiar su interpretación, pues la Constitución cuenta con cláusulas materiales de valor y su interpretación no se puede hacer con los mismos criterios de interpretación de la ley; debido a lo anterior, la interpretación valorativa de la ley debe encontrar su tratamiento adecuado, es por eso, que los grandes problemas han de resolverse en el campo de la interpretación constitucional.

Se refiere a la crítica que hace Forsthoff a la interpretación valorativa, y la replica que hace A. Hollerbach al primero, en esta tesitura, destaca que el tema también ha sido abordado por el constitucionalista español Rubio Llorente, sin dejar de mencionar a F. Muller que se ha pronunciado sobre el derecho fundamental a la igualdad del método, por último hace referencia a los estudios y debates sobre el tema que se han suscitado en Estados Unidos, a fin de poner coto a los peligros de la jurisprudencia política. Concluyendo que no es posible una interpretación constitucional que rechace la valoración.

ARAGÓN se inclina por la teoría objetivista, es decir la de interpretar la norma de acuerdo con la *ratio legem*; con respecto a la interpretación valorativa, expresa que una teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada, exige una teoría de la interpretación "valorativa" o "principalista", destacando que el problema no se refiere al que, sino al como, derivado de esto, él mismo se cuestiona ¿Cómo se interpreta para que la aplicación del derecho sea una operación objetiva y no enteramente discrecional, es decir para que sea una decisión jurídica y no discrecional ?.

Con la intención de dar respuesta, realiza un estudio detallado de las diversas soluciones que se han dado por distintos teóricos, en este sentido cita a Kelsen, quien resuelve el problema, desterrando la valoración y recluyéndola a la

conciencia del juez, a Hart quien decía que en casos en los cuales no existen principios de los que extraer respuesta jurídica, no hay más que reconocer que el juez tiene discrecionalidad, a Workin quien fundamenta en la moral los casos a los que el derecho da respuesta, estimando que la polémica entre los dos últimos, es el camino al problema de la interpretación constitucional, es decir, la objetivación de la interpretación valorativa a través de la teoría de la Constitución.

Hace alusión al destacado constitucionalista español De Otto Pardo, quien sostiene que las deficiencias de la interpretación valorativa sólo pueden ser suplidas por una teoría de la Constitución, y señala que la teoría de la Constitución debe descansar en un concepto de Constitución democrática, ya que, en el marco de esa teoría encuentra su objetivación la tarea interpretadora, por lo tanto en el derecho constitucional una cuestión fundamental es la interpretación, siendo su base firme, la teoría de la Constitución para abordar dichos problemas.

Con respecto al activismo judicial, el autor señala que es menor en Europa que en Norteamérica debido a la existencia de los tribunales constitucionales que limitan la actividad del juez ordinario; no obstante, señala que en la judicatura constitucional hay espacio para intentar destronar al legislador, debido a esto, una teoría constitucionalmente adecuada debe evitar la ilegítima usurpación y, asegurar una interpretación de los valores acorde a categorías jurídicas.

En la tarea de dar solución a su respuesta planteada en un principio, hace alusión a P.Badura, cuyo autor respondera a la pregunta que significa la vinculación del juez a la ley y al derecho, derivado de su respuesta, ARAGÓN encontrará la suya propia que lo llevará a afirmar; he ahí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la ley y de la Constitución, la interpretación constitucionalmente adecuada de la Constitución, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa, pero jurídicamente correcta y, no sustitución del legislador.

Hará breves consideraciones, afirmando que las consecuencias políticas de una resolución no son obstáculo para que se adopte de manera jurídica y; con relación a la argumentación o razonamiento hay diversas doctrinas y teorías por virtud de las cuales si este, se atiene a ellas, pueda ser considerado como razonamiento objetivo, ya que la actividad judicial en la interpretación constitucional no supone la negación del carácter objetivado del parámetro de control.

Con relación al resultado, sostiene que este forma parte de la idea de control, en cuanto al primero puede ser negativo o positivo, y el negativo llevar aparejadamente la sanción, en ocasiones no. De esta manera, no cabe sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado, es así; como lo que lo caracteriza al control jurisdiccional, es que el resultado negativo lleva aparejadamente la sanción.

Así las cosas, el órgano judicial al aplicar la voluntad de la norma está obligado a sancionar la infracción, ya que tal obligación es básica para que exista la seguridad jurídica y se preserve la vigencia del Derecho. Es por esto, que la capacidad de control incluye la capacidad para impedir y, al ejercitarse una facultad depuradora, el órgano controlante puede convalidar el objeto de control, pero no puede enmendarlo, en cambio, puede llevar a cabo una innovación con relación al objeto controlado.

Por último, hace alusión a la característica del control jurisdiccional de carácter necesario, el cual implica que necesariamente ha de producirse cuando el órgano jurisdiccional es requerido para ello, en este sentido, el órgano ha de conocer del asunto para el que es instado, debiendo emitir su juicio y dictar la sanción cuando sea negativo. Otras razones que avalan el carácter necesario, lo son la imperfección de los controles sociales y la sujeción a la mayoría de los controles políticos, haciendo que el control jurídico se presente como el más regular, sin el cual la Constitución no podría ser, y a su vez es la base del Estado

constitucional de derecho y conduce al Estado de derecho a ser un Estado jurisdiccional de derecho, pues trasladar los problemas de derecho al tribunal de la opinión, será la negación del Derecho y del sentido de la Constitución, ya que, el control es necesario para el concepto y la existencia mínima de la Constitución.

El quinto capítulo versa sobre las características del control político, el cual es subjetivo, esto último implica que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, descansando en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible.

Por lo que cabe a los agentes de control, los cuales son siempre órganos, autoridades o sujetos de poder cualificados por su condición política, distinguiéndose por la capacidad de su voluntad para fiscalizar e imponerse a otra, basada en la superioridad y el sometimiento que abarca al principio de supremacía y jerarquía, lo que lo lleva a sostener que la actuación de uno puede limitar la actuación del otro, manifestándose los balances; de este modo el agente ha de tener reconocida dicha competencia, por eso se afirma que es un control institucionalizado; aunque también puede ejercer el control social.

En lo que concierne a los objetos, el control político tiene como finalidad controlar a los órganos del poder mismo, ya sea directamente sobre el órgano o indirectamente sobre la actividad que despliega, es por eso, que el objeto inmediato puede ser, un acto político concreto, una actuación política general, e incluso una norma, ésta última si su control lo realiza un órgano político con criterios políticos de valoración, el control político puede ser sucesivo o previo teniendo como objeto, actividades ya realizadas, o proyectos de actuación, en el entendido de que el control político preventivo no exige la objetivación de los actos, pues puede ejercitarse sobre meros propósitos o simples intenciones.

El carácter subjetivo del control político supone, un parámetro no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente, indeterminado y libre; se trata del choque de voluntades, y quien limita es a la vez quien controla, cuya valoración de la conducta del órgano controlado, atiende a la libre voluntad o más bien absoluta libertad de criterio de quien controla, ésta libertad se da aún cuando el ordenamiento alude a un canon normativo, tratase de la Constitución, de órganos técnicos o de que el titular sea jurista, pues sigue habiendo libertad de valoración; es así, como la libertad de valoración, las razones de oportunidad, la libertad de decisión (política) hacen que el control político sea enteramente disponible.

De todo control puede decirse que el resultado forma parte del control mismo, por el mero hecho de ponerse en marcha implica una efectiva limitación; sin embargo, la decisión final en la que el control se manifiesta, si es positiva ahí se acaba, si el resultado es negativo que ocurre con el control político, su naturaleza subjetiva excluye lleve aparejado el carácter sancionador, lo cual no es obstaculo para que a veces pueda tener efectos sancionatorios, ahora bien, si el control político no incluye la sanción, incluye la capacidad potencial de poner en marcha sanciones indirectas o posteriores; su efectividad descansa más que en la sanción inmediata, en la esperanza de sanciones mediatas y futuras.

El carácter voluntario en el ejercicio del control político tiene dos significados, el primero a la puesta en marcha del control y, el segundo a la realización del control mismo; en cuanto al primero, este puede ser instado por agente distinto al que ha de efectuarlo o iniciado por la propia voluntariedad del órgano controlante, en donde el agente decide que controla y cuando lo controla, hay un elemento de voluntariedad; en cuanto al segundo, el factor voluntario se manifiesta, instado el control este no tiene porque necesariamente llevarse a cabo, ni porque ejercitarse por todos los titulares con derecho a ejercerlo. No puede obligarse al agente a que adopte una decisión final, pues existe una obligación

política en donde cabe el silencio y la abstención, esto no implica pérdida de eficacia, por que es un control de oportunidad.

El autor culmina aplicando su teoría a la praxis parlamentaria, además de que señala cual es el papel del Derecho en los diversos medios de control.

El error de creer que una actividad por el hecho de regularse jurídicamente, mude por ella de significado, tal consideración ha traído problemas al mundo.

En el control jurídico el Derecho lo es todo, único camino para potenciar su eficacia; en el control político, el derecho regula su procedimiento, es decir normativiza su tramitación garantizando su ejercicio; en el control social, el Derecho juega un papel menos extenso, pero no sin importancia, posibilitando su ejercicio y garantizandolo por la vía de establecer derechos fundamentales que son el presupuesto de su ejercicio.

Con relación a los controles sociales, el autor en comento, solamente hace breves consideraciones sobre estos, no dedicandoles un apartado especial, de tal forma que sus características las podemos ubicar en diversos puntos, y en los temas que versan sobre los controles políticos y jurídicos.

Expresa que las limitaciones no institucionalizadas, se corresponden con controles no institucionalizados, lo que no les priva de su efectividad, al tratarse de unos controles generales y difusos. Esta última característica, origina que unas veces el agente que limita sea el que controla y, otras, que el agente de control garantice limitaciones producidas por terceros e incluso limitaciones en abstracto, y aún cuando el control social se ejercita no institucionalmente, no quiere decir que sea ilícito, en donde tales agentes de control social tienen derecho a efectuarlo (no habría de lo contrario libertades públicas), pero ese derecho no supone una competencia formalizada, sino sólo de mera libertad.

L Valadés Diego. (Los controles políticos)

Consideraciones preliminares.

Es posible el control del poder.

El autor ubica dos niveles de control el interno y el externo, el primero se divide en concentrado y desconcentrado y, son los que se autoaplica el poder político; en tanto que los segundos, son los que ejercen los actores sociales, los primeros son los controles jurídicos y políticos, estos últimos, resultan más dinámicos, inteligibles y eficaces, con resultados inmediatos y generales.

Sostiene que en la lucha por el poder, contra el poder y en el poder, es donde se pueden distinguir los controles políticos sistemáticos.

Considera que las percepciones del poder pueden agruparse en tres tendencias, destacando que la exaltación conduce al totalitarismo, la deturpación al anarquismo y la tercera la racionalización a la democracia.

En donde, las campañas negativas una vez concluidas y el trato civilizado a la vista del ciudadano, es una hipocresía, fenómeno que hace indisociable las funciones de control y la idoneidad de los controladores. El control para ser eficaz no debe constituir un bloqueo recíproco; sin embargo tiene limitaciones funcionales los que resultan de la naturaleza de los controladores y las demandas reales de la sociedad que deben atender, como a las posibilidades efectivas del Estado.

El control como problema

Aspectos generales

Dimensión del problema

Por lo que cabe a los instrumentos para el control del poder, argumenta que solamente se han alcanzado resultados parciales, de forma tal, que el control es un problema actual, y su forma de aplicación, depende que el sistema tenga cohesión o entropía, por lo tanto, el problema del control es múltiple, el cual debe plantearse en su triple dimensión, lo que es, lo que será y lo que debe ser.

Naturaleza contractual de los controles

Resalta la naturaleza contractual de los controles, desde Altusio, pasando por Sieyes, Fichte y Esmein, este último argumentará que la teoría estaba abandonada, llamando la atención sobre el estudio de la misma.

El poder de control

Sostiene que controlar el poder es un acto de poder, y los instrumentos, son parte de ese poder, los cuales tienen un doble objeto, la defensa de la libertad (gobernado) y preservar su legitimidad (poder); los controles se ejercen para su mantenimiento, y todo aquello que lo debilita afecta su legitimidad, es así que titular y destinatario deben estar a la expectativa, ya que el adversario es el partidario del que ejerce el poder excesivo, llevándolo a la ilegitimidad y al colapso.

Control y garantía.

Argumenta que el problema conceptual puede conducir a equívocos, de ésta forma, opta por el camino contrario, procurando localizar las funciones reguladas del poder que establezcan relaciones recíprocas de limitación y de supervisión.

El Estado supranacional.

Considera que se aspira a crear un imperio global de apariencia democrática, donde el problema, es saber, si este nuevo imperio global afactará o no las democracias nacionales, debido a que el desbordamiento del poder los haría inútiles, el aspecto destructivo puede tener reflejo en los instrumentos de control.

Control y poder

Poder y legitimidad

El autor basado en Ferrara, estudia el proceso del poder, origen, ejercicio y las formas de como se puede dar la legitimidad, complementada con la legalidad y el consentimiento, proceso importante para apreciar la función de los controles del poder. Y, ya que el control tiene un doble efecto respecto de la acción directa del poder, es decir, hacerlo predecible y confiable. Es cierto que la relación entre gobernante y gobernado se da en el marco de la legitimidad, pero el ejercicio del poder puede desvirtuar el acceso al poder mismo, por lo tanto, deben existir los instrumentos de control que generen el consentimiento colectivo para los actos de poder.

El poder equilibrios y resistencias.

Expresa que el poder resulta de la función y organización, por lo que, en el caso de los controles políticos, la función está asignada a los órganos Ejecutivo y Legislativo, por lo tanto, el control es propio del ejercicio del poder.

Y para que el poder se haga obedecer, debe ser legítimo, y si es legítimo, está sujeto a normas que lo limitan, de ésta manera, todo poder tiende a ser limitado. Es así, como los límites pueden actuar como elemento de equilibrio o formas de resistencia, con relación a los primeros la Constitución desempeña un papel central, en tanto que los segundos resultan de la composición del poder.

Además de equilibrios, el poder genera resistencias; su expresión más clara está significada por el contraste entre los conceptos soberanía y representación popular, cuya paradoja ha sido resuelta por el constitucionalismo.

La paradoja consiste en que antes de actuar como poder constituyente, la soberanía existe pero no se manifiesta y, cuando se manifiesta fija sus límites, uno de ellos es el sistema representativo, el cual plantea requerimientos, uno para expresarse y otro para conservarse, dentro del primero se ubican a los sistemas electorales y de partidos y dentro del segundo a los controles políticos, sin los primeros se rompería el nexo entre poder soberano y órganos de representación, sin los segundos los órganos de representación tenderían a atomizarse de su fuente de legitimidad. Sin los controles se extinguiría el poder soberano y por lo tanto los órganos de representación carecerían de sustento.

Poder político y poder social

Con relación al poder social; expresa que ha adquirido la característica de organismos no gubernamentales, los cuales procuran ejercer facultades típicas del gobierno, una de ellas, es sustituir los instrumentos de control, sin que ellos queden sujetos al mismo. No obstante, los instrumentos de control político, son parte del poder político, por lo tanto, todo acto tendiente a debilitar o limitar al poder político alcanza a los controles políticos, de esta manera, si se contrae su poder, se reduce su control.

Control y legitimidad

Legitimidad y ejercicio del poder

Considera que los acuerdos, sobre las reglas del juego político (los controles como parte de esas reglas) son susceptibles de traducirse en disposiciones normativas, es posible ver a los controles, como un instrumento de legitimación y una expresión de la racionalidad del poder. Los controles tienen una

estructura contractual, son fuente de derechos y deberes y, a través de su ejercicio y cumplimiento, los agentes conservan su legitimidad, en este sentido pueden constituir un instrumento de legitimación, ya que pueden formar parte de acuerdos para el ejercicio del poder, prescindir de ellos, implicaría perder un factor de legitimidad en el ejercicio del poder.

Legitimidad parcial

Para el autor en estudio, resulta insuficiente una teoría que nos explica la legitimidad del poder como un todo, parecería excesivo calificar de ilegítimos a todos si sólo uno adolece del vicio, o calificar de ilegítimo a un órgano que no lo es por el hecho de aceptar a otro que si lo es, el problema es que existe el control de constitucionalidad pero no el de legitimidad, teóricamente quien lo ejercería sería el cuerpo social; ahora bien, en la actualidad el control político no es un instrumento de control de la legitimidad, pero si de salvaguarda de los intereses colectivos frente a un órgano ilegítimo.

Control y democracia

Democracia y policracia

VALADÉS aludiendo a Finer quien pugnaba por el fortalecimiento de la democracia después de la segunda posguerra, entendida la democracia como la atribución de poderes al pueblo. Para quien, hoy se ha presentado un fenómeno que ha propiciado que un segmento del poder se sustraiga a la forma democrática de acceso y de ejercicio, lo es la policracia, la cual también implica poder de ejercicio plural que no excluye a la democracia, y es una característica de la relación entre gobernante y gobernado, es una forma de multiplicar los órganos de poder, en donde se desconoce la naturaleza y ubicación de áreas de autoridad, donde el gobierno es un órgano delegante, es una expresión del Estado intangible, y en donde hay una dispersión de los centros del ejercicio del poder político.

Democracia consensual

Argumenta que los límites al poder que se realizan a través de los controles, pueden salir del ámbito normativo para ingresar al ámbito del acuerdo político, aún cuando su activación corresponde a motivos ajenos al derecho estos no pierden su naturaleza jurídica. A pesar de esto, la democracia consensual abre una doble vía, que el control este condicionado a una decisión de consenso y dos, que su práctica quede condicionada a intercambios políticos, con lo anterior se trastoca el objetivo del control generandose las siguientes consecuencias; se afecta la idoneidad del control como factor de racionalización, permite encubrir acuerdos tomados en contra de la norma constitucional, se provee a los agentes políticos de un recurso para obtener concesiones; de este modo se dice que un consenso al máximo es un sistema de control al mínimo, y su exclusión del sistema constitucional sería un contrasentido debido a que el consenso está en la base de los procesos de la legitimidad y de acceso al poder y el control forma el núcleo de legitimidad en el ejercicio del poder; debido a lo anterior, habrá de encontrar el equilibrio y armonía entre consenso y control, que no haga nugatorios los controles, ni imposibles los consensos.

Democracia directa.

Para el autor en comento la democracia directa, es aquella donde el pueblo es quien tiene el control. Hoy es imposible, a menos que se propenda a la tribunalización de la justicia de la cual habla Habermas, que implica la inclinación de la colectividad a asumir posiciones condenatorias de personas determinadas; sin embargo, estos pueden dejar de ser instrumentos de racionalización para convertirse en mecanismos de manipulación.

Control y sistema representativo

Considera que la eficacia de los controles políticos se encuentra relacionada con el sistema representativo, en el sentido, de que una democracia representativa requiere de procedimientos que lleven a una representación popular clara; para esto la democracia constitucional implica que los órganos se adecuen a los límites, dicha conformidad se logra a través de medios de control políticos y jurídicos, los primeros relacionados con el sistema representativo, es así como, el Ejecutivo y Legislativo son los ejes del control político y los controles pasan a ser una garantía del sistema representativo.

Donde el sistema representativo, se incluye en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; aunque durante el siglo XIX continuó sujeto a dos limitaciones, la extensión del sufragio y su respeto, el constitucionalismo nominal logró ocultar sus carencias y aplazar su corrección. Pero los controles como parte de un todo, pueden estar muy bien diseñados, pero si se les comprime en un sistema representativo con desviaciones, los resultados serán pobres; asimismo cuando los controles están mal configurados el sistema representativo se desvirtúa. Cuando funciona bien uno de igual forma el otro, si uno no funciona bien sucede lo mismo. En la actualidad la representación dual de un elegido puede desnaturalizar el sistema y repercutir en los controles. Hoy los partidos tienden a participar en decisiones del gobierno, creando estabilidad pero desvirtuando la eficacia normativa del control, ya que no puede fungir como mera reserva a falta de acuerdos. La constitucionalización de los partidos se ha quedado a medio camino, deben ser vistos como órganos de poder, pues están ungidos de legitimidad, controlan a otros órganos de poder pero ellos no pueden ser controlados. Porque todo agente de poder debe ser sujeto de control, si no es así, se pone en peligro el constitucionalismo moderno.

Control y sistemas presidencial y parlamentario.

El control como equilibrio y como competencia.

Con respecto al sistema parlamentario, sostiene que hay mayor capacidad de consenso, y en el sistema presidencial mayor posibilidad de ejercer el control político, falta establecer si se relacionan ambos y saber si a mayor control menor consenso. En un sistema mayoritario es probable la constitución de una mayoría y en materia de control las tensiones se acentúan mientras no se requiera consenso para formar gobierno. En un sistema no mayoritario se generan consensos pero se atenúan los controles.

Asimismo, en un sistema presidencial disminuyen los consensos, pero aumenta la aplicación de los controles. En un sistema parlamentario hay mas posibilidad de coaliciones con el riesgo de que los controles pierdan su normatividad, siendo reemplazados por la política de acuerdos, privatizandose con efectos de secreto y oligarquía, pero también se corre el riesgo de legitimar a los controles jurídicos adjudicandoles políticamente el control al poder para el cual no están diseñados, pues el espacio del gobierno y del congreso no pueden ser reemplazados; el parlamentarismo racionalizado dio estabilidad a los gobiernos, obteniendose por la vía de los controles, hoy cabe preguntar si es posible racionalizar el sistema presidencial.

Control y patrimonialización del poder.

Explica que la relación patrimonial del poder y poderoso, en el sistema presidencial se consolida en la figura del presidente, en el parlamentario en los de liderazgo; pero cuando se presenta en los instrumentos de control, estos tienden a privilegiar la parcialidad. La visión patrimonialista tiene dos argumentos: mostrarse intransigente frente al adversario y, la imputación al contendiente de excesos punibles jurídica y políticamente, en estos casos la utilización de los controles se distorsiona y se desnaturaliza la función pública, casos no objeto de regulación,

por lo tanto, quienes controlen a los controladores serán: la opinión pública y el electorado.

Concepto de partido político

Manifiesta que mientras el constitucionalismo implica la racionalización del poder, los partidos políticos son la racionalización misma de la lucha por el poder, estos últimos no exentos de desviaciones y patologías internas que pueden incidir en el funcionamiento de los órganos de poder, en el entendido de que son los elementos que dinamizan la estructura constitucional del poder impidiendo la concentración excesiva de funciones y, en donde la estabilidad resulta de la lucha regulada por el poder.

Con respecto al concepto de partido político, admite el criterio de Sartori, para quien, es cualquier grupo político que se presenta a elecciones y que pueden colocar mediante estas, a sus candidatos en cargos públicos.

Partidos y ética

Considera que aún cuando los partidos políticos cumplan legalmente, pueden incurrir en acciones u omisiones, calificados por la ciudadanía como faltos de ética, ya sea deformaciones de la conducta de los partidos, los que resultan de la relación con otros partidos; la corrupción para obtener votos. Por lo anterior, se puede decir que el éxito de la norma depende del compromiso ético de los partidos con la ciudadanía e instituciones, conducidos bajo principios de responsabilidad moral. La negociación caracterizada por las pretensiones y concesiones de los partidos, el carácter moral, dependerá del acatamiento de la cooperación. Los acuerdos cooperativos (consensos normativos y operativos) y los valores que los partidos políticos aplican confirman su carácter de instituciones de interés público.

Reelección e independencia de los representantes.

El autor pone en claro, sosteniendo que los miembros del Parlamento mantienen relaciones políticas con sus partidos, ya sea jerárquica o solidaria, con el electorado, ya se trate de sistema mayoritario y representación proporcional, y con el gobierno. Algunos teóricos como Nholem admiten mayor independencia del representante en un sistema mayoritario que en el proporcional, o como Santamarina quien parece favorecer el sistema mayoritario. La independencia suele relacionarse con el momento de postulación, es menor cuando es la primera y es mayor cuando se trata de una reelección, variando de menos a más cuando su reelección dependa de un grupo colectivo; existen elementos que favorecen la independencia de una reelección, que no este condicionada, y la del jefe de gobierno limitada o prohibida, la flexibilidad o rigidez de los reglamentos internos, los compromisos. Los partidos políticos limitan la independencia pero, por otro lado la auspician, de esta manera, en el sistema parlamentario se pierde por la disciplina de partido y en el presidencial por el acoso del gobierno; representan una patología del sistema, es preciso buscar procedimientos que permitan ejercer libre y responsablemente las funciones de control. Algunas respuestas pueden estar en: Los reglamentos parlamentarios, voto secreto, comisión minoritaria, apoyo técnico, en el sistema electoral, en el sistema de partidos, en los controles internos del gobierno.

Grupos parlamentarios.

Menciona que un problema, es el de los grupos parlamentarios; los mayoritarios y su disciplina, no oscurecen el control de la minoría, porque sus voces pueden adquirir peso debido al contenido de su declaración y prestigio político de sus integrantes, potenciándose aún más, si plantean temas a fondo con un impacto público que influye en los mayoritarios. Por otro lado, los grupos mayoritarios reducen su capacidad de control debido a su coalición con otros, aun cuando otorgan gobernabilidad y estabilidad, no permitiendo que el control genere

perturbaciones al gobierno. Los grupos parlamentarios pueden servir para dominar a los partidos políticos, esto puede tener efectos de distorsión, en cuanto al control, el grupo puede generar rigidez si el liderazgo es utilizado para obtener ventajas personales.

Partidos, estabilidad y control

Debido a que la libertad cedió espacio a la estabilidad gubernamental, disminuyendo el espacio para los controles y resultando como única opción la electoral, se estudio al sistema de partidos que mejora la capacidad de gobierno, pero no el que mejora la situación del gobernado, cuya omisión puede ser subsanada robusteciendo los controles como instrumentos para conciliar la organización y la libertad. El autor en estudio hace notar que la configuración del sistema de partidos tiene consecuencias en cuanto al ejercicio del poder y su control requiere de la autonomía del agente. Resultan necesarios el bi y el multipartidismo en lo que se refiere a los controles del poder, debido a que la concentración en el primero implicaría su deterioro, y la fragmentación del segundo los convertiría en meros instrumentos de opinión; los acomodados políticos se trataron a través del reparto de poder abandonandose las formas de control, en palabras de Jimenez Rodriguez necesarios para la gobernabilidad y, su utilización como instrumentos en la lucha por el poder llevaría al quebrantamiento del sistema constitucional.

Interacción personal

De entre quienes aplican los controles, están los órganos constitucionales y los agentes políticos que participan en esos órganos (partidos y clase política) la relación de estos últimos tiene efectos sobre el control y, la intensidad competitiva así como la calidad de las libertades, lo potencian o debilitan. El autor en comento, hace notar que la institucionalización de un partido político no se alcanza por el sólo hecho de que lo prevea la norma, sino porque se le confieran facultades. En

lo que concierne a la interacción, los miembros del gobierno desarrollan estrategias de contacto tenso o intenso con los miembros parlamentarios, estos últimos pueden utilizar su relación con el gobierno para desviar su atención respecto de sus áreas y encaminarlas a otras, otorgándoles información, una forma de neutralizarlos, a fin de que lo exploten en actos de control. También el gobierno puede valerse de los instrumentos de control para provocar crisis en su gabinete. La relación institucional gobierno-parlamento puede producir efectividad en los controles, pero la extrema subjetividad puede hacer que presenten altibajos.

Control y medios

Efectos institucionales de los medios

En lo que atañe a las instituciones de derecho político no se cuestiona la influencia de los medios de información, es así, como no puede descartarse una relación sinérgica que potencia la acción erosionante de los medios y la autodestructiva de las instituciones. Aun, cuando no se han dado estudios de sus efectos, VALADÉS considera que pueden identificarse algunas constantes: a) No en todo sistema donde funcionan los medios con libertad se han erosionado las instituciones; b) En todos los sistemas donde la democracia no se ha consolidado los medios no funcionan con plena libertad; c) La acción de los medios, son eficaces para hacer notar las deficiencias del sistema, pero no para promover opciones de arreglo institucional, esto último admite dos excepciones, estimulan la apertura de sistemas cerrados y, la capacidad de inducir corrientes de opinión en sociedades con elevado nivel de cultura política.

Legitimidad mediática

Manifiesta que antes de que se institucionalizaran los medios de control, los medios de información ya funcionaban como tales, por lo tanto, la institucionalización supone un involucramiento y apoyo a las funciones de control, lo cual no significa apoyar al órgano. Ya que donde los medios tienen

independencia, los controles tienen mayor desempeño. El ejercicio del control no puede estar condicionado por los efectos de los medios, porque más que dirigirse a las decisiones o actos de los órganos, se interesará por la imagen de las personas. Quien ejerce el control, su mayor riesgo es no estar sujeto a la influencia de los medios, sino ser objeto de seducción de los mismos.

Opinión pública

Explica, que el parlamento es el punto de intersección, entre opinión pública y opinión nacional, distinción importante para la función de control, por dos razones, una, es que el parlamento suele tener en cuenta las pulsaciones de la opinión pública y, dos, porque el ejercicio de la función de control se desprenden efectos sobre la opinión pública. La interacción puede ser constructiva o erosiva de acuerdo a la capacidad del parlamento, ésta es un medio para exteriorizar la visión de Estado y, cuando está presente en el parlamento se manifiesta a través de las funciones de control. No obstante, habra opinión nacional cuando el parlamento atienda los problemas y ofrezca una visión de Estado, en caso contrario prevalecerá la opinión pública.

Control y separación de poderes

Una exepción al principio general

Argumenta que no se puede desestimar el principio de división de poderes, como también es cierto que se debe dejar a un lado su carácter exclusivista, debido a que los controles no pueden tener esa perspectiva y, a que todos los órganos se controlan entre si, aunque en diversas proporciones. Por otro lado, los controles son una excepción al principio de división de poderes, en el sentido de que la libertad se garantiza a través de la separación pero exigiendo a su vez que se controlen entre si, de esta manera, los controles son inherentes al poder y la separación una de las formas de su ejercicio. La separación no es un dogma

absoluto, más bien los controles son una excepción debiendo ser expresos y públicos, es así, como la Constitución debe buscar su equilibrio.

Función legislativa y control político

Pone énfasis en la función normativa de parlamentos y congresos, la cual ha sido irregular, teniendo que subordinar a circunstancias, sus decisiones, a veces orientadas o dictadas desde el gobierno. De esta manera, el tema es el origen mismo de la norma, ámbito donde los cuerpos colegiados realmente legislan y se exige legitimidad en el origen de la ley. En la elaboración constitucional, una exigencia de las comunidades nacionales es que esta se tome en su nombre, pues si es legítima se obedecerá, si carece de ésta, se dará un proceso de ruptura. En las constituciones flexibles la legitimidad de la norma tiende a erosionarse donde no hay control, actualizándose la soberanía popular como instrumento de control. La función normativa del gobierno se acentúa en la medida en que la elaboración de normas se hace compleja y, su tecnificación hace que haya un alejamiento de la comprensión general y del sentimiento constitucional, trayendo como consecuencia que su interpretación sea limitada. La tendencia reglamentaria de las constituciones, es que abordan aspectos técnicos y pocos aspectos relacionados con el carácter político.

Limites al control

El Estado intangible

Comenta que en la actualidad se está produciendo una transferencia de funciones del Estado al sector privado, el primero operando con normas de interés y orden público y el segundo con normas de competencia y lucro, este fenómeno desvirtúa el origen del Estado, resultando una actividad estatal no controlada, sujeta a los medios de control jurídico, pero no a un control político, viniendo a constituir un riesgo para la tutela de la libertad. Sustituyéndose la idea de legitimidad por eficacia de las instituciones, de esta manera el control no se ejerce

en defensa de la libertad, sino para dar efectividad al desempeño de las funciones, donde se evaluarían comportamientos, no limitarían, ni orientarían acciones.

Estado intangible y Constitución normativa

Manifiesta que con el desmenbramiento de las funciones del poder estatal, la Constitución no pasaría a la pura nominalidad si se cumple con el principio democrático, el liberal y el de separación constitucional, protegidos por controles para su observancia. Sin embargo hay un problema, el gobernado carece de los instrumentos de control político para prevenir los daños que le puede ocasionar el poder privado. Por un lado es relevante que se incorporen o conserven los principios sociales y por otro, ante la existencia de actividades sin regulación, se han propuesto códigos de ética, aceptandose una diferencia; el Estado se rige por normas jurídicas y el Estado intangible por normas morales.

Descolocación de la política

Con relación a la descolocación de la política, el autor expresa que ésta significó la sustitución de los parlamentos, como centros y lugares de decisión, por los comités y los ejecutivos de los partidos, siendo necesaria su incorporación al orden constitucional. Hoy, una parte de los centros de decisión operan como poder privado, sin control, con posibilidad de influir en la vida parlamentaria y cuyos objetivos los alcanzan sólo de manera secreta, argumentandose que ha nacido un nuevo centro de poder que afecta a las instituciones de control, pues de que valdría garantizar la libertad del individuo a través de los controles reciprocos si el poder del Estado se trasforma en ficción sometido a poderes privados, lo anterior es consecuencia para que el Parlamento ensanche su poder de control sobre el poder privado bajo la premisa de tutelar el interés colectivo. Un pluralismo de poder que erosiona al poder público, aún cuando las potestades siguen ejerciendose, ajenas a los instrumentos de control (Estado intangible). Los que

detentan el poder intangible pretenden deslegitimar a las instituciones, dejando como única fuente de legitimidad al Estado intangible.

Estado de bienestar

Sostiene que la subordinación del poder en el Estado de derecho era más fácil cuando se señalaban límites, que en el Estado de bienestar cuando le imponen prestaciones y acciones positivas, produciéndose un crecimiento del Estado de bienestar y en el cual los controles no pudieron impedir la patología y concentración de poder (la burocracia y corrupción administrativa) se trató de contrarrestar dicha expansión; los controles políticos se extendieron a las áreas administrativas, resultando no suficientes, siendo desplazado el Parlamento por las contralorías administrativas. Hoy, los parlamentos hacen comparecer a los particulares, de ésta manera se reduce la dimensión del Estado intangible, el cual supuso el cercenamiento de las funciones de control.

Control y amparo

Para el autor en estudio, se ésta dando una nueva proyección del amparo, como consecuencia del Estado intangible, en algunos países procede contra actos de particulares, el cual admite dos hipótesis, o los particulares están realizando funciones coactivas o el Estado está ensanchando su ámbito de acción, lo segundo iría a contrapelo de lo constatable, reducción del aparato y de las atribuciones del Estado y, la primera, la transferencia de funciones cambia la titularidad, pero no, la naturaleza de las atribuciones.

Exceso en el control

Racionalización de los controles

Considera que el problema radica, en saber hasta que punto la parcialización de los agentes es contraría al propósito racionalizador de la

Constitución. La racionalidad normativa y política pueden entrar en tensión debido a que mientras la primera considera un objetivo garantizar el control, la segunda, lo considera un medio para obtener resultados. La contradicción oscurece la función legitimadora de los controles y, las distorsiones se proyectan como políticas ante el electorado y medios, los cuales se ven atrapados por razones políticas que tratan de justificar razones y decisiones contrarias a la racionalidad normativa. Y, la multiplicación de esas conductas llevan a la crisis del sistema.

Donde el sistema de control es el nivel mayor de racionalización y puede desembocar en una sanción, si no hay, será porque no existe previsión normativa o la mayoría lo bloqueo, pues en materia política prevalece la parcialidad, los juicios expresan realidades políticas; se parte de la presunción de responsabilidad; el control político es una expresión de poder que requiere de control. De esta manera, su ejercicio razonable es posible, en la medida en que las atribuciones otorgadas a las partes permitan mínimos de equilibrio.

Bloqueo y autobloqueo

Expresa que ejercer el control, puede generar un bloqueo al gobierno o un autobloqueo de los órganos de control, invalidándose asimismo el control y transformándose en nominal; hay casos en que el bloqueo controlado afecta al controlante mismo y, mantener en un punto de equilibrio a los controles es un problema a que se enfrentan los congresos. Los acuerdos ocultos bloquean las funciones de control o el ejercicio fraudulento los convierte en ficción.

Control y sanción

Control y deliberación

Sostiene que una de las manifestaciones de la naturaleza deliberante de los parlamentos y congresos, es la función de control, y su debate supone las formas de deliberación (solución y resolución), e incluye el ejercicio libre de dichas

facultades. La cuestión es, que si con la deliberación se agota la práctica de control. Por otro lado, cuando surge una decisión con que medios cuenta el órgano para hacerla valer, resultando necesario determinar su capacidad coactiva; otra cuestión se da, cuando la resistencia se practica desde el poder mismo, resultando importante la opinión pública a efectos de impulsar el poder coactivo del Estado contra el Estado y, ante la dificultad de que se coaccione a si mismo.

Juridicidad del control

La naturaleza jurídica de los controles políticos plantea algunas incognitas, un doble problema: no todas las disposiciones en que los controles se fundamentan prevén la posibilidad de aplicar una sanción y, cuando esa sanción está prevista, no se establecen cuales son los instrumentos coactivos para aplicarla. Sería precipitado señalar que no son normas jurídicas. Los instrumentos de control político sólo pueden tener naturaleza jurídica y, cuando los órganos del poder se resisten a aquello a lo que están obligados a acatar, la sanción se generaliza en el cuerpo social desencadenandose una crisis, produciendose la ruptura de la legitimidad; VALADÉS cita a Crisafulli, para quien el cumplimiento queda garantizado por la corrección, la lealtad y el sentido del deber y, hará notar el traslado de la responsabilidad individual a la acción política institucional; hace alusión a Haberle y Lucas Verdu, para quienes la función de control son actos dirigidos a la opinión pública que surten un efecto político relevante y sus respuestas permiten sostener que los controles no son de facto.

Aún cuando en un medio de control no esté prevista la sanción jurídica, siempre irá acompañada de la sanción política. Si el control se restringiera a aquellos casos en que puede imponerse una sanción, se tendría que llegar a la conclusión que el control es imposible en el sistema presidencial y parlamentario. El hecho es que se da el control del poder se apliquen o no sanciones. Un acto de control político puede realizarse sin necesidad de sanción jurídica, pero siempre está presente la sanción política; los actos deben desarrollarse conforme a

procedimientos jurídicos, sujetándose el órgano de control, a la Constitución, a la práctica y costumbres acordes con el sistema constitucional.

Control garantía y control verificación

Manifiesta que en cuanto a la sanción, existen dos modalidades de control: el control garantía que supone la existencia de un interés jurídico tutelado, la posibilidad de que ese interés se vea amenazado y la capacidad para evitarlo o corregirlo. Y el control verificación: que corresponde a procesos declarativos e indagatorios de los que no resulta directamente una sanción.

Control inspección y control autorización

Hace referencia a Fernandez Segado, quien plantea la distinción, entre los controles que conciernen a la verificación de una conducta, de los que contemplan la aprobación de una decisión, de esta forma distingue, entre las formas de control que comportan una sanción (las de autorización) y las que no la implican; viniendo a superar el debate acerca de la sanción.

Control del poder y eficacia de la Constitución.

Explica que la eficacia de la Constitución y la efectividad del poder, los hace converger; en este proceso, los instrumentos de control son los medios para subordinar el poder a la norma. El problema es el mismo, la coacción como atributo de las normas de control. Cuando se trata de relaciones entre órganos de poder quedan dos opciones: se acepta que pueden ser reguladas por normas sin sanción o, que hay otras expresiones de sanción o, que el Estado aplica normas jurídicas pero que él a su vez está regulado por normas morales. La solución la ofrece el concepto de sistema complejo desarrollado por Bobbio, antes de que esas normas de sanción se apliquen, existe la posibilidad de que la observancia regular de una norma haga innecesario el proceso sancionador. Esto explica que

diversos instrumentos de control político no prevean una sanción, lo cual no los priva de su naturaleza ni eficacia jurídica. Por lo tanto, la sanción no es una condición de existencia y funcionamiento del control, en el caso de que no la prevea. Concluyendo con el estudio de Hesse, Aragón y Lucas Verdu, quienes esgrimen argumentos similares en favor de la tesis.

Control como fenómeno II.

Una cuestión histórica

La custodia del custodio

VALADÉS, para quien un problema, lo es la forma en que el poder es susceptible de ser controlado, de ésta manera el problema está en las formas de ejercicio del poder, en el entendido de que los procesos de control, aún en los autoritarismos han estado presentes, el control sobre el poder como una forma más de equilibrio del poder.

Realiza un estudio doctrinario abordando a teóricos como Platón, Aristóteles, Heródoto, Cicerón, Marco Aurelio, Hobbes, Montesquieu.

La función de control

La relación entre los órganos de poder

Para el autor en estudio, uno de los temas dominantes, lo es la relación entre los poderes públicos. Con relación al poder, hay cuatro aspectos que resultan fundamentales, su origen debe ser legítimo y democrático; estos han sido amenazados por condicionamientos circunstanciales y ambientales ya superados; aún cuando el problema subsiste en cuanto a la vulnerabilidad del ciudadano. La organización del poder ha sido abordada en cualquier etapa histórica, el ejercicio del poder aspecto al que se alude como Estado de derecho, que a su vez implica una serie de asignaciones a la ciudadanía respecto de la elección, funcionamiento

y remoción de los órganos de poder; en cuanto al control, este ha estado presente en la organización y ejercicio del poder, el cual ha variado de acuerdo a la concepción dominante.

Funcionamiento del control

Manifiesta que el control es una forma de limitar y responsabilizar al poder; el poder autocrático, estaba limitado por tradiciones; el primitivo, a través de la autodefensa y autocomposición; en la edad antigua y edad media, el titular del poder responde ante una deidad.

Control y soberanía

Con relación al punto, el autor explica que debido a que el poder supremo radica en el pueblo, ante él se responde, en nombre de este actúan los representantes y, participan en las formas de ejercicio del poder, por lo tanto, la soberanía explica el origen, el ejercicio, la forma y el control, en el sentido de que es la racionalización política y jurídica del poder y en donde los controles son instrumentos de preservación de esa soberanía y, al lado de las instituciones de control, existen los organismos no gubernamentales como agentes de control.

Control y separación de poderes

Considera que a partir de que se comienza a hablar del principio de equilibrio o separación de poderes a fin de facilitar las funciones de control, se abrió una doble opción en la práctica de estas, ya se ejerzan como un derecho o interés o, como una función que contribuye al mejor desempeño del gobierno. Lo cierto es que un sistema constitucional debe contener un poder responsable, limitado y controlable. Por lo tanto la relación de poderes es una garantía para el ciudadano. El constitucionalismo tiene como eje defender la libertad y como consecuencia limitar el poder.

Modalidades del control

El autor, afirma que Loewenstein con la exposición de su teoría acredita la relación entre normas que rigen el funcionamiento y el ejercicio del poder, tratadista que veía a la Constitución como un dispositivo fundamental para el control del proceso de poder comprendiendo a las funciones del Estado, la decisión confirmadora o fundamental, la ejecutora de la decisión y el control político; el cual adoptará un esquema conformado por los controles horizontales y verticales, al que hay que agregar un control general o global. El autor pone énfasis en el cotejo entre realidad política y el ámbito normativo a fin de determinar el funcionamiento de las instituciones (en el sentido de que el poder escapa en varias ocasiones a la previsión normativa) y, resalta, que el tema de nuestro tiempo es el de la relación Ejecutivo-Legislativo y, el control de ambos por el Poder Judicial. En ese sentido se está entrando a una época donde se procuran soluciones intermedias; concluyendo que lo central de un sistema es como actúan los órganos del poder, siendo relevante el sistema de distribución. De esta manera, un esquema constitucional que permita la integración de todas las fuerzas políticas, garantiza un sistema ordenado responsable y eficaz.

Distorsiones del control

Explica que un sistema de controles mal entendido, puede conducir al bloqueo del poder; pero uno desatendido conduce a la indiferencia. Ante tales fenómenos, resulta viable la democracia funcional; para esto, hoy se discuten las mejores opciones, resultando los sistemas políticos esquemas para determinar la mejor distribución del poder quienes se definen por las preocupaciones generales y, la solución que ofrecen se refiere a la forma de organizar y hacer funcional al poder, definidos también por la relación Ejecutivo-Legislativo y, en donde el contenido y funcionamiento real de dichas instituciones, es consecuencia de la adecuación entre norma y comportamiento político.

Funciones del poder y control

Sostiene que las funciones en las que se plantea la relación Ejecutivo-Legislativo son, la legislativa, la gubernativa y la representativa del Estado. En la función legislativa al gobierno algunas legislaciones le otorgan facultades, otras no, lo mismo sucede con la función gubernativa; sin embargo cada uno de los desdoblamientos, los cuales suelen variar, se dan con el propósito de que los controles sean eficientes y que su uso no los desnaturalice.

El nuevo constitucionalismo

Expresa que en los nuevos sistemas constitucionales se procura robustecer las facultades de todos. En las crisis actuales donde se falla es en la articulación de relaciones entre representantes y representados. El reequilibrio del poder debe verse en su aspecto positivo como una necesidad del desarrollo político. Aún cuando varios países han emprendido reformas catalogadas de fondo, en si, son de forma.

Control y responsabilidad

Responsabilidad pública

Para el autor en estudio, la noción de control político debe vincularse a la de responsabilidad pública, ésta última implica que un servidor no es libre de hacer algo contrario a lo que el desempeño de su función impone, pero tampoco es libre para dejar de hacer lo que con relación a esa misma función establece la norma de competencia. Es así, como los controles conforman un conjunto de facultades para determinar si el ejercicio de la función pública se adecúa a lo preceptuado. No es sólo sinónimo de verificación.

Autocontrol

Postula que había diversas formas de limitar al poder, pero nada que no fuera su avisada conciencia, limitaba el ejercicio del poder.

Percepción del control

Argumenta que el control se ejerce para satisfacer intereses de quien lo ejerce o de aquellos a quienes representa, el grado de concentración y de extensión del control es proporcional al de centralización o descentralización del poder.

De esta forma el autocontrol practicado por un detentador del poder tiene efectos para él mismo y, si el gobernante acentúa la fricción con los gobernados traerá consecuencias negativas, en sentido contrario, la tolerancia le reditúa en obediencia.

Formación de los controles

Para el autor, los controles más antiguos, son los que resultan de la impartición de justicia, siendo una de las causas eficientes del Estado y, convirtiéndose en un control primario y precario; con posterioridad aparecerán aparatos burocráticos, el control político y en este proceso evolutivo, el control social propio de las sociedades abiertas.

Poder de control

VALADES considera que el estudio de los instrumentos de control tiene que hacerse a partir de su origen, es lo único que permite determinar su causa, propósito y función exacta. En el entendido de que es una función del poder. Es cierto que la separación de poderes resolvió el problema de la época y permitió el

surgimiento de las sociedades abiertas, el problema actual es la sociedad pluralista que reclama márgenes de tolerancia dentro de márgenes indisoseables de cohesión, conjugarlos es una tarea de hoy, para la cual el modelo constitucional clásico no basta.

Control y descentralización del poder

El autor en comento, alerta sobre el riesgo latente de pulverización del universo institucional que puede llevar a un pesimismo global o, a un optimismo mecanicista y, ante la creencia de que el Estado resolvería todos los problemas lo cual no fue así, esto generó desconfianza forzando el repliegue del Estado; donde las instituciones no controlan una parte cada vez mayor de la sociedad y el Estado ha perdido funciones reales, reteniendo sólo las formales, es decir ha mutado su estructura y representación, apareciendo nuevas formas de ejercicio del poder. Los medios de control público que el constitucionalismo trajo, parecen estarse perdiendo, debido a la transferencia de funciones ha habido un retraimiento del control.

Representatividad y controles.

Hace alusión a Bidart Campos, para quien las formulas que atribuyen al pueblo el ejercicio del gobierno, son meras creencias o representaciones colectivas. La solución al problema está en los controles políticos. Hoy, se realizan esfuerzos por conjuntar las formas de democracia directa con las de democracia representativa, las cuales han conquistado nuevos espacios, pero constituyen una derogación parcial de las instituciones representativas, e influyen negativamente en el ejercicio de los controles.

Control y eficacia política

Sostiene que la eficacia de la democracia constitucional, reside en que los sistemas de control hagan funcional al poder, donde los resultados dependen de un buen diseño institucional de los controles públicos. En la práctica constitucional se ha demostrado que los controles son intercambiables quienes garantizan la fluidez de los procesos políticos. Debido a que la democracia mayoritaria puede resultar estrecha, y la democracia consensual gana adeptos; en esta última conviene la adopción de instrumentos que faciliten el acuerdo; la buena factura y operación de los controles públicos depende que se alcancen o no parte de los acuerdos, su mal diseño o aplicación distorsionada produce la quiebra de la democracia.

Control y Estado de derecho

Limitaciones del Estado de derecho

Postula que para la organización y funcionamiento del poder es relevante el control de su ejercicio. Es un tema vinculado al Estado de derecho, el cual no parece resolver todos los problemas de la relación gobierno-gobernado.

En Estado moderno

Sostiene que estamos ante el Estado moderno cuando nos encontramos con el fenómeno de una organización política dotada de facultades de crear derecho e imponerlo coactivamente. Donde Federico de Suabia, sería quien fijaría la técnica de la sujeción de los órganos del poder y titulares al orden jurídico y Locke junto con Montesquieu, representarían la vanguardia en la lucha intelectual por la racionalización del poder político.

Separación de poderes

Expresa que aún cuando el principio de separación de poderes vino a ser un elemento definitorio más del Estado de derecho no explica la trama del poder. El Estado de derecho engloba de manera parcial al fenómeno político de nuestro tiempo, no escapando a la duda que juega con sus propias reglas y crea sus propios límites, establece sus responsabilidades, fija sus atribuciones y modifica lo que quiere modificar, todo esto no lo convierte en absoluto por la existencia de otros elementos del Estado moderno; a partir de la primera posguerra se insertarían las garantías sociales, surgiendo el Estado social y democrático el cual entraría en crisis y por tanto se consideraría prescindible. En la actualidad se está dando un repliegue del Estado y como consecuencia que diversas actividades se sustraigan del control público, produciendo efectos negativos.

Extensión del control político

Expresa que ante las nuevas realidades del Estado, cobran importancia los controles políticos, los cuales permiten el equilibrio de las instituciones sin afectar su efectividad ni su eficacia y, cuyos elementos tienen como objeto, mantener el dinamismo de las mismas, limitando su acción y sujetando su actividad a reglas. En un mismo sentido, los instrumentos de control, existen como parte de un orden constitucional, el cual es el fundamento del Estado social y democrático, éste último tutela los derechos activos y pasivos.

En la actualidad el gobernado dispone de nuevos instrumentos para hacer sentir su voluntad y condicionar la de sus representantes, de tal forma, que se han combinado instituciones de democracia directa con instituciones de democracia representativa.

Derecho al buen gobierno

Considera que el derecho al buen gobierno, se expresa por la garantía de que las instituciones funcionen en los términos de eficiencia y eficacia, también es un derecho del gobernado, correspondiendo por igual a quien desempeña tareas de gobierno y a quien aspira a sustituirlo. Debido a lo anterior, en la construcción de una institución los mecanismos de control deben ser compatibles con su funcionamiento, pues una de las dificultades en el ejercicio de los controles, puede originarse como resultado de un error de lectura y de inercia política, desencadenándose la pérdida de equilibrios institucionales y preludiar la quiebra de la democracia.

Creencias constitucionales

El autor fundandose en las ideas sustentadas por Hauriou hace notar un problema, en el sentido de que con las construcciones institucionales se alimentan aspiraciones ideales, tiende a creerse en una función mágica de éstas, ya sea por ingenuidad o por desidia social; sin embargo la adaptabilidad de las instituciones está condicionada por la flexibilidad de las conductas, al tiempo que los enunciados abstractos requieren para su objetivación de las llamadas creencias políticas las cuales incluyen la capacidad de positivizar la norma. A la creencia se le puede dar otro alcance, el de identificar entre normalidad y normatividad, en tratándose de los controles políticos lo que define su alcance real es la relación norma-conducta.

Pone énfasis en la cuestión de la desconfianza hacia los políticos, porque pueden ponerse en la titularidad a personas sin capacidad, resultando necesario establecer el juicio que los afecta, causas y consecuencias.

Control y orden

Fragmentación del poder

El autor advierte del riesgo de que una reacción proporcional al ejercicio autoritario del poder lo lleve a su fragmentación; sosteniendo que los cambios deben darse a través de una transición y, a su vez resalta la quiebra del Estado de bienestar como instrumento de estabilidad y la crisis del sistema representativo consecuencia de la desconfianza ciudadana hacia los dirigentes políticos y la erosión de las instituciones. Poniendo al descubierto el surgimiento de nuevos centros de poder.

Estabilidad del poder

El autor hace alusión a Lipset quien habla de la estabilidad del sistema democrático, derivando que las tensiones y entendimientos son de naturaleza política, regulados o no regulados, el primero es el caso de los controles políticos, VALADÉS, sostiene que desde un punto de vista constitucional, la eficacia de entre varias formas de expresarse consiste en que los órganos actúen de acuerdo a la norma y produzcan los resultados que de ellos se esperan; Linz adhiriéndose a la postura de Lipset, adiciona la efectividad como elemento de estabilidad.

En una democracia, la alternancia se alcanza por el sufragio el cual se traduce en un control político. Utilizar un instrumento de control como medio de combate produce la caída del sistema, por otro lado, generan equilibrio. Debido a que recorren los controles todo el sistema; habrá que determinar donde se localizan y como se ejercen en el proceso electoral; en el funcionamiento de los órganos de poder y, su relación con los gobernados. Y como función del poder que son, debe analizarse: a) en que consisten las funciones; b) donde están ubicadas y, c) como se ejercen formal y materialmente.

Teoría de los ordenes.

El autor aplica la teoría de los ordenes a los controles políticos.

El control como proceso III.

En este apartado, VALADÉS estudia los instrumentos de control político, en España, Estados Unidos y México.

Consideraciones finales.

Extensión y límites del control

Expresa que los problemas del poder tienen muchas causas que requieren soluciones complejas. El constitucionalismo moderno cuenta con los instrumentos de control que regulan el ejercicio del poder, aún cuando no sean una panacea, estos actúan de manera complementaria.

Destaca que son evidentes las limitaciones de los instrumentos de control, los cuales son menos funcionales cuando mayores son las asimetrías entre los órganos de poder.

Sostiene que los controles externos y su complemento, los internos, permiten culminar el círculo de racionalización del poder, estos últimos, son relevantes para la generación de equilibrio.

Control y recuperación constitucional

Postula que el proceso de recuperación constitucional consiste: En consolidar la positividad de la norma y, así, de la democracia misma; como en hacer más operativos los medios de control.

Controles y constituciones consolidadas

Para el autor en estudio, se puede decir que sin consolidación constitucional previa, no puede darse la consolidación democrática, la primera presupone a la segunda, la norma constitucional es la que ofrece esa garantía de libertades públicas. En este proceso los instrumentos de control adquieren una relevancia central. Sin controles políticos aplicables y aplicados, son imposibles, la Constitución consolidada y por ende la consolidación democrática.

Dilución del concepto de control

Argumenta que con una política que privilegia los derechos de las minorías y se aleja del criterio mayoritario que acentúa el valor del consenso y que atenúa el papel del Estado en la sociedad, la función de los instrumentos de control tiende a diluirse.

Adjetividad de los controles

Sostiene que las normas que establecen los controles tienen naturaleza procedimental. Los instrumentos de control son en buena medida, el capítulo procesal de la política y, traducen el *ethos* social. Son los instrumentos constitucionales que dinámizan las normas sustantivas, son intercambiables, presentan menos problemas interpretativos que las sustantivas y, guardan estrecha relación con una buena construcción técnica.

Tipología de los controles

Considerando que la sola Constitución formal apenas explicaría parcialmente la realidad, así ocurre con los controles.

El autor distingue a los controles, formales, materiales, unidireccionales, bidireccionales, organizativos, funcionales, preventivos, correctivos, perceptibles, imperceptibles, constitucionales, paraconstitucionales y, prevé otras posibilidades de encuadramiento, en función de su naturaleza, de acuerdo con su objeto, de acuerdo con su frecuencia, con su forma, con sus agentes, con sus destinatarios, con su oportunidad.

VALADÉS pone en claro, que se ha logrado articular una teoría del Estado y del Derecho, pero falta explicar el fenómeno del poder en todas sus manifestaciones, pero se logrará sólo cuando se enuncie una teoría general del Estado, del Derecho y la democracia. Concluye expresando que será entonces cuando se pueda apreciar con mayor nitidez el alcance de los controles como cláusula central del contrato social y su dimensión real en el ámbito de la justicia y de la libertad. En este punto, desde luego, será necesario examinar la interacción entre los controles políticos, jurídicos y sociales. Se trata de un amplio espacio para la reflexión al que deberá acompañar la definición y adopción de un nuevo instrumental de controles constitucionales.

M Quiroga Lavie Humberto. (La teoría de sistemas aplicada al control del poder).

Es una investigación dirigida a aprovechar los conceptos sistémicos en la organización constitucional.

QUIROGA LAVIE, hace referencia al sistema; entendiéndolo por tal a la organización de variables (las normas) para producir transformaciones uniformes (igual, semejante).

Es decir para que un sistema se transforme o pueda ser susceptible de transformación deberá poseer una Constitución. Una organización (ejecución, procedimiento) procedimental que tiene como función la unión entre normas,

mientras que éstas son dinámicas, pudiendo adaptarse al ambiente porque este se transforma en función de sus necesidades de organización; la Constitución garantiza la continuidad impidiendo la ruptura del sistema.

Para el constitucionalista argentino, el Derecho: Es un sistema de normas organizado a partir de una Constitución; en donde las normas son las variables del sistema jurídico, así, como la Constitución es una estructura de reglas o principios que hacen posible la unidad y continuidad; en tanto que el programa del sistema jurídico, lo constituyen la estructura de reglas y principios.

Expresa que a partir de la Constitución, se definen las funciones de las normas (los derechos y competencias) los objetivos del sistema (que son objetivos del sistema político) y los mecanismos de control que permiten el cumplimiento de las reglas y principios.

Arguye que el programa del sistema: –sea político, social o jurídico- es el conjunto de reglas que regulan su organización propia o por sí, y donde el objetivo de su organización es producir de nuevo el sistema y adecuarlo al entorno.

En tratándose del sistema jurídico, la Constitución regula la organización propia o por sí del derecho por conducto de reglas (exacto, cierto, claro) precisas para crear, suprimir y modificar las normas jurídicas (leyes, decretos y sentencias), así como para producir su propia transformación (la reforma de la Constitución).

Hace alusión a los límites del sistema jurídico, materializados en los ámbitos de validez, los cuales son los siguientes: el ámbito material que determina el contenido normativo, y la particular manera de ser regulada la conducta por el derecho; el ámbito temporal que establece para cuando tienen vigencia las normas, si pueden o no ser retroactivas o ultra-activas; el ámbito formal que determina cuales son los procedimientos a través de los cuales se crea el Derecho y el ámbito territorial que determina donde se aplica el Derecho.

La Constitución tiene los cuatro ámbitos, aunque en ella se particulariza la función de reconocer las restantes normas que forman parte del sistema jurídico. La función de reconocimiento adquiere particularidad a través de los ámbitos de validez.

QUIROGA LAVIE, al referirse al dinamismo de los sistemas, afirma que es impensable un sistema estático; el dinamismo es de la naturaleza de todo sistema.

Es incongruente pensar en la consolidación del sistema como algo inmutable y, también creer que es más operativa una Constitución cuando menos se le reforme.

La reforma del Derecho es una función de organización propia que no se puede pasar por alto de frente al problema creciente de aquello que se organiza.

La larga vida que se espera tengan las constituciones es una publicación que se formula en términos temporales frente al constante cambio de la legislación ordinaria, pero no impone ningún tipo de no cambio o variación.

La Información en el sistema jurídico.

Considera que la autoorganización: Es un postulado en términos de teoría cibernética, ésta última, es la ciencia de la comunicación (información), el control y la eficiencia.

Expresa que el sujeto sólo puede decidir con eficiencia si dispone de información suficiente.

Para él la soberanía política, es la capacidad de auto-organización (organizarse por si o propia) que tiene un pueblo, capacidad determinada por el

control que el pueblo ejerza sobre la información necesaria para decidir, y no dependiente de otros decidores ajenos al sistema político.

En tanto que el control, es la corrección de los desvíos informacionales que se producen en el sistema para lograr por retroinformación positiva o negativa, según el caso que los sujetos que se auto-organizan dispongan de la máxima información posible, a efectos de poder utilizar correctamente la libertad de que disponen.

Un sistema político, con vías de comunicación que no se encuentren interrelacionadas dejaría de existir, a contrario sensu si posee interconexiones y un elevado nivel de información, es posible que conserve su variedad, es decir que se desarrolle.

Con respecto a la Ganancia de Información, sostiene que la información está en relación con la capacidad de mensaje (enviar mensajes) para eliminar la incertidumbre, es decir, la calidad de información se mide por la cantidad de incertidumbre que disminuye, en este sentido la información aumenta cuando la incertidumbre disminuye.

La excesiva abundancia de la información es un exceso en la proporción informativa (que no produce ganancia) en la hipótesis de que la excesiva abundancia de información no sea corregida o disminuida, puede convertirse en ruido, no pudiendo distinguirlo de los mensajes, lo que nos llevaría a incurrir en un falso mensaje.

El control de la calidad de la fluidez informativa deberá hacerse con métodos de detección de errores en la transmisión de un mensaje, para esto, se deben crear códigos que corrijan esos errores, y tengan la capacidad de insertar una cantidad repetitiva en la fluidez de información que haga posible disminuir las distintas interpretaciones de cada uno de los mensajes.

Un sistema político es dinámico y abierto, por lo que estar abierto a la información resulta insoslayable; en este sentido si Estado y gobernantes se aíslan de su ambiente social, se tendrá como consecuencia, por un lado, la pérdida del poder y, por otro, el colapso o el desplome del sistema, resultando fatal la desinformación.

Para un sistema jurídico, el efecto más negativo de la falta de información, lo produce el insistente desentendimiento de los gobernantes por los efectos que producen las normas jurídicas en sus distintos niveles.

Se sancionan leyes improvisadas, sin información acerca de si son aplicables o no, por lo que, es clásico que la sociedad sea el banco de pruebas del gobernante; esto no es lo más grave, lo grave es que quienes las dictan se desentienden de sus efectos: si se cumplen o no se cumplen. Empero no hay una acción de inconstitucionalidad por incumplimiento de leyes, sólo en el caso de que esta afecte un derecho.

No hay conciencia pública (un total desconocimiento) de la proporción de leyes que están en incumplimiento, aún más, no saben el daño que causa el incumplimiento de las leyes. Lo anterior es típico de un sistema constitucional alterado que no puede operar.

La excesiva abundancia, el ruido normativo es una variable de ésta con efectos más notables y graves, como la multiplicación normativa que genera dificultades jurídicas a la hora de la interpretación, tarea cotidiana de las asesorías letradas de la administración pública y de abogados.

El ruido normativo puede producir un doble efecto negativo, consistente en que:

El legislador con su reiteración en la emisión del mensaje jurídico consigue que no se le entienda.

El legislador con su reiteración en la emisión, habilita al interprete (órgano administrativo de aplicación) para que se convierta en legislador sustituto por la vía de la interpretación del Derecho.

La interpretación aprovecha la excesiva abundancia y el ruido normativo (multiplicación normativa) para constituirse en ocultos generadores de resoluciones ineficaces, contrarias a quien está habilitado constitucionalmente para hacerlo.

El control como factor de realimentación del sistema.

Como un elemento más que constituye la estructura funcional de un sistema además de la comunicación, lo es el control del poder, debiéndose entender como, la capacidad de un centro de energía para constreñir a centros de resistencia cualitativamente mayores al cumplimiento del programa del sistema.

El cumplimiento del programa, para lograrlo, el control debe funcionar como un sistema de aumento de energías, que se obtendrá a través de un proceso de selección de información que distingue el tratamiento informativo para potenciar (comunicar potencia a una cosa o incrementar la que ya tiene) (impulsar) el sistema.

El desarrollo de un control desigualitario produce el desequilibrio social, esto no implica que actúe como mecanismo de desequilibrios, sino que deberá de actuar como un compensador (igualador en opuesto sentido) en la pérdida de información para lograr el equilibrio del sistema.

El control como compensador a fin de lograr el equilibrio, permite considerarlo igual que el poder, porque no basta tener mayor energía que el

controlado para tener pleno poder, sino que la proporción de poder del poderoso se encuentra en la capacidad que tiene para controlar a quien dispone de mayor energía que el mismo, a partir de una perfecta o mejor organización de sus elementos diversos de que se compone, es una forma de convertir la debilidad en fortaleza.

Es claro que si el controlante tiene más cantidad de energía que el controlado, el primero se encuentra en mejores condiciones de ejercer poder sobre el segundo, pero no es tan obvio que ello ocurra siempre, pues es frecuente que el primero no aproveche el poder que le es propio, le ocurre al Estado por su deficiente organización, por estar organizado en términos cibernéticos es un desafío del tiempo, en caso contrario, los diversos elementos sociales colocarán al sistema social en situación de estallido.

La función del control en el sistema político y jurídico.

La función del control en el sistema político, será la de lograr que la información circule con la mayor fluidez posible a fin de garantizar la mayor legitimidad del ejercicio del poder, traduciendo en un consenso suficiente hacia el gobernante por conducto del gobernado.

La función del control en el sistema jurídico, será la de lograr que el Derecho se cumpla, por lo que el programa social materializado del Derecho, no se quede sólo en programa.

Si el control jurídico funciona correctamente, correlativamente lo hará el control político. Porque la eficiencia del Derecho es directamente proporcional a la eficiencia de la política.

Lo que hay que suprimir e impedir es que se utilice la noción negativa del concepto de control, como la técnica de impedir, de determinar la conducta del controlado, de sustituirlo (ultraliberalismo).

Para la teoría de sistemas: el control significa remover los obstáculos que impiden el ejercicio de la libertad, es decir, que coloque las condiciones adecuadas para el ejercicio de la misma.

El trato sistémico fija los límites, fuera de estos, la libertad se convierte en equiparabilidad o caos.

Sin control la libertad de los sujetos no es posible, porque son desiguales y se matan entre ellos y, la muerte de algunos significa la muerte del sistema.

El control es libertad, se controla para que la información y los recursos lleguen a sus destinatarios, sin control se produciría algo contrario provocando la paralización y enfermedad del sistema.

Se desea un control para la libertad, el cual implica imponer obligaciones y cargas a los grupos sociales a fin de darles instrumentos funcionales que les permitan defender derechos y ganar en términos de libertad.

La técnica del control más acabada, es la retroalimentación de las demandas sociales por ejercicio de las decisiones de los gobernantes, esto implica romper con el sentido lineal de la causalidad y, adoptar una dirección circular entre las demandas sociales y las decisiones de los gobernantes.

Por lo que concierne, a la retroalimentación, la cual significa instalar la técnica de la relación circular entre decisiones de los gobernantes y demandas sociales, en vez de una relación entre causa y efecto lineal, hacia delante, que se desentienda de las demandas sociales.

Se retroalimentan las demandas sociales por las decisiones de los gobernantes, en razón de que las demandas sociales fueron imperfectas en términos de conseguir las decisiones fundamentales previstas en el programa o código del sistema.

Al sistema no se le permite dejar de cumplir el código que la gobierna.

Para evitar la violación de los códigos que gobiernan los sistemas, deberán instalarse mecanismos que corrijan los desvíos provocados por demandas excesivas o insuficientes, en relación con los recursos de que dispone el sistema.

La retroalimentación está fundada, precisamente, en el mecanismo de corrección de desvíos no consentidos por el programa del sistema, para impedir que se exagere la abertura que se consiente, el sistema estalle o se muera por parálisis.

En el sistema jurídico, las causas están constituidas por las demandas sociales y, los efectos por decisiones de los gobernantes. Las demandas sociales están generadas por el tejido social que hace de ambiente al sistema político conducido por los gobernantes. El sistema jurídico es una variable del político. Las decisiones cumplen la función de repartir recursos que pueden ser: materiales (dinero), simbólicos (crear normas jurídicas).

Las demandas pueden generar (por intereses creados o desconocimiento).

Normas inconstitucionales (afectando el programa jurídico).

Obligación de entregar recursos (afectando el tesoro público).

En ambos casos, el control correctivo de los desvíos tiene como objeto acortar la abertura.

Entre la tolerancia normativa del Estado y demandas sociales.

O aumentar el crecimiento del sistema, cuando la reserva normativa y recursiva lo permitan a tenor de un programa jurídico.

Nos interesa el control retroactivo positivo o negativo, que se puede ejercer por conducto del Derecho:

Si el control lo ejerce el legislador sobre demandas desmedidas o pretensiones exageradas de la burocracia, su respuesta debe dirigirse hacia el sector que las ha originado antes de sancionar la norma.

Si lo ejerce el Ejecutivo puede operar en forma equivalente (ser igual) sobre el reglamento, veto legislativo o proyecto.

Si lo ejerce el Judicial, el control es diverso al impedir la inconstitucionalidad por acción u omisión en el desempeño del gobierno.

Causas que generan la entropía del sistema jurídico:

La falta de impulso procesal frente a violaciones de Derecho Público.

La falta de impulso por particulares, interesados en la reparación de las violaciones del sistema jurídico.

La falta de efectos *erga omnes* en la declaración de inconstitucionalidad, cuando el orden público está en juego.

La permanente apelación de no justicialidad a cuestiones políticas.

La improcedencia de la declaración de oficio de inconstitucionalidad.

La inexistencia de la acción directa de inconstitucionalidad.

La redundancia procesal, provocada por la jurisdicción administrativa antes de poder acudir a la justicia.

La retroalimentación positiva y negativa.

QUIROGA LAVIE, distingue tres tipos de retroalimentación: La primera es la que (correctiva) opera como control correctivo de los desvíos producidos por demandas excesivas en relación con los recursos materiales o simbólicos (normas, valores o discursos) existentes en el programa del sistema; la segunda (acumulativa) es la que actúa a favor del crecimiento del sistema cuando hay recursos suficientes en este último, no tratándose de un sistema estático sino en desarrollo y, la tercera es aquella que se manifiesta como control de constitucionalidad para asegurar la supremacía del programa del sistema o como nulidad para retirar del sistema los actos jurídicos violatorios de las condiciones exigidas por aquel para ser válidos.

Clases de control social

El Derecho como Sistema de Control Social: Sin él no habría libertad, ni los gobernantes podrían actuar democráticamente, y por ende, legitimados.

Con respecto a las clases de control social, sostiene que una clasificación de controles sociales impacta al sistema de controles jurídicos.

Entendiendo por control jurídico, aquel tipo programativo y, que tiene por objeto garantizar el programa del sistema (la constitución). El control se aplica para garantizar el cumplimiento (corrección) o para cambiar la Constitución, cuando las normas perjudican al sistema o han caído en desuso (la reforma) es de mala opinión que el Derecho tenga validez y no se aplique (forma de quitarle validez al sistema).

Hace alusión al Control Integrativo, el cual tiene por objeto asegurar que los funcionarios que operan el sistema cumplan los roles institucionales que le están previstos: vgr; juicio político, voto de censura, el juicio de responsabilidad de los funcionarios o empleados administrativos, el juicio de residencia, la interpelación

parlamentaria, las intervenciones del defensor del pueblo en el desenvolvimiento administrativo, pedidos de informes.

Efectos:

- . Separar al funcionario
- . Cambiarle el rol de desenvolvimiento

Por Control Contextuante entiende, a aquel cuyo objeto será lograr que el poder Judicial como la administración pública se abran a su entorno y verifiquen su reciproca adaptación al flujo de demandas que les envía el ambiente social, en este sentido deben operar en un ámbito de apertura hacia la sociedad.

En tanto que Control Prescriptivo, es el que, a través del ordenamiento dispone la aplicación de sanciones -privación de bienes al sancionado- frente a las infracciones que se produzcan. Conlleva una técnica rígida, en donde la coacción es utilizada como técnica de aseguramiento de aplicación de la sanción.

La coacción puede provocar resistencia y disenso. La burocracia administrativa difícilmente goza de consenso (del administrado) que puede influir en perjuicio de los tribunales de justicia. Un desafío a la reforma del Estado será revertir la burocratización.

En tanto que el Control Espontáneo, trata de lograr el cumplimiento del programa del sistema sin imposiciones, alcanzandose a través de la fuerza de convicción que surge de la libre confrontación de las ideas y de las posiciones entre los sectores involucrados por el cumplimiento del sistema jurídico.

El sistema informativo abierto es fundamental para llegar a resultados concretos. Debido a que la información es poder y libertad y, lo que viene

impulsado por ésta última genera nueva energía. Pero tratándose de mecanismos voluntarios o espontáneos generan la incomunicación.

El Prescriptivo debe ser supletorio del espontáneo para el caso de que este falle; pero no fallará si el ciudadano activa los mecanismos societales para restaurar sus derechos, implicando el incremento de instrumentos de participación social; para estos efectos el control debe ser distribuido en la sociedad (juicio por jurados).

El Control Positivo, es el que se actualiza a través de premios o estímulos dirigidos a promover determinados tipos de conducta y, como medio alternativo al control que implica una sanción.

En tanto que el Control Utilitario, un control de resultados (eficacia) o control de costos (eficiencia). En todos los ámbitos no se puede prescindir del resultado, los principios valen en función de este, en donde los medios están justificados por el fin, cuando los resultados no causan perjuicio a nadie en particular, y si beneficios al bien público. Es favorable que sea ejercido no centralizadamente, a partir de un incremento de la participación social.

El Control Participativo en manos de agentes sociales nos lleva a tratar los derechos públicos subjetivos como variables (control descentralizado). Será correcto utilizar, la gama de variables: la acción popular, la acción de clase, la acción de interés público, la acción asociativa, un ministerio público electo por voto popular, el juicio por jurado, las audiencias públicas, el defensor del pueblo.

En este sentido el Control Permanente, no puede ser ejercido fuera de su tiempo, ni adelantar, ni retrasar, sino que será guía para evitar la catástrofe o para no entrar en parálisis.

Este es preventivo (anticipado) de males o daños que producidos, son irreparables.

El Aposteriori es inevitable, para modificar el programa o para hacer más fluido el tránsito entre conflicto y consenso.

No quiere decir que el control permanente sofoque la energía, pero no debe desaparecer de la vigilia, ser imperceptible, ojo avizor, no freno, transparencia no obstáculo.

Distingue el Control Centralizado del Descentralizado: Los dos son imprescindibles; el primero para tratar de superar el conflicto entre los sectores sociales y, el segundo para que exista retroacción y no entre el sistema en apatía, ambos no admiten tipología precisa, tienen una gradación múltiple, (descentralizado-derechos difusos, acción popular, audiencia pública).

Se refiere al Control Directo o Indirecto: La distinción entre ambos se hace en función de delegación de potestades públicas, no habrá que hacer objetivaciones a la delegación cuando resulta funcional en términos de eficiencia, bajo ciertos criterios, que son:

- a) Que haya un marco de limitaciones.
- b) Que haya un término para llevar a cabo la delegación.
- c) Tener un control sobre el ejercicio de la delegación.
- d) Tener las bases legales (ley orgánica) sobre delegación legislativa.
- e) Que esté dispuesto el órgano delegado.
- f) Que esté dispuesta la indelegabilidad de materias, taxativamente la reserva de una ley, en leyes orgánicas.
- g) Que esté dispuesta la prohibición de la subdelegación.
- h) En que supuestos cabe esta última (es decir se admite excepción).

Control Total o Parcial: Será funcional si este último no usurpa potestades del poder controlado, aunque produce efectos a la totalidad. Sólo conoce de especialización, lo demás lo ignora. Pero no existen, ni funcionarios, ni sistemas aislados.

En un sistema jurídico, como es la función de las leyes de reducción de complejidades y las leyes de la variedad requerida.

Hace referencia a las leyes de reducción de complejidades, sosteniendo que debe existir equivalencia entre respuesta y pluralidad de demandas; quedando el incumplimiento a cargo de la eficiencia del sistema jurídico.

Si existe una demanda complicada, la forma de hacerla sencilla será a través de la variación de las respuestas, como alternativa y solución a la cuestión planteada.

El supuesto variedad, hace necesario establecer todos los modos de comportamiento posible para dar salida a necesidades que bloquean la solución jurídica.

La variación de alternativas no puede hacerse aisladamente; las demandas son dinámicas que no admiten respuestas aisladas, en lo general las respuestas jurídicas tienen carácter obligatorio, señala invariantes, por ser sus respuestas dogmáticas.

No existen las soluciones jurídicas alternativas, generando inseguridad. Se podrían solucionar varios problemas si los destinatarios de las normas pudieran elegir caminos alternativos, desechando predisposiciones frente a casos diferentes que nos presenta la realidad.

Homeóstasis

El sistema jurídico necesita transformarse con el objetivo de atender a las demandas de la sociedad, pero sin que se vulnere a la Constitución, ni implique un costo para su funcionamiento, por lo tanto, al cambio equilibrado con respeto a la norma fundamental, se le denomina homeóstasis.

En un mismo sentido, quienes hacen posible la homeostasis, son los bucles de retroalimentación; aunque lo idóneo sería hablar de homeerhesis, que hace referencia a un cambio dinámicamente estable del sistema, consistente en la reorganización, donde el sistema mantiene su identidad pero cambia sus unidades acordes con el entorno, en los límites de las oscilaciones generadas por el cambio; aunque si entra en crisis es imposible su reproducción.

Una crisis del sistema se puede generar, por sobrecargas de tensiones y por falta de respuestas apropiadas a demandas que resultan inéditas. Por lo tanto frente al exceso o defecto de poder, una variable es la modificación de la Constitución en áreas que no han funcionado correctamente.

A la falta de capacidad para producir la homeerhesis se le llama envejecimiento. El sistema puede envejecer por rigidez o por disminución de su memoria, en el primer supuesto no se pueden compensar las variaciones que provienen del entorno, en tanto que el segundo produce el bloqueo a la capacidad de control; no se pueden controlar las disfunciones por falta de información o por desorganización del centro de control que mantiene integrado el sistema.

Los operadores del sistema jurídico

Los jueces para cumplir con su función deben informarse de los operadores del sistema, asumiendo un poco de dicha función, para ser cumplidos y eficientes en el sistema jurídico.

Resulta necesario contar con operadores especializados en la creación del Derecho y en su aplicación, los cuales pueden ser: reguladores, correctores, comparadores, analistas y programadores.

La caja negra

Al hacer alusión a la caja negra la cual implica conocer al sistema por sus reacciones externas, pero no por su funcionamiento interno.

Si la burocracia funciona como caja negra, produce disfunciones, las cuales no deben darse en una organización constitucional estructurada bajo postulados cibernéticos.

Holismo

Hace referencia al holismo, el cual debe entenderse como conocimiento total, y no en parte, como consecuencia la Constitución debe comprenderse como un sistema de reenvíos, en relación con las realimentaciones y en función de otros sistemas a los cuales reenvía, para que pueda funcionar como forma abierta a través de la cual pasa la vida.

A fin de lograr la globalidad del conocimiento sistémico, deben producirse relaciones de cohesión, adecuación, articulación, covarianza, movilización, asimilación y de control, entre las variables internas y externas con quien el sistema en cuestión (constitucional) se relaciona, de lo contrario el sistema no funcionaría como técnica de organización.

Una organización fuera del sistema es ilegítima, por lo tanto, la organización sistémica debe apuntar a optimizar la autoorganización por parte de cada uno de los subsistemas que integran el sistema social, ya que la vida de los sistemas (la

vida del Derecho) y su conservación, deben definirse como una relación entre organismo y entorno.

Conclusiones

Desde tiempos ancestrales, no han faltado los teóricos que se han pronunciado sobre el control del poder, como HERÓDOTO cuando hace referencia al pueblo persa donde se discutía la mejor forma de gobierno a efecto de evitar el exceso de poder, o PITÁGORAS al aludir al poder científico como órgano de control del poder, o ARISTÓTELES cuando habla sobre su teoría de los tres poderes, o PLATÓN quien sostuvo que en una ciudad justa deben existir guardianes que ejerzan el control, o Cicerón quien sostuvo en su momento que si tuviera que optar por alguna forma de gobierno, se inclinaría por la monarquía.

La edad de las luces, se vio encumbrada por grandes estudiosos, los cuales, sostuvieron teorías que vendrían a ser prototipos de sistemas constitucionales con respecto al control del poder, como CONSTANT y su poder neutro, MONTESQUIEU y la teoría de la división de poderes, SIEYES y el supremo poder conservador, LOCKE y el Poder Legislativo.

Durante el siglo XX se gestaron teorías, que auxiliaron a identificar de forma nítida la problemática del control del poder, que sin pretender objetivos exhaustivos, podemos mencionar a LOEWENSTEIN y su teoría de los controles verticales y horizontales, ARAGON y los controles políticos, jurídicos y sociales, VALADÈS y los controles políticos, QUIROGA LAVIE y la teoría general de sistemas aplicadas al control del poder.

Las disimulas aportaciones, no deben verse desde una perspectiva exclusivista y personalista, más bien sistemática, y considerar que pueden perfeccionarse en un futuro, con el único propósito de mantener al poder político y

social dentro de los márgenes del derecho, sostener una postura contraria, nos conduciría a desechar lo hasta hoy alcanzado por la doctrina del constitucionalismo.

**CAPÍTULO IV.-
EL CONTROL DEL PODER Y LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL, EN LOS
GRANDES SISTEMAS DEMOCRATICOS.**

SUMARIO: CAPITULO IV.- EL CONTROL DEL PODER Y LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL, EN LOS GRANDES SISTEMAS DEMOCRÁTICOS. A Francia. 1.- Consejo Constitucional francés. 2.- Medios de control jurídico. a.- El control de la constitucionalidad sobre Leyes ordinarias. b.- Control de constitucionalidad sobre Leyes orgánicas. c.- Control de los reglamentos durante el procedimiento legislativo. d.- Control de las ordenanzas durante un procedimiento legislativo. e.- Control sobre los tratados internacionales. f.- El control en los referéndums. g.-El control con respecto a los reglamentos de las cámaras. h.- Funciones de control en materia electoral. I) Velar por la regularidad de las elecciones. II) Jurisdicción electoral. III) Comprobación. IV) Consulta. i.- Las resoluciones del Consejo Constitucional. 3.- El Parlamento. 4.- Medios de control político. a.- Declaración de Guerra. b.- Estado de sitio. c.- Presupuesto de ingresos y egresos. 5.- Senado francés. 6.- Medios de control político a.- Nombramientos. 7.- Asamblea Nacional. 8.-Medios de control político. a.- La inviolabilidad parlamentaria. b.- La irresponsabilidad penal. c.- La disolución de la Asamblea Nacional. d.- Leyes. e.- Moción de Censura. 9.- Presidente de la República de Francia. 10.- Medios de control político. a.- Veto suspensivo. b.- Nombramiento. c.- Medidas extraordinarias (Poderes excepcionales). d.- Refrendo ministerial. e.- Tratados internacionales. f.- Responsabilidad del Presidente. g.- Revisión y reforma de la Constitución. 11.- Primer ministro. 12.- Medios de control político. a.- Sesiones. b.- Iniciativa legislativa. c.- Cuestionamiento al gobierno. d.- Delegación legislativa (ordenanzas). e.- Comisión mixta. f.- Cuestión de confianza. g.- Moción de censura a partir de una cuestión de confianza. h.- Poder reglamentario. i.- Presidente interino. j.- Referéndum. 13.-Tribunal Supremo de Justicia. 14.-Consejo de Estado. 15.- Consejo Superior de la Magistratura. 16.- Tribunal de Justicia de la República. 17.- Consejo de Ministros. **B Estados Unidos.** 1.- Los controles jurídicos en los Estado Unidos de Norteamérica. a.-La revisión judicial. I) La revisión judicial en la época colonial en los Estados Unidos de Norteamérica. II) La Constitución de 1787 y la doctrina, en el Federalista sobre la Judicial Review. III) Caso Marbury Versus Madison. 2.- Los controles políticos en los Estados Unidos de Norteamérica. a.- Presidente. b.- El impeachment (impedimento). c.- Iniciativa. d.- Veto. e.- Veto selectivo. f.- Convocatoria al Congreso. g.- Informe al Congreso. h.- Facultades de investigación del Congreso. i.- Poder de declarar la guerra. j.- Facultades de nombramiento. k.- El gabinete. l.- Los tratados internacionales. m.- Poderes implícitos. n.- Facultades delegadas. ñ.- Facultades extraordinarias e inherentes. o.- Comisiones administrativas autónomas (Comisiones independientes de carácter reglamentario). p.- El veto legislativo. **C Reino Unido de la gran Bretaña.** 1.- Medios de control político. a.- Ordinarios. b.- Extraordinarios (Moción de censura y cuestión de confianza). I) Del parlamento

hacia el gobierno. II) Del gobierno hacia el parlamento. A) La disolución de la Cámara de los Comunes. III) El veto de la Cámara de los lores. IV) El veto del soberano. V) Tratados internacionales. VI) Control por conducto de la Comisión Parlamentaria para la Administración. 2.- Medios de control jurídico. a.- La inexistencia de medios de control sobre los actos parlamentarios. b.- Control de la legislación subordinada por el Parlamento. c.- La revisión judicial. d.- Habeas Corpus. **D México.** 1.- Instrumentos de control político. a.- Iniciativa. b.- Veto. c.- Sesiones. d.- Informe presidencial. e.- El informe, las preguntas y las comisiones de investigación. f.- Los controles financieros. g.- La suspensión de garantías. h.- Facultades extraordinarias. i.- La aprobación de los nombramientos. j.- Tratados internacionales. k.- La desaparición de poderes. l.- La defensa nacional. m.- La declaración de Guerra. n.- Refrendo ministerial. ñ.- La ausencia temporal. o.- Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 2.- Instrumentos de control jurídico. a.- Juicio de amparo. b.- La controversia constitucional. c.- La acción de inconstitucionalidad. d.- El juicio político. e.- Juicio de procedencia. f.- Facultad Indagatoria en el caso de vulneración a las garantías individuales y del voto público. g.- El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano. h.- El juicio de revisión constitucional electoral. i.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

A Francia.

1.- Consejo Constitucional francés.

El Consejo Constitucional se integra de nueve miembros, los miembros durarán nueve años en su mandato sin poder ser reelectos; en cambio el Consejo se renovará cada tres años, donde tres miembros son nombrados por el presidente de la República que no necesita de refrendo, otros tres por el presidente de la Asamblea Nacional y los últimos tres por el presidente del Senado; además de los ya mencionados, integran al Consejo Constitucional los expresidentes, de pleno derecho y con carácter vitalicio; el presidente del Consejo es nombrado por el presidente de la República, sin necesidad de refrendo, quien a su vez tiene el voto de calidad en caso de empate, siendo sus funciones incompatibles con los de ministro o miembro del Parlamento y los demás que determine la ley orgánica.

El Consejo Constitucional francés se distingue por un lado, por ser conformado por personas que le llevan a dar un tinte de órgano político, más que

el de un órgano jurisdiccional; empero, lo que si es cierto, que aun cuando sea un órgano político lleva a cabo facultades jurisdiccionales de importancia para Francia, en si, las funciones que se encuentran encomendadas a dicho órgano son: El de control de la constitucionalidad de las normas secundarias que en un momento determinado pueden ser declaradas contrarias a lo dispuesto por los diversos instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad;¹ sin duda alguna, una de las características esenciales que ha llevado a distinguir el tipo de control de la constitucionalidad, el cual se lleva a cabo de manera preventiva en la mayoría de los casos, por no decir, en su totalidad.

2.- Medios de control jurídico.

a.- El control de la constitucionalidad sobre leyes ordinarias.

En el control previo y abstracto de constitucionalidad quienes se encuentran facultados para requerir al Consejo Constitucional a fin de que lleve a cabo la revisión de una ley ordinaria cuyo objetivo es declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma, lo son: El presidente de la República, el primer ministro, el presidente del Senado, el presidente de la Asamblea o una minoría parlamentaria de sesenta diputados o sesenta senadores; dicho recurso representa una atribución facultativa,² la cual no tiene plazo para su interposición, sin embargo, debe considerarse que: "En una práctica hasta el momento siempre respetada se suspende el plazo de la misma cuando alguno de los órganos legitimados anuncia su intención de acudir al Consejo Constitucional,"³ en esta

¹ "El bloque de constitucionalidad comprende, como lo ha hecho notar el autor en comentario, para quien el parámetro constitucional es el conjunto de normas de valor constitucional que sirven de base al Consejo Constitucional para verificar la constitucionalidad de las leyes que le son sometidas a examen." p. 114. Con posterioridad afirma que el contenido del parámetro constitucional los siguientes instrumentos: "1. El articulado constitucional, 2. El preámbulo de 1958 con los textos que lo componen: A) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, B) El preámbulo de 1946 y C) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, y por último, 3. Los principios generales del derecho de valor constitucional." Pardo Falcón, Javier, *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 117.

² *Ibidem*, p. 174.

³ *Ibidem*, p. 171.

situación, se están controlando los actos normativos del Parlamento estipulados en el artículo 34 de la Constitución francesa, el plazo que tiene el órgano de control para emitir su resolución es de un mes, pero en la situación de urgencia será de ocho días, en el entendido en que una norma sea declarada inconstitucional formal o materialmente antes de su promulgación, ésta no podrá formar parte de la legislación vigente, “Por el contrario, tratándose de una disposición separable, el presidente de la República puede elegir entre promulgar la ley a excepción de aquella o solicitar de las cámaras una nueva lectura”.⁴

b.- Control de constitucionalidad sobre leyes orgánicas.

Las leyes ordinarias son objeto de un control de la constitucionalidad por parte del Consejo Constitucional a solicitud de las personas facultadas para hacerlo, a diferencia de estas, el Consejo Constitucional debe llevar a cabo un control previo de la constitucionalidad sobre las leyes orgánicas; derivado de lo anterior, podemos considerarlo como un control preventivo de constitucionalidad, esto viene a implicar un control antes de su promulgación sin necesidad de una solicitud por parte de algún órgano, es decir, se tiene una atribución obligatoria de control, por lo tanto, se ejerce un control sobre el Parlamento y en donde “es el primer ministro quien se encarga de transmitir la ley orgánica aprobada por el Parlamento al Consejo Constitucional, indicando en su caso en la letra por la que se requiere su intervención si hay urgencia”,⁵ pudiendo declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley orgánica, si resuelve sobre lo último, ésta no podrá ser promulgada.

c.- Control de los reglamentos durante el procedimiento legislativo.

Sabemos muy bien que los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa delimitan las atribuciones legislativas del Parlamento y las atribuciones reglamentarias del

⁴ Ibidem, p.172.

⁵ Ibidem, p. 166.

presidente de la República y del primer ministro; las potestades de estos últimos constituyen verdaderas leyes; ante tal hipótesis, pueden presentarse conflictos por razón de competencia entre el Parlamento y el Ejecutivo, en el supuesto de que el Legislativo decidiera legislar sobre competencias propias del Ejecutivo;⁶ en principio el gobierno puede oponerse a la propuesta o enmienda del Parlamento, en caso de que no prospere puede solicitar el pronunciamiento del Consejo Constitucional, en la hipótesis que decida el órgano resolutor que la competencia es de carácter reglamentario y no legislativa, el gobierno puede modificar la norma parlamentaria a través de un decreto; podríamos hablar de un control directo, no obstante el Consejo Constitucional puede ejercitar un control indirecto, por lo tanto, es posible deducir que se ejerce un control sobre el Parlamento.

También, el control indirecto se da cuando se encarga de declarar si los decretos tienen carácter reglamentario, en caso contrario declarará su inconstitucionalidad,⁷ en ésta hipótesis se ejerce un control sobre el primer ministro y el presidente de la República.

d.- Control de las ordenanzas durante un procedimiento legislativo.

En tratándose de ordenanzas o de facultades de legislación delegada, el encargado en principio del control de las mismas, es el Consejo de Estado, es

⁶ “Artículo 41 Si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una propuesta o enmienda no es del dominio de la ley...” Álvarez Vélez,-Alcon Yustas, *Las Constituciones de los Quince Estado de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 314.

⁷ “En primer lugar, al delimitar el ámbito de la ley delimita también el del reglamento. En consecuencia, si reconoce que en un caso determinado el Parlamento no se ha salido de su derecho al ejercitar una actividad normativa, todo reglamento que intervenga en este terreno se convierte, por ese sólo hecho, en ilegal y debe ser anulada por el Consejo de Estado, al que se le impone la decisión del Consejo Constitucional.

De igual forma, si una ley ha sido declarada inconstitucional por razones de fondo (violación de la legalidad ante la ley, afirmada por el preámbulo y el artículo 2, por ejemplo) y el gobierno utiliza esta anulación como pretexto para intervenir por vía de decreto, cuando la materia sigue estando en el ámbito de la ley, el decreto también es ilegal y debe ser anulado por el Consejo de Estado.” Haoriou, Andre, Traducción de González Casanova Antonio J., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Cuarta Edición, Barcelona, Ariel, 1971, pp. 641-642.

quien tiene la potestad para anular las ordenanzas contrarias a la norma primaria; no obstante el Consejo Constitucional lleva a cabo el control de las ordenanzas durante el procedimiento, en el caso de que se presente una propuesta o enmienda que el gobierno crea que son contrarias a la delegación de poderes,⁸ puede oponerse a su admisión en un principio, en la hipótesis que no se logre superar ésta diferencia entre el gobierno y el presidente de la Asamblea interesada, puede alguno de los dos en disputa solicitar que se pronuncie sobre la invasión de competencias o no al Consejo Constitucional, quien a su vez deberá pronunciarse en un plazo de ocho días, en ésta hipótesis se ejerce un control sobre el Parlamento.

e.- Control sobre los tratados internacionales.

El presidente de la República, el primer ministro, el presidente del Senado, de la Asamblea Nacional, o una minoría parlamentaria de sesenta diputados o sesenta senadores, pueden requerir al Consejo Constitucional, de tal forma, que la atribución es facultativa, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional antes de su entrada en vigor, así como de su ratificación por el Parlamento o por el gobierno. En el caso de que sea declarado inconstitucional, no podrá ratificarse por dichos órganos encargados de llevarla a cabo, en este supuesto se ejerce un control sobre el presidente de la República, como el encargado que es de negociar los tratados internacionales en que participe el país de Francia.

f.- El control en los referéndums.

Existen leyes ordinarias emanadas del Parlamento, sobre ellas el Consejo Constitucional ejerce un control jurisdiccional, no así en tratándose de leyes

⁸ “Si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una propuesta o enmienda...es contraria a una delegación concedida en virtud del artículo 38, ...” Álvarez Vélez,-Alcon Yustas, Op. Cit., p. 314.

amanadas de un referéndum, en este caso el Consejo Constitucional se encuentra impedido para ejercer el control de las mismas; la razón que se sustentó en su momento, en donde la norma emanada de un referéndum no puede ser sometida a control por el Consejo Constitucional, la podemos encontrar en la soberanía del electorado, es decir que a través de un referéndum sobre una ley en específico el electorado ejercita su soberanía, y una ley emanada de ésta, aún cuando sea contraria a la Constitución, no puede ser anulada por el Consejo Constitucional.⁹

No obstante; y aunque no ejerce el control sobre las leyes sometidas a referéndum, el Consejo Constitucional velará por la regularidad de las operaciones del referéndum y proclamará sus resultados; además de que puede “ser consultado sobre el contenido de una ley sometida a referéndum”;¹⁰ en principio sobre las leyes derivadas de un referéndum no se ejerce un control, en cambio se ejerce un control sobre el presidente cuando el Consejo Constitucional verifica la regularidad de las elecciones y su resultado, tal vez el control no es material, pero sí es formal; también de forma previa puede ser consultado sobre la ley que va a ser sometida a referéndum.

g.- El control con respecto a los reglamentos de las cámaras.

Se pronunciará sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los reglamentos de las Asambleas, las cuales deberán de remitirse antes de que

⁹ “El Consejo Constitucional alego una segunda razón, a saber, que las leyes adoptadas en referéndum son expresión directa de la soberanía nacional y que no entra dentro del ámbito de competencia de un organismo como el Consejo Constitucional el censurarlas. El argumento tiene valor, aunque el cuerpo electoral no puede confundirse con la nación y, si sus intervenciones en la formación de decisiones políticas se hacen cada día más frecuentes, acabara considerándosele como un cuerpo constituido. Pero hay que señalar que, en este caso, cuando el recurso al procedimiento del referéndum resulta manifiestamente anticonstitucional, como ocurrió en 1962, no existe ningún medio para conseguir que la Constitución sea respetada.” Hauriou Andre, Op. Cit., p. 644.

¹⁰ Tajadura Tejeda, Javier, *La V República Francesa*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pp, 118-119.

entren en vigencia en el plazo de un mes; igualmente que las leyes orgánicas los reglamentos no necesariamente requieren de una solicitud para que se ejerza sobre ellos el control previo por el Consejo Constitucional.

h.- Funciones de control en materia electoral.

I) Velar por la regularidad de las elecciones.

El Consejo Constitucional ejercita facultades propias de un organismo electoral, ya que, se encarga de velar por la regularidad en la elección de presidente de la República.

En la hipótesis de fuerza mayor, podrá diferir el plazo en que se celebrará la elección para elegir a quien suplirá al presidente; o en su defecto retrasar la elección, en caso de fallecimiento de un candidato (7 días antes del cierre de registro) o si estuviere impedido antes de la primera vuelta.

También si falleciere o estuviere impedido un candidato con mayor votación declarará que se vuelvan a celebrar en primera o segunda vuelta las elecciones.

Jurisdicción electoral.

A su vez se encargará de examinar las reclamaciones y proclamará los resultados del escrutinio. Tiene la obligación de pronunciarse en caso de impugnación sobre la regularidad de la elección de diputados y senadores.

III) Comprobación.

El Consejo Constitucional deberá de comprobar la vacante y el impedimento para presidente de la República o en su defecto declarar el impedimento definitivo para ejercitar el puesto.

IV) Consulta.

Debe ser consultado antes de que le sean otorgados los poderes excepcionales al presidente de la República.

i.- Las resoluciones del Consejo Constitucional.

En el caso de las atribuciones facultativas u obligatorias, el Consejo Constitucional está obligado a resolver en un periodo de un mes. Pero tratándose de una cuestión de urgencia el gobierno puede instar al Consejo Constitucional a que resuelva en un periodo más corto de ocho días; una vez promovido el recurso, la promulgación de la ley no se hará hasta que no haya declarado su constitucionalidad o inconstitucionalidad, en este último caso no se llevará a cabo.

Las resoluciones del Consejo Constitucional tienen un carácter de definitividad, es decir, una vez que éste, ha resuelto sobre materias de la cual es competente sus resoluciones son inatacables, por lo tanto no pueden impugnarse a través de recurso alguno que pueda modificar, anular o confirmar su decisión.

Asimismo sobre las resoluciones que emita el Consejo Constitucional; estas tienen carácter vinculante para todas y cada una de las autoridades, de tal forma que tienen que acatarlas tanto los poderes públicos como las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Los efectos que se producen una vez que ha sido declarada la inconstitucionalidad de una ley, es que ésta no podrá entrar a regir, por lo tanto, no

podrá aplicarse a los gobernados; por otro lado, en la situación de los tratados internacionales los sujetos encargados de su ratificación quedarán impedidos para hacerlo por incompatibilidad con la Constitución, para que pueda ratificarla necesitan hacer compatible la Constitución con el tratado a través de una reforma a la Constitución; los efectos de la resolución de inconstitucionalidad son *erga omnes*.

3.- El Parlamento.

Se integra por la Asamblea Nacional y por el Senado; su periodo de sesiones inicia el primero de octubre y termina el último día laborable de junio, pudiendo disponer cada Asamblea de 120 días; asimismo las semanas de sesión serán fijadas por cada Asamblea y el reglamento de cada una de éstas determinará los días y hora de sesiones, no obstante a petición del primer ministro o en su defecto de la mayoría de la Asamblea Nacional podrá reunirse en periodo extraordinario de sesiones; se encargará de abrir y clausurar el periodo ordinario de sesiones, pero la clausura podrá hacerla desde el momento en que se agote el orden del día para el que fue convocado o después de doce días de haberse reunido.

El Parlamento se reunirá de pleno derecho, pero no podrá negar una deliberación cuando lo pida el presidente de la República, debiéndose reunir especialmente cuando hay una comunicación del presidente hacia las dos Asambleas.

4.- Medios de control político.

a.- Declaración de guerra.

El encargado de dirigir y coordinar la administración civil y militar es el gobierno; aunque el responsable de la defensa nacional es el primer ministro cargo que comparte con el presidente de la República, este último es jefe de los ejércitos, refrendado por el primer ministro.

De la hipótesis anterior, se deriva un control político que ejerce el primer ministro en contra del presidente de la República, ya que, sólo podrá ocupar el puesto de jefe de los ejércitos previo refrendo del primero, ya que éste está impedido a actuar de forma discrecional.

Por otro lado, el primer ministro y el presidente de la República están imposibilitados para hacer la guerra a otro Estado, sin la previa autorización del Parlamento;¹¹ si bien es cierto estos dos comparten los poderes en materia de guerra, y en caso de que quieran movilizar los ejércitos hacia el exterior no podrán hacerlo si carecen de la autorización del parlamento; todo esto viene a constituir un medio de control político eficaz en contra del gobierno que impide que se extralimite en sus facultades de defensa y seguridad.

b.- Estado de sitio.

El encargado de decretar el estado de sitio¹² y el estado de urgencia¹³ es el gobierno, la primera figura está regulada por disposición constitucional y, la segunda figura por disposición de la ley de 3 de abril de 1955, la dos declaraciones tiene limitantes temporales restringiendose a doce días, en donde las dos situaciones no pueden durar más all; aunque también hay excepciones, por disposición constitucional el único encargado de autorizar la prolongación del estado de sitio lo es el Parlamento,¹⁴ la única diferencia con respecto a la declaración de urgencia en materia de ampliación es que esta ha quedado

¹¹ "La declaración de guerra es autorizada por el Parlamento" Álvarez Vélez,-Alcon Yustas, Op. Cit., p. 313.

¹² "Se trata de una institución utilizada durante los periodos de crisis internacionales y con ocasión de desordenes interiores, y que tiene por efecto dar a las autoridades y tribunales militares competencia sobre la población civil en todo lo que afecte al mantenimiento del orden." Hauriou Andre, Op. Cit., p. 568.

¹³ "Puede ser declarado en casos de peligro para la República causados por una calamidad pública o por graves atentados contra el orden público." Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 98.

¹⁴ "Artículo 36

...

Su prórroga, después de doce días, sólo podrá ser autorizada por el parlamento" Álvarez Vélez-Alcon Yustas, Op. Cit. p. 313.

autorizada por virtud de una resolución;¹⁵ así también con respecto al estado de urgencia la autorización de ampliación la otorga el parlamento, ante tales hipótesis, aun cuando no se ejerce un control inmediato sobre la actividad del gobierno, si encuentra una limitante que es la temporal, donde su declaración una vez cumplidos los doce días no puede tener validez, ya no surte sus efectos; para que pueda seguir rigiendo alguna de estas medidas necesita que la autorización de prórroga provenga del Parlamento, es en este momento en donde se materializa el medio de control político del Parlamento sobre el gobierno, él puede decidir si amplía el plazo o no.

c.- Presupuestos de ingresos y egresos.

Uno de los temas que más apasionan al autor, es el de estudiar y analizar la manera de como funcionan los poderes constituidos en los diversos regímenes; así, el sistema francés y el Inglés aunque tengan matices de regímenes parlamentarios, suelen funcionar diferente con relación a las leyes financieras.

Es así; como podemos afirmar que en el Reino Unido de la Gran Bretaña la forma de llevar a cabo la función legislativa corre a cargo del Parlamento, es decir, quien tiene el control legislativo particularmente es la Cámara de los Comunes como consecuencia de que detenta la mayoría de un partido; tal situación le permite tener un primer ministro emanado de las mayorías, lo que hace que haya un mayor control sobre cierto tipos de leyes.¹⁶

¹⁵ "El Consejo Constitucional en su decisión de 25 de enero de 1985 referente a la ley sobre el estado de urgencia en Nueva Caledonia declaró que la Constitución no excluye la posibilidad de que el legislador prevea un estado de urgencia." Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 98.

¹⁶ "El considerable control que el gabinete Británico ejerce sobre el trabajo parlamentario se debe a que se presenta como el comité director del partido político que tiene mayoría en los comunes; sin duda dispone de facilidades de procedimiento, pero su autoridad le viene sobre todo de la disciplina de su propio partido, lo que, por lo demás, implica ocasionalmente que entre el Gabinete y su partido se lleve a cabo una especie de mediación por parte de las diversas instancias que integran la formación política en el poder: conferencias, congresos del partido." Hauriou Andre, Op. Cit., p. 622.

No así en tratándose del sistema francés; a partir de 1986 se puede observar con gran nitidez un sistema monista, con mayorías diferentes, con intereses partidistas contrarios; ante tal situación el primer ministro aún cuando emane del Parlamento y requiera de su confianza, tendrá serios problemas, al no existir una mayoría el control legislativo va a tener origen a partir no de la mayoría que detenta el Parlamento, sino a través de los instrumentos políticos adecuados, lo que ha hecho que el gobierno alcance un mayor control de las leyes financieras.

Es por esto, que en materia legislativa financiera quien tiene la atribución para presentar una iniciativa sobre un proyecto de una ley presupuestaria, es el primer ministro; la Cámara encargada de conocer de dicha iniciativa será la Asamblea Nacional quedando impedida la Cámara de Senadores por disposición constitucional; en un principio se depositará el Proyecto de Ley Financiera en la mesa, disponiendo de un plazo para una primera lectura de cuarenta días posteriores a su presentación, dentro de los cuales deberá pronunciarse sobre el mismo, una vez expirado el periodo de cuarenta días, se haya o no pronunciado, esta pasará a la Cámara de Senadores en una primera lectura para que resuelva sobre el Proyecto de Ley Financiera en un plazo de quince días, teniendo dos limitaciones sobre propuestas y enmiendas y sobre los textos que presente el gobierno,¹⁷ concluidos los dos plazos y, una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 45 de la Constitución francesa, la cual considera un plazo de 70 días en donde el Parlamento tiene que aprobar el proyecto de ley financiera, en el caso de que no lo haga, el gobierno puede por medio de ordenanza poner en vigor la ley presupuestaria.

En todos los países la finanzas públicas son la prioridad de la nación, teniendo en cuenta que si una ley financiera no es aprobada por el Parlamento puede traer consecuencias graves para el país, como la paralización de la

¹⁷ “Artículo 40 Las propuestas y enmiendas formuladas por lo miembros del parlamento no serán admisibles cuando su adopción tuviera como consecuencia una disminución de los ingresos públicos o la creación o el aumento de un gasto publico”. “Artículo 42 La discusión de los proyectos de ley se verificará, ante la primera asamblea competente, sobre el texto presentado por el gobierno...” Álvarez Vélez-Alcon Yustas, Op. Cit., p. 314.

economía, del gobierno, de los mercados financieros. Con la finalidad de evitar la crisis en el país de Francia, y ante la imposibilidad del control del presupuesto por la mayoría, esta se tiene que hacer por mecanismos políticos regulados jurídicamente, en este sentido, en principio se prevén límites que a su vez culminan en el envío del proyecto a la otra Cámara en la hipótesis de que no lleguen a una resolución o adopción del Proyecto de Ley Financiera; se prevé como segundo mecanismo de desahogo y a su vez de control, el de la comisión mixta paritaria; y como tercer mecanismo, en caso extremo que no lleguen a un acuerdo en un plazo de setenta días, la Ley Financiera podrá empezar a operar por vía de ordenanza dictada por el primer ministro.

Estos son los mecanismos de desahogo, regulados jurídicamente, pero que en sí representan instrumentos de control de naturaleza política, ya que no ejercen un control objetivo, sino subjetivo, que inicia con el Parlamento, si no se pone de acuerdo, está la comisión paritaria, la Asamblea Nacional y, la ordenanza.

Instrumentos que tratan de evitar la paralización de los poderes constituidos y como consecuencia la inestabilidad política de las instituciones.

El control se ejerce anulando sus facultades de aprobación de las cámaras temporalmente, y encargándolas a otros órganos, con capacidad de resolución acelerada para casos críticos; como la aprobación de leyes presupuestarias.

No se les admitirán las propuestas y enmiendas cuando se adopte la disminución de ingresos públicos o el aumento de gasto público, pero pueden votar los proyectos de leyes financieras, debiéndose pronunciar en un plazo de 70 días, pero el plazo no opera si se encuentran en sesión ordinaria. Sin embargo, puede darse el caso de que no se haya votado una ley de ingresos o egresos que podría desequilibrar las finanzas del pueblo francés, por lo que el Parlamento en

este tipo de situaciones tiene la facultad para autorizar al gobierno la percepción de impuestos.

El gobierno puede pedir autorización del Parlamento para percibir impuestos en el caso de que haya habido un retraso de parte del primero en la presentación de la ley, de tal forma, que sea imposible su promulgación antes del inicio del siguiente periodo fiscal.

5.- Senado francés.

La forma de como se eligen los senadores es a través del sufragio indirecto, asegurando la representación de las colectividades territoriales, incluso a los franceses establecidos fuera de Francia los representa.

El presidente del Senado se elegirá después de cada renovación parcial de entre sus miembros y, en donde las sesiones serán públicas, teniendo la obligación a la vez de publicar el acta de debates en el Diario Oficial.

6.- Medios de control político.

a.- Nombramientos.

Hay algunos nombramientos que no necesitan del refrendo ministerial. Empero existen otros que lo requieren; aunque es dable decir que antes de 1986 no podríamos hablar de un control sobre los nombramientos que realizaba el presidente de la República, con posterioridad podemos hablar de un control del primer ministro en contra del jefe de Estado; algunos actos del jefe de Estado que no necesitaban refrendo son: El acto en donde nombra y pone fin a las funciones del primer ministro, los nombramientos de tres consejeros del Consejo Constitucional y el presidente del mismo; en cambio hay otros nombramientos que necesitan del refrendo del primer ministro de entre los cuales podemos encontrar

los siguientes: El nombramiento y cese de los ministros,¹⁸ los nombramientos civiles y militares,(Nombra en consejo de ministros a los consejeros de Estado, el gran canciller de la legión de honor, los embajadores y enviados extraordinarios, los consejeros del Tribunal de Cuentas, los prefectos, los representantes del gobierno en territorios de ultramar.etc.) la designación de los miembros del Consejo Superior de la Magistratura. Como es posible advertir, el presidente de la República solamente se limita al nombramiento, el encargado de proponerlos es el primer ministro, siempre y cuando haya mayorías contrarias en cada uno de estos, de otro modo estaríamos hablando de ministros del presidente y del primer ministro, de esta manera cuando hay mayorías contrarias podemos decir que se realiza un efectivo control con relación a los nombramientos.

7.- Asamblea Nacional.

Las personas que integran a la Asamblea Nacional a diferencia del Senado, se eligen por voto directo, y la ley orgánica se encargará de fijar su duración, el número de miembros, su retribución, las condiciones de elegibilidad, el sistema de ineligibilidades e incompatibilidades y de elección en el caso de vacantes, y su presidente será elegido por el tiempo que dure la legislatura, en donde las sesiones serán públicas, teniendo la obligación de publicar el acta de debates en el Diario Oficial, debiendose reunir de pleno derecho el segundo viernes siguiente a su elección; aunque pueden reunirse en sesión secreta, a petición del primer ministro o de una decima parte de sus miembros, si la reunión no es en periodo ordinario, se abre otro de 15 días.

¹⁸ "... ello significa que el jefe de estado no posee un poder discrecional sobre la designación del gobierno, sino que la propuesta ha de venir del Primer Ministro." Fernández-Miranda Campoamor, *Introducción al derecho político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997, p. 545.

8.-Medios de control político.

a.- La inviolabilidad parlamentaria.

Ningún miembro parlamentario puede ser juzgado por las opiniones o votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, por un lado, siendo esenciales para el desempeño del cargo, de esta forma es como pueden gozar del privilegio en que no se les puede afectar por actos propios de la función, por el otro debemos distinguirla de la inmunidad penal, la cual implica una garantía no para actos dentro del interior del Parlamento, sino para actos externos; por lo tanto, a un miembro solamente se le puede fincar responsabilidad penal cuando cometa un delito común, siempre y cuando haya autorización de la Asamblea respectiva; en cambio, en tratándose de delitos cometidos en flagrancia o en el caso de condena definitiva la autorización no será necesaria.

b.- La irresponsabilidad penal.

Una persona que pertenece a la Asamblea Nacional, para que pueda ser privada de su libertad por cuestiones penales, se deberá obtener primero autorización de la mesa de la Asamblea a la que pertenece, pero en tratándose de un delito cometido en flagrancia o en el caso de condena definitiva, la autorización no será necesaria.

Durante el periodo de sesiones la Asamblea puede requerir que no sea detenido algún miembro, reuniéndose en sesión extraordinaria para tal requerimiento.

c.- La disolución de la Asamblea Nacional.

El medio de control con que cuenta el jefe de Estado en Francia es de naturaleza política, y es a quien le corresponde disolver a la Asamblea Nacional; es un medio de control por órgano diferente a los que prevalecen dentro de los regímenes parlamentarios en donde la facultad para disolver a la Asamblea le corresponde al primer ministro; no así en la República francesa en donde la facultad de disolución le corresponde al presidente de la República, sin duda alguna, una de las peculiaridades de las facultades a favor del presidente. Derivado de lo anterior, las votaciones se llevarán a cabo, teniendo como efectos el cambio de la misma, si el resultado le es contrario; no obstante y, aún cuando el jefe de Estado no detente la mayoría no se vera comprometido a dimitir, es decir no tiene que renunciar solamente por no obtener una mayoría en la Asamblea contraria a su partido, característica de los sistemas presidencialistas, ante lo cual no le impediría terminar su encargo, ni mucho menos se ve comprometido políticamente.

El presidente de la República para que pueda disolver a la Asamblea Nacional forzosamente tiene que tomar la opinión del primer ministro, así como de los presidentes de las cámaras, no importando si la opinion de estos sujetos es disimbola a la del presidente, porque ésta no tienen un carácter de obligatoriedad, ni vinculante, de forma tal, que puedan evitar una disolución mientras el presidente de la República la quiera llevar a cabo, es decir, que aún cuando exista una expresión contraria no influiria en la decisión de un presidente convencido de la disolución. En realidad en esta facultad se denota la preeminencia de un Ejecutivo fuerte, ya que el Legislativo no tiene facultades de control en contra del presidente, no así de forma contraria; se debe tener en cuenta tal facultad del presidente, diferente en un sistema parlamentario y en uno presidencial, debido a esto el presidente actúa como árbitro por disposición del artículo 5 de la Constitución y, no como órgano de control.

Cabe señalar que en la República de Francia se ha hecho uso de dicha facultad en cuatro ocasiones como así lo señalan los antecedentes de dicha institución.¹⁹

Solamente, cabe señalar que el jefe de estado enfrenta dos limitaciones por disposición expresa en la Constitución y, en donde se encuentra imposibilitado para disolver a la Asamblea Nacional; en cuanto a la primera limitante, no puede disolver a la Asamblea Nacional dentro del año siguiente a las elecciones, originadas o provenientes de una disolución anterior, entre el periodo de veinte a cuarenta días siguientes a la elección han de celebrarse las elecciones generales; la segunda limitante que tiene el jefe de Estado para disolver a la Asamblea Nacional, se da cuando se han declarado poderes excepcionales a favor del presidente de la República, durante ésta situación grave está imposibilitado para hacer efectiva dicha facultad constitucional.

d.- Leyes.

A la Asamblea Nacional se le entregarán los proyectos de ley, quien se encargará de discutirlos en el caso de que sea competente, pudiendo deliberar sobre el texto transmitido por la otra Asamblea y poder remitir las proposiciones y proyectos de ley a comisiones especiales (si hay petición), si no, a las permanentes; en donde sólo pueden tener seis comisiones permanentes.

Podrá pronunciarse sobre la totalidad o parte del texto a través de votación, aceptada por el gobierno y examinar todo proyecto o proposición de ley.

¹⁹ “Durante la V República el Presidente ha hecho uso en cuatro ocasiones de este derecho: De Gaulle el 9 de octubre de 1962, tras la censura al gobierno Pompidou, y el 30 de Mayo de 1968, tras los graves incidentes ocurridos en el país; y Mitterrand tras su elección como presidente, el 22 de mayo de 1981, y tras su reelección, el 14 de mayo de 1988.” Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 74.

Deberá someterse a su aprobación el texto elaborado por la comisión mixta y pronunciarse sobre un proyecto de ley cuando no lo elabore dicha comisión. Pudiendo considerar el texto de la comisión mixta o el último votado por ella.

Deben de pronunciarse sobre un proyecto en el plazo de 40 días, sin embargo, tienen la oportunidad de deliberar sobre el proyecto de ley después de transcurrido el plazo de 15 días de su presentación. En el caso de que no exista un acuerdo entre las dos asambleas sobre el proyecto, se podrá adoptar en última lectura por mayoría absoluta.

e.- Moción de censura.

La Asamblea Nacional tiene como principal medio de control a la moción de censura, a través de este instrumento político es como tiene la posibilidad de juzgar la responsabilidad del gobierno, pudiéndosele aceptar ésta medida cuando es firmada por una décima parte de sus miembros y en donde la votación tendrá lugar cuarenta y ocho horas después a la hora en que la moción fue depositada, considerándose sólo los votos favorables y, en donde, para que proceda la moción de censura es necesario que sea adoptada por mayoría absoluta; asimismo cada miembro no puede ser signatario de más de tres mociones de censura en el mismo periodo de sesiones para efectos de que la moción sea contraria a la Asamblea y favorable al gobierno, por lo tanto, para poder llevar a cabo otra moción, se tendrán que esperar a otro periodo de sesiones ante la imposibilidad de que no pueden coexistir en un mismo periodo de sesiones dos mociones de censura; aún cuando se hayan promovido una tras otra, la figura de la moción de censura solamente una vez se ha aplicado²⁰ dentro del sistema jurídico francés.

²⁰ “En la Historia de la V República sólo un gobierno ha sido censurado. El 5 de octubre de 1962 fue la única ocasión en que el artículo 49. ha entrado en juego. El gobierno de Pompidou fue derrotado por 280 votos de una Asamblea de 480 diputados. La derrota se produjo a raíz de una escisión en la mayoría gaullista. De Gaulle respondió disolviendo la Asamblea y en las elecciones siguientes obtuvo una mayoría clara.” Ibidem, pp. 90-91.

9.- Presidente de la República de Francia.

El presidente de la República en Francia es elegido por voto directo para un periodo de 7 años, el cual puede ser elegido por mayoría absoluta y en el caso de que no sea así, puede ser elegido en segunda vuelta de entre los dos candidatos que hayan obtenido mayoría en la primera y, en donde la elección se deberá celebrar entre los veinte y treinta y cinco días antes de expirar los poderes del presidente saliente; en el supuesto de que no se haga de esta forma, puede permanecer en funciones hasta el nombramiento de sus sucesor.

10.- Medios de control político.

a.- Veto suspensivo.

La doctrina coincide en que la facultad a favor del presidente de la República, prevista en el artículo 10 de la Constitución de Francia, tiene la característica de un veto suspensivo,²¹ nosotros consideramos, que dicha institución corresponde a un medio de control político del presidente en contra del Parlamento, no sin antes detallar las características básicas de dicha facultad.

El Parlamento francés una vez que aprueba y adopta una ley, esta se remite al gobierno para su promulgación, dicha promulgación deberá hacerse dentro de los quince días siguientes; aunque para que pueda surtir sus efectos la ley tiene que ir firmada por quien preside el Consejo de Ministros, que es el presidente de la República.

Empero, en este momento es cuando podemos decir que se actualiza el control político por conducto del veto suspensivo, antes de la promulgación, si el Ejecutivo Federal advierte que existe alguna incorrección en la ley ya sea formal o

²¹ "Tiene veto suspensivo, pudiendo pedir, antes de que expire tal plazo, una nueva deliberación sobre la totalidad o parte del texto adoptado." García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad, 1999, p. 612.

material,²² o cuando esta sea contraria a los intereses que representa, particularmente de su partido, puede pedir al Parlamento que reconsidere su postura con relación a la ley y vuelva a hacer un estudio de la misma; claro el pedimento debe de hacerse dentro del plazo que tiene el gobierno para promulgar la misma y en donde existe la obligación del Parlamento de llevar a cabo un nuevo estudio, no pudiéndose negar a hacerlo, pues no constituye una facultad discrecional, aquí no puede decidir; de ahí que constituye un verdadero veto suspensivo y medio de control político en favor del presidente de la República, ya que puede retrasar la aplicación de la ley emanada del Parlamento; la revisión que tendrá que hacer el Parlamento nuevamente puede versar sobre un artículo en particular o sobre la totalidad de la ley.

b.- Nombramiento.

Independientemente de las posturas tomadas por los teóricos de que si Francia cuenta con un gobierno alternativo o de oscilación, puntos con los cuales no coincidimos, ya que en realidad, teóricamente se trata de un sistema de oscilación, pero prácticamente de alternancia, de acuerdo al juego de las mayorías que detentan cada uno de los poderes constituidos.

Consecuencia de lo anterior, las mayorías pueden remarcar una alternancia, lo cual implica que si existe una mayoría parlamentaria favorable al presidente, el sistema es presidencialista, en tanto que si hay mayorías divididas es parlamentario, aun cuando teóricamente se considere que el semipresidencialismo tiene diversas características que lo hacen diverso a un sistema presidencial o parlamentario, por disposición constitucional es innegable teóricamente, ya que prácticamente o es presidencial o parlamentario.

²² "Hay que admitir, pues, que la eventual petición de una nueva deliberación no puede tener más sentido que el de poner remedio a las imperfecciones de la redacción." Hauriou, Andre, Op. Cit., p. 555.

Con relación a las mayorías es de destacarse lo que afirma el teórico de la Universidad de Columbia, GIOVANNI SARTORI “Con una mayoría unificada, el presidente prevalece decisivamente sobre el primer ministro y la Constitución que se aplica es la “material” (las convenciones constitucionales). A la inversa, y alternativamente, con una mayoría dividida el que prevalece es el primer ministro, apoyado por su propio Parlamento y también porque la Constitución formal (lo que establece por escrito) apoya su pretensión de gobernar por derecho propio”.²³

El juego de las mayorías; en función de estas es como puede operar la facultad de nombramiento de los ministros, ante lo cual, es posible expresar que antes de 1986 funcionó un sistema dualista, en donde, quien tenía las mayorías era el presidente de la República; ante este hecho político, él se encargaba de la política gubernamental, era quien designaba al primer ministro y participaba en la designación de los demás ministros; ante dichas circunstancias coexistían ministros del primer ministro y del presidente de la República, como consecuencia de que dependían de su confianza podía hacer dimitir al primer ministro; aunque por disposición constitucional la única que podía hacer dimitir al primer ministro lo era la Asamblea; asimismo podía hacer dimitir al gobierno, en ciertas circunstancias el presidente de la República por conducto del cambio de primer ministro hacía el cambio total del gobierno.

Con posterioridad al año de 1986, podemos vislumbrar un sistema monista, con mayorías divididas, un gobierno con reflejo distinto;²⁴ ante tal circunstancia el primer ministro dependería de la Asamblea Nacional, el presidente sólo se ocuparía de nombrar y ratificar a los ministros, así, como de nombrar al primer ministro; ya no podía hacerlos dimitir por decisión propia, sino sólo podían dimitir a través de la cuestión de confianza o moción de censura el primer ministro y el gobierno; sin olvidar que cuando el presidente vuelve con mayoría en ambos

²³ Sartori, Giovanni, Op. Cit., pp. 140-141.

²⁴ “En todo caso, con este hecho se ponía de manifiesto que el jefe de gobierno era el reflejo no del deseo del presidente de la República, sino de la composición de la Asamblea Nacional.” Ferrando Badía, Juan, (coordinador), *Regímenes Políticos Actuales*, Tercera Edición, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 154-355.

órganos constituidos puede hacer dimitir al primer ministro, ya que sólo depende de su confianza, por ello aunque se vote una moción de censura en contra del primer ministro el presidente puede retenerlo disolviendo a la Asamblea Nacional, o en su defecto puede hacerlo dimitir en el caso de que goce de la confianza de la Asamblea, por lo regular en el sistema dualista requiere de la doble confianza, de la Asamblea y del Ejecutivo.

Ante dichas hipótesis, es posible sostener que en un sistema dualista el Ejecutivo adquiere mayor estabilidad, en cambio los medios de control con relación a los nombramientos disminuyen, no así en tratándose de un sistema con mayorías diferentes, en este caso se vuelve un sistema más flexible cuyos medios de control en el nombramiento se actualizan, por un lado nombra al primer ministro pero no puede hacerlo dimitir, porque dicha facultad la detenta la Asamblea, por otro lado, no participa en la propuesta de los demás ministros que realiza el primer ministro, el presidente sólo participa en el nombramiento, tampoco puede hacerlos dimitir excepto cuando se actualicen las hipótesis de responsabilidad política.

De lo anterior, podemos deducir que en el sistema dualista hay un menor control, en cambio, las políticas pueden tener una discrecionalidad y una celeridad; en tanto que el sistema monista, sería un sistema con más controles donde el presidente es el árbitro, y en donde las políticas no tendrían ningún problema, reduciéndose la discrecionalidad.

Por lo tanto, el sistema más recomendable desde mi punto de vista es aquel en donde los controles, no son mera nominalidad, sino que cumplen con el propósito y realizan las funciones para los que fueron creados.

c.- Medidas extraordinarias (Poderes excepcionales).

El presidente de la República está facultado para tomar las medidas necesarias que se exijan, cuando esté en peligro la independencia, la integridad, las

instituciones o los poderes públicos; para tal fin deberá de consultar al primer ministro, a cada uno de los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional y al Consejo Constitucional, o en su caso cuando existan amenazas de forma inmediata y grave; teniendo el deber de informar de la toma de medidas a la nación.

La Constitución de Francia prevé situaciones ante las cuales el presidente de la República tiene que hacer frente de forma inmediata, la posición que puede tomar el presidente es la de asumir la totalidad de los poderes legislativos y reglamentarios, cobrando naturaleza de legislativas si versan sobre las materias estipuladas en el artículo 34 y naturaleza reglamentaria si no se encuentran dentro de las materias reguladas por el artículo anterior; tal potestad ha sido considerada como una facultad omnipotente y discrecional y de carácter personal ya que nadie lo puede sujetar a control; si bien es cierto la constitución francesa le da esa calidad, también es cierto por disposición constitucional que tiene limitaciones, las cuales son las siguientes: Una vez declarados los poderes de excepción el Parlamento se reunirá de pleno derecho; a su vez el presidente de la República no puede disolver a la Asamblea Nacional, como tampoco puede cambiar la Constitución.

La limitación más importante, sin menospreciar la de que está impedido para disolver a la Asamblea Nacional, es que bajo los poderes de excepción se encuentra absolutamente limitado el presidente para alterar la Carta Magna, pues la finalidad de que se declare dicha situación lo es ante las hipótesis anteriormente mencionadas; las medidas que se adopten deberán inspirarse en asegurar a los poderes públicos con el menor tiempo y, los medios para cumplir el fin, los cuales una vez que se hubiese puesto orden, se hubiere logrado la paz, el Estado volverá a la normalidad continuando con su Constitución, de ahí que se encuentre impedido para cambiarla.

El control omnipotente, personal o dictatorial como se ha considerado, es para reestablecer el orden y no para generarlo aún en proporciones mayores, de ahí que su máxima limitante es que no pueda cambiar la fuente de los mismos, la Constitución.

Los conflictos frecuentes que suelen generarse entre el presidente de la República y la Asamblea Nacional cuando existe un sistema de cohabitación, es decir cuando existe mayoría en la Asamblea y mayoría que detenta el presidente, pueden ser los siguientes: Ante tal fenómeno las políticas gubernamentales se ven comprometidas; como el presidente de la República para designar a un primer ministro que a su vez compagine con la mayoría opositora lo cual es verdaderamente difícil, pero se ha logrado superar, la praxis francesa lo ha demostrado; sin embargo, los puntos de contacto que se dan entre los órganos pueden llevar a una parálisis gubernamental o una crisis en el sistema mismo, de ahí que distintos tratadistas se hayan pronunciado porque puedan operar los poderes excepcionales,²⁵ pero esto no es absolutamente válido, porque sí el electorado ha decidido que coexistan los poderes cuyos representantes de los mismos abanderan posiciones políticas diferentes, consecuencia de la falta de celeridad en las políticas gubernamentales, esto no es una hipótesis para declarar los poderes excepcionales, así, se han pronunciado varios teóricos.²⁶

La obligación previa, consistente en que antes de tomar la decisión de declarar los poderes excepcionales el presidente debe consultar al primer ministro, a los presidentes de las cámaras y al presidente del Consejo Constitucional, y cuya opinión aun cuando sea contraria a la del presidente de la República no es vinculante para él; asimismo tiene la obligación de informar a la nación sobre las medidas que haya decidido tomar; ante tal situación, podemos considerar que la

²⁵ "A. Sanguinette y R. Frey, (el último ministro del interior), declararon que si la composición de la Asamblea no permitía la constitución de una mayoría de Gobierno favorable a la política presidencial, la Asamblea debería ser disuelta y caso de que los electores persistiesen en su actitud de otorgar su confianza a las fuerzas de izquierda, el presidente debería de aplicar el artículo 16 y gobernar prescindiendo de la Asamblea." Tajadura Tejeda, Op. Cit., p. 44.

²⁶ "Y es que el artículo 16 no puede ser utilizado para oponerse al deseo de alternancia política legítimamente manifestado por el pueblo." Ibidem, p. 45.

consulta que hace a los titulares de órganos tan importantes es mera formalidad; sin embargo, la información que dé a la nación sobre medidas tomadas, para el caso de que sean contrarias a la nación misma, esto repercutirá, sino inmediatamente, se verá reflejado en la no ratificación de su reelección para el caso que lo quiera hacer.

d.- Refrendo ministerial.

Los actos del presidente de la República, deberán ser refrendados por el primer ministro y por los ministros responsables, pero también y, en caso necesario las decisiones del primer ministro deberán ser refrendadas por los ministros encargados de su ejecución, siempre que estas facultades sean distintas a las señaladas en el párrafo primero, arts; 8 (párrafo 1), 11, 12, 16, 18, 54, 56 y 61., constitucionales.

Es posible deducir que los artículos señalados y la diversidad de actos que prevén no necesitan del refrendo ministerial, no así los demás que no se encuentran dentro de los mencionados, ya que, sobre el ejercicio de las facultades ejercidas por conducto del presidente de la República, debe operar el refrendo del primer ministro o de los ministros en su caso.

Sin pretender ser exhaustivos, señalaremos cuales son los actos del presidente de la República que requieren de refrendo: El nombramiento y cese de los ministros o del primer ministro, la promulgación de las leyes, la firma de ordenanzas y de los decretos deliberados en consejo de ministros presididos por el jefe de Estado y que tienen valor de actos reglamentarios, nombramientos civiles y militares, los poderes en materia de política exterior, los poderes como jefe de las fuerzas armadas, el derecho de gracia y la designación de los miembros del Consejo Superior de la Magistratura, la facultad de demandar una nueva deliberación de la ley, la apertura y cierre de sesiones extraordinarias, la iniciativa de reforma constitucional.

Es necesario conocer que el Poder Ejecutivo dentro de la República de Francia y por disposición constitucional es bicefalo, es decir que se encuentra dividido en un jefe de gobierno y en un jefe de Estado, el primero recae en el primer ministro, el segundo recae en el presidente de la República, aun cuando en un principio se establecieron las facultades y atribuciones para cada uno de estos órganos, la realidad y la realización de los mismos era contraria totalmente a lo dispuesto por la Carta Magna, pues el Ejecutivo Federal, era quien desempeñaba ambas facultades como si se tratara de un sistema absolutamente presidencial, lo que ha llevado a varios tratadistas del derecho constitucional a expresar que en realidad no cumplía con el papel encomendado por el artículo quinto de la Constitución francesa, la de arbitraje, más bien efectuaba poderes de decisión, ésta realidad contraria a la norma va a cambiar totalmente a través de los hechos ocurridos en 1986²⁷ con el triunfo de la oposición , en donde cada uno de los órganos que forman parte del Ejecutivo va a ser respetuoso de las competencias del otro, particularmente el presidente de la República que se encargará de fungir como árbitro, como así lo han sostenido algunos tratadistas: “Los poderes más importantes del presidente(...)tienen un carácter ocasional(...). No son prerrogativas normales(...)sino poderes excepcionales que sólo se pueden utilizar muy pocas veces. Además (los más de los poderes presidenciales) no son poderes de decisión. Tienden más bien a impedir una decisión (...) o, a someter la decisión al pueblo francés (disolución, referéndum)”.²⁸

La reactivación de los órganos que conforman al Poder Ejecutivo, que como consecuencia generará el respeto al ámbito de cada uno, es como va tener lugar

²⁷ “En 1986, con J.Chirac como Primer Ministro, el régimen francés sufrió una autentica mutación. Fue Chirac el primero en ejercer como autentico Jefe de Gobierno de Francia según rezan los artículos 20 y 21 de la Constitución. Ello provocó la reducción del poder presidencial a los estrictos límites fijados por el artículo 5 de la Constitución. Únicamente en materia de política exterior y de defensa se mantuvo un cierto condominio entre los dos primeros magistrados del estado. Los sucesivos primeros ministros, Rocard, Cresson y Berogovoy continuaron ejerciendo como verdaderos jefes de gobierno si bien dejaron en manos del presidente la política exterior y de defensa. En 1993, con Balladur como Primer Ministro, se produjo la segunda cohabitación.” Ibidem, pp. 62-63.

²⁸ Sartori, Giovanni, Op. Cit., p. 137.

la figura del refrendo ministerial, porque ya no seguirían cumpliendo el papel de medio de certificación, más bien vendrían a ser un verdadero instrumento de responsabilidad.

Bien sabemos que la finalidad de que un acto sea refrendado, es porque en un momento dado se puede exigir responsabilidad a las personas directamente responsables del acto (el presidente) y a quienes lo refrendaron en su momento (los ministros). Sin embargo, se ha sostenido por algunos otros tratadistas que en realidad se había trasladado la responsabilidad del presidente hacia el primer ministro; lo que es cierto, es que a partir de una decisión mal tomada por el presidente y en su defecto refrendada por el Ejecutivo, puede incitar a la Asamblea Nacional a que plantee una moción de censura, es decir que la Asamblea Nacional, por la mala actuación del Ejecutivo, tendría la oportunidad de realizar y ejercer control sobre los actos del primer ministro, a través de la responsabilidad política.

e.- Tratados internacionales.

En cuanto a los tratados internacionales que celebran los estados, particularmente en Francia, podemos dividir entre aquellos que necesitan de ratificación y entre aquellos en donde no es necesaria la formalidad para ser válidos.

Como regla general el encargado de la negociación y la ratificación de los mismos es el presidente de la República, en el entendido de que pueden existir acuerdos internacionales que para ser válidos no necesitan de la ratificación, por disposición expresa; ante tal hipótesis el presidente de la República deberá ser informado de estos.

Por lo anteriormente mencionado, podríamos concluir que el presidente de la República, sobre las facultades en materia de tratados, ejerce potestades discrecionales; pero esto no es así, ya que existen tratados que para ser válidos

en el país de Francia tienen que ser ratificados por disposición legislativa, es decir, a través de una ley, de otra forma no podrán surtir efectos antes de ser ratificados; es ahí, donde podemos encontrar de forma clara un medio de control del Parlamento sobre el presidente de la República, las materias que son objeto de acuerdos internacionales de ésta naturaleza son las siguientes: “Los tratados de paz, los tratados comerciales, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen a la hacienda del estado, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas, los que entrañen cesión, cambio o aumento de territorio”.²⁹

Podemos encontrar un caso de los antes mencionados que además de requerir de la ratificación y aprobación legislativa, necesita del consentimiento de las poblaciones interesadas, lo es el caso del tratado que tiene como objeto ceder, cambiar o adherir un territorio, los cuales para que surtan efectos necesitan de los dos requisitos, si solamente se cuenta con uno, este tratado se podrá impugnar de inconstitucionalidad formal.

En un mismo sentido, es importante analizar los tratados internacionales a los que hace alusión el artículo 11, ya que estos pueden ser ratificados a través de referéndum que inciden sobre el funcionamiento de las instituciones, pero que no contrarían a la Constitución; no se ha presentado un caso de esta naturaleza en Francia, pero aun cuando contraríe a la Constitución, debemos de recordar la forma en que se ha pronunciado el Consejo Constitucional dándole prioridad a la legitimidad en contra de la Constitución misma, alegando que la soberanía no puede cuestionarse; una tesis, sin duda alguna muy controversial, contraria desde mi punto de vista al Estado constitucional de derecho.

Un acuerdo internacional puede contener una o varias cláusulas que podrían contravenir a la Constitución de Francia, ante tal circunstancia el presidente de la República, (conjuntamente con el refrendo ministerial), el primer

²⁹ Álvarez Vélez-Alcon Yustas, Op. Cit., p. 316.

ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente de la Cámara de Senadores, sesenta diputados o sesenta senadores, están facultados para requerir al Consejo Constitucional a efectos de que se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado, si declara que existe cláusula contraria a la Constitución, el tratado internacional sólo se aprobará y ratificará, previa revisión de la Constitución.

Para el sistema jurídico de Francia, una vez aprobado, ratificado y publicado un tratado desde ese momento pasa a formar parte de su derecho aplicable y tendrá una jerarquía superior a las leyes,³⁰ de lo que podemos deducir que los tratados están por encima de la ley.

Como es posible apreciar el encargado de la negociación de los tratados es el presidente de la República, teniendo solamente facultades de ratificación sobre acuerdos internacionales determinados, en tanto que, los que se consideran de importancia para Francia solamente pueden ser ratificados por conducto de una disposición legislativa, es ahí donde encontramos el primer medio de control político, el segundo medio de control lo podemos ubicar en tratándose de tratados cuyas cláusulas son contrarias a la norma fundamental, ante tal circunstancia, si se declara la contrariedad por el Consejo Constitucional, no podrán surtir sus efectos, hasta que no se haya llevado a cabo una revisión a la Constitución.

f.- Responsabilidad del presidente.

Una de las características básicas por medio de la cual podemos distinguir a un sistema como presidencial, radica en que al presidente de la República durante el ejercicio de su encargo no se le puede exigir ningún tipo de

³⁰ "La Constitución afirma la primacía del orden jurídico internacional, y, consecuentemente, una vez que los tratados internacionales han sido ratificados y publicados, tienen fuerza de ley aun cuando contradicen el derecho interno," García Pelayo, Manuel, Op. Cit., p. 500.

responsabilidad, en este sentido se ha pronunciado SARTORI,³¹ salvo excepciones que varían de conformidad a las constituciones de los estados que cuentan con un sistema presidencial, todo esto debido a que en Francia el presidente a partir de 1962 es elegido por voto popular que lo legitima naturalmente.

El presidente de la República francesa no es responsable de sus actos durante el periodo de su encargo, donde lo común es que concluya sus funciones de forma natural o termine su mandato, es decir, de término a los 7 años o en su defecto aparezca alguna incapacidad definitiva (muerte).

Por disposición constitucional, se le puede exigir responsabilidad penal en el caso de que se ubique en la hipótesis de alta traición y sólo puede ser acusado por las dos asambleas, con voto público y mayoría absoluta y; será juzgado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Pero se admiten dos hipótesis en donde al presidente se le puede exigir responsabilidad política, la primera durante el ejercicio de sus funciones y la otra se da al finalizar el cargo; la primera tendrá lugar cuando utilice la facultad que le confiere el artículo 11 que versa sobre el referéndum, y en caso de que éste último le sea contrario como sucedió en 1969 con el general De Gaulle, “habida cuenta de que el presidente no puede ser obligado a dimitir,”³² pero se verá obligado a dimitir por la responsabilidad política extraconstitucional no prevista en la Constitución por motivos éticos-políticos; por otro lado, se plantea si la dimisión por motivos de presión provenientes de la opinión pública o cuando surja algún conflicto del presidente con la Asamblea, a las cuales, es factible que se les de la denominación de responsabilidad, BORDEAU expresa que no.³³

³¹ “En los sistemas presidenciales, el presidente esta protegido y aislado de la interferencia parlamentaria por el principio de la división de poderes.” Sartori, Giovanni, Op. Cit., p. 136.

³² Haoriou, Andre, Op. Cit., p. 534.

³³ “¿Qué pasaría si se retirara como consecuencia de una campaña de prensa o de un conflicto con la Asamblea nacional que se niega a colaborar con los primeros ministros que haya elegido? Hablar a este propósito de responsabilidad es jugar con la elasticidad de las palabras. La

La segunda, consiste en la posibilidad de que se le pueda exigir responsabilidad política al presidente de la República al término de su periodo, en el supuesto de que quiera reelegirse, el electorado puede negarle el voto, en ese momento es cuando se actualiza el segundo tipo de responsabilidad.

El presidente de la República durante el periodo de su encargo, se ve limitado por la responsabilidad política que se le puede hacer efectiva en el momento de que se quiera reelegir, ante tal circunstancia tiene que ejercer el encargo de forma eficaz, en beneficio del pueblo francés; es por esto, que consideramos que representa un medio de control eficaz, ya que, el único que puede decidir su retirada es la nación al final de su periodo.

El presidente de la República se ve limitado a partir de 1969, ahora ya lo pensaría si quisiera excederse en sus facultades excudandose en el referéndum con el propósito de someter materias propias del 89 constitucional, sabiendo que una votación contraria, lo obligaría a retirarse; es cierto que no se encuentra señalada tal obligación de hacerlo, pero lo hará por política y ética, como se dijo con anterioridad.

g.- Revisión y reforma de la Constitución.

La facultad de iniciativa de revisión o reforma a la Constitución le corresponde al presidente de la República y a los miembros del Parlamento a propuesta del primer ministro.

Las formas de como puede ser adoptada una revisión o reforma a la Constitución es a través de dos criterios, ya sea que los órganos encargados de

responsabilidad implica una condena que emana de la autoridad competente para pronunciarla. Pero esta autoridad solamente puede serlo el pueblo que habiéndolo elegido, tiene que poder testimoniarle que ya no tiene su confianza, solamente al presidente corresponde decidir si debe someterse a sufragio o retirarse pura y simplemente al comprobar que ya no puede cumplir sus funciones”, Bordeau, George, Op. Cit., p. 636.

promoverlas lo hagan por conducto de las cámaras o por la vía del referéndum; en el primer caso, esta pasará si es votada en idénticos términos por la Asamblea Nacional y por el Senado, en caso contrario no será posible la reforma; en tratándose de la segunda vía de aprobación que es por referéndum, adquirirá el carácter de reforma una vez aprobada por el porcentaje adecuado.

Existe un caso de excepción que impide que el proyecto de revisión sea sometido a referéndum; se da cuando el presidente decide someterlo al Congreso y, este adquirirá el carácter de reforma en la hipótesis de que sea votada por una mayoría de tres quintas partes de los votos que se hayan emitido.

El órgano que decida promover algún proyecto de iniciativa de reforma a la Constitución se encuentra ante dos limitantes materiales de reforma, porque no puede presentar un proyecto de iniciativa de reforma que lleve como finalidad, atentar contra la integridad del territorio o contra la forma republicana de gobierno.

Para el caso de que la reforma sea contraria a lo que dispone la Constitución y exista una evidente vulneración a la norma fundamental ya sea porque existe una inconstitucionalidad formal (ante la cual el Consejo se pronunció incompetente, el 6 de noviembre de 1962)³⁴ o material, de esta última, el encargado de conocer de tal vulneración lo es el Consejo Constitucional, quien

³⁴ “Preocupado por el problema de su sucesión tras el atentado sufrido el 22 de agosto de 1962 en Petit Clamart y, sobre todo, deseoso de reforzar su legitimidad con el fin de acrecentar en la práctica sus poderes sobre el resto de las instituciones del Estado y muy en especial sobre el parlamento, el general De Gaulle decide modificar el complicado sistema de designación del presidente de la República inicialmente establecido en los arts. 6 y 7 del texto constitucional, para proceder a la elección directa del mismo por sufragio universal. Ante la mas que previsible eventualidad de que la tramitación del proyecto de reforma de la Constitución por el cauce ordinario previsto en el Art. 89 de la Norma Fundamental contara con la oposición del senado haciéndola inviable, De Gaulle resuelve convocar directamente a las urnas al cuerpo electoral apelando al Art.11, que permite al presidente de la república, a propuesta del gobierno....soumettre au referéndum tout Project de loi portant sur l organisation des pouvoirs publics...” “El presidente del senado Gaston Monnerville impugne el mismo ante el Consejo Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el Art. 61 de la Constitución.” “Finalmente el Consejo Constitucional decide declararse incompetente para conocer del texto sometido a examen.” Pardo Falcón, Javier, Op. Cit., pp. 38 y ss.

tendrá que declarar su inconstitucionalidad en su momento, aún, cuando todavía no se haya presentado un problema de tal magnitud.

Al presidente le pertenece la iniciativa de revisión a la Constitución pudiendo a su vez someter el proyecto de reforma al Parlamento, en cambio, está impedido para iniciar un proyecto de revisión cuando lleve como objeto atentar contra la integridad territorial; también tiene otro impedimento, la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de este. (Puede proponer la iniciativa de revisión a la Constitución).

11.- Primer ministro.

El primer ministro es nombrado por el presidente de la República, y es quien dirige la acción del gobierno, dispone y dirige la política de la nación, de la administración y de la fuerza armada.

12.- Medios de control político.

a.- Sesiones.

El Parlamento dispone de dos formas para reunirse en sesión, la de pleno derecho y la convocada por decreto del presidente de la República; dentro de las sesiones que detentan la primer característica podemos ubicar a la sesión ordinaria; en un principio el Parlamento se reunía dos veces al año, con posterioridad se llevarían a cabo reformas a la Constitución,³⁵ de tal manera, que a partir de la reforma de 1995 la sesión ordinaria es de una sola vez, va de octubre a junio y solamente puede abarcar el número de 120 días, no más, empero, para efectos de que

³⁵ "Hay dos sesiones ordinarias cada año, una sesión de otoño, que se consagra principalmente a la votación de las leyes de finanzas, y una sesión de primavera. El artículo 28 de la Constitución preveía que la primera sesión comenzase el primer de octubre y finalizase el tercer viernes de diciembre y que la segunda sesión se abriese el último martes de abril con una duración no superior a tres meses. De hecho, estas fechas resultaban incómodas, especialmente para la segunda sesión, que venía a prolongarse hasta finales del mes de julio. Han sido modificadas por la ley constitucional de 30 de diciembre de 1963, de acuerdo con el procedimiento del artículo 89 de la Constitución." Hauriou, Andre, Op. Cit., p. 584.

quieran prolongar los días de la sesión, la cual sólo se podrá llevar acabo a través del acuerdo entre el primer ministro y el presidente de cada Asamblea; también pueden acordar la prolongación del periodo de los días de sesión, el primer ministro y la mayoría de cada Asamblea.

La segunda hipótesis ante la cual el parlamento puede reunirse de pleno derecho, lo es: En tratandose de elecciones legislativas siguientes a una disolución (artículo 12), durante la aplicación del artículo 16, para recibir el mensaje del jefe de Estado o sobre las medidas que hubiese tomado.

Además de estas formas de sesión del Parlamento, él también puede reunirse a través de una sesión extraordinaria, pero no puede hacerlo de pleno derecho; sobre estas cuestiones es donde ejerce control el Poder Ejecutivo sobre el Parlamento; en la tesitura de que sólo podrá reunirse de manera extraordinaria por decreto del presidente de la República, estando impedido para hacerlo ante la inexistencia de tal acto del jefe de Estado, y cuya propuesta puede emanar del primer ministro o en su defecto a propuesta de la mayoría de los miembros que componen a la Asamblea Nacional para un orden del día determinado.

Se ha discutido si es facultad discrecional, una vez presentada la propuesta por los órganos facultados para hacerlo, decidir u optar por la apertura de sesión extraordinaria por conducto de decreto o en su caso no hacerlo; ante tal situación algunos jefes de Estado han optado por no hacerlo por considerar que es facultad discrecional del Ejecutivo; ante tal razonamiento han decidido negar la apertura a una sesión extraordinaria,³⁶ en otro sentido, no lo han considerado así algunos jefes de Estado argumentando que se encuentran obligados a la apertura por

³⁶ “Sin embargo ni de Gaulle ni Mitterrand lo han entendido así. En marzo de 1960, el General De Gaulle se negó a convocar a la Asamblea haciendo caso omiso de la petición de la mayoría de los diputados. En diciembre de 1987, el Presidente Mitterrand se negó igualmente a firmar el decreto de convocatoria extraordinaria que le pidió el Primer Ministro Chirac.” Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 110.

disposición constitucional prevista en el artículo 29.³⁷ Ante tal hipótesis la teoría ha considerado acertado este último razonamiento.³⁸

Pero desde nuestro punto de vista, debemos expresar que el Parlamento tiene un periodo ordinario de sesiones en donde se supone tiene que cumplir y agotar su plan de trabajo parlamentario, en el supuesto de que no lo cumpla, la Constitución aún le da la oportunidad de ampliarlo, previa consulta que haga a los presidentes de cada Asamblea, pudiendo ampliar los días de sesión ordinaria para efectos de que puedan cumplir con sus planes de trabajo parlamentario.

Por esto, es recomendable decir que el presidente de la República funge como arbitro a partir de 1986,³⁹ debido a lo anterior, su principal actividad es la de analizar que sobre los obstáculos y conflictos que se puedan presentar se busquen y encuentren las soluciones mas idoneas, no sin dejar de hacer notar que desempeña una función de control, en el caso de que el Parlamento se extralimite y quiera reunirse cuando lo desee.⁴⁰

Debemos considerar; como algunos tratadistas distinguidos argumentan; que las facultades discrecionales del jefe de Estado están previstas en el artículo

³⁷ "es de destacar la del Presidente G. D'Estaing quien, en marzo de 1977, convocó a sesión extraordinaria reconociendo que su actuación estaba vinculada por el artículo 29 de la constitución y que no podía negarse a ello." Loc. Cit.

³⁸ "Sin embargo, los actos por los que se ejerce el poder propio del presidente de la República no se dejan a su apreciación subjetiva. Son los que considera el artículo 19 de la Constitución para dispensarlos del refrendo ministerial. Pero la facultad de convocar a una sesión extraordinaria no está en ésta categoría. Así pues, hay que concluir que, aunque este conforme con el espíritu general de las instituciones de la V República, la idea de una competencia discrecional del Presidente de la República tiene que destacarse como contraria a una disposición precisa de la Constitución. Debré había declarado ante el Consejo de Estado, en agosto de 1958 que las sesiones extraordinarias (pueden ser decididas por voluntad del gobierno o de la mayoría del parlamento" Burdeau, Georges, Op. Cit., p. 708.

³⁹ "Artículo 5 El presidente de la República vela por el respeto de la constitución. Asegura, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos y así como la continuidad del Estado", Álvarez Eles-Alcon Yustas, Op. Cit., p. 308.

⁴⁰ "Citando a prelot considera que el término arbitraje procede del latín arbitrium que significa poder de decisión; en consecuencia, el Presidente francés no tiene un poder simbólico, sino efectivo que le va a permitir velar, asegurar y garantizar. Como ha escrito el General de Gaulle en sus Memorias, si para ejercer la responsabilidad suprema que le atribuye la constitución necesita medios adecuados, ésta se los otorga, siendo mas o menos amplios en función de los resultados electorales." Fernández-Miranda Campoamor, Op. Cit., p. 536.

19 constitucional, por lo tanto no necesitan del refrendo ministerial; ante tal situación y por exclusión los ha llevado a sostener que la facultad del presidente no es discrecional, sino limitada por la Constitución.

Es cierto que no se encuentra prevista por el artículo 19 constitucional como facultad discrecional, pero también es cierto, que el artículo 29 no le da a la petición una consulta vinculante para abrir una sesión extraordinaria o cerrarla.

Ante tal conflicto, debemos atender al espíritu del principio del equilibrio de poderes, pues no podría entenderse de otra forma que se le hubiera encomendado al presidente dicha atribución, por esto debemos considerar que antes de dañar el refrendo a dicho poder de control y no discrecional, ayuda a entender y a no desvirtuar el espíritu del mismo.

Efectivamente la facultad de decreto para la apertura de sesión extraordinaria requiere del refrendo ministerial, porque en caso de que se niegue el refrendo por parte del primer ministro, el decreto no podrá surtir sus efectos, por lo tanto, la Asamblea para efectos de que sea ella la peticionaria podrá ejercer sus facultades de control político sobre el gobierno, porque bien es cierto, la responsabilidad se ha trasladado hacia el primer ministro.

En el caso anterior existía decreto emitido por el presidente y el gobierno negó el refrendo, pudiéndosele exigir responsabilidad por conducto de la Asamblea a este último, pero que pasa si el presidente decide no emitir el decreto para sesión extraordinaria, en dicha hipótesis no podría exigirsele responsabilidad, ante la cual no debemos olvidar su facultad de control y arbitrio. De este modo suele funcionar en los sistemas presidenciales, una función de control sin responsabilidad.

Debemos distinguir que la facultad de apertura a una sesión extraordinaria que corre a cargo del jefe de Estado, más que una facultad discrecional, se trata

de una facultad de control, desde mi perspectiva el presidente si tiene la facultad para decidir, por lo tanto, a él le corresponde si lleva a cabo la apertura o no previa petición que se le haya hecho de la consulta; él es el unico que puede decidir si se abre el periodo extraordinario, si lo considera prudente y, en donde se vaya a ventilar un orden del día para el que fue convocado, no quedando vinculado por la mera petición de dichos órganos facultados, sino que el decidirá si la apertura la hace o no; así tambien el cierre queda a cargo del presidente.

De conformidad con el juego de las mayorías es como pueden actuar los órganos, en el caso de un sistema dualista no habrá ningún problema para convocar a un periodo extraordinario de sesiones en el caso de que lo quiera el jefe de Estado ya que cuenta con la mayoría en el Parlamento y en la presidencia, por otro lado, en tratandose de un sistema monista, encontraremos serias dudas para que se pueda convocar a una sesión extraordinaria, ya que el presidente no detenta la mayoría en el Parlamento.

En el caso de un sistema dualista el presidente puede optar por no abrirla, es mas discrecional; aún en el sistema dualista podría darse el caso de que el presidente emitiera el decreto a petición del primer ministro, porque este último no sólo goza de la confianza de la Asamblea para sostener su gobierno, sino tambien cuenta con la del jefe de Estado.

b.- Iniciativa legislativa.

En el sistema francés la iniciativa legislativa corresponde al primer ministro y al Parlamento; sin embargo, las iniciativas se presentan en mayor proporción por parte del gobierno y en menor proporción por el Parlamento, esto es explicable debido a la gran preeminencia que venía ejerciendo el Poder Ejecutivo antes de 1986, así también, debido a la infinidad de atribuciones que sobre el procedimiento legislativo ejerce el gobierno, sus iniciativas tienen mayor certeza en que se aprueben que las emanadas del Parlamento.

En el sistema francés se pueden dar tres posibilidades básicas con relación a la preeminencia de un poder u otro en función de las mayorías, con esto se quiere indicar que el presidente puede gozar de una mayoría para sí, como de una mayoría en el Parlamento, otra, de que el Parlamento puede tener mayoría y, la tercera que nadie detente mayoría, lo que originaría un gobierno equilibrado o de cohabitación donde se goza de mayoría mínima.

Antes de 1986 las iniciativas emanadas del Poder Ejecutivo se encontraban exentas del control del Parlamento, por un lado, porque el presidente de la República era quien en realidad desempeñaba el cargo, así como quien ejercía las atribuciones propias del primer ministro; en este periodo vemos a un primer ministro disminuido en su totalidad, puesto que el presidente lo podía destituir cuando quisiera sin que encontrara oposición; es así como la iniciativa en la praxis no era del primer ministro sino del presidente, por lo tanto al detentar mayoría partidista en el parlamento las iniciativas no presentaban ninguna limitante, ni por parte del primer ministro ya que requería de la confianza del presidente, ni por parte del Parlamento porque el presidente detentaba mayoría partidista.

Con posterioridad a 1986, empezarían a funcionar prácticamente las instituciones parlamentarias cumpliendo con su función encomendada; como consecuencia de que el presidente ya no detentó mayoría partidista en el Parlamento se produjeron los siguientes cambios: El primer ministro es quien detentaría de ahora en adelante la facultad de iniciativa al contar solamente con la confianza del Parlamento, ya no podría ser destituido por el presidente, sino por el Parlamento mediante instrumento de responsabilidad a través de la cuestión de confianza, o moción de censura, o el de una moción de censura proveniente de una cuestión de confianza. Con la nueva acomodación institucional el gobierno francés ya no tiene mayoría; un gobierno francés que no puede sacar a buen puerto un proyecto de ley, por un lado desvinculado del presidente y sin mayoría

parlamentaria, aún cuando gozara de la confianza del Parlamento, no sería una garantía de que pasaría su proyecto de iniciativa.

Un gobierno francés que se vio totalmente disminuido en materia legislativa como acertadamente lo espreso Hauriou; un gobierno que por lo regular no goza de las mayorías, pero que ahora tal expresión ha cobrado validez. El Constituyente formuló la Constitución francesa de 1958, tal vez sabría que pasaría lo siguiente y supo adelantarse al fenómeno; le confirió al gobierno varias facultades importantes, a fin de sacar adelante un proyecto de ley, sino lo podría hacer por conducto de la negociación política al no tener mayoría, lo hiciera por medios jurídicos de entre lo cuales podemos señalar: El derecho de acceso y uso de la palabra; el de solicitar que la proposición o el proyecto de ley sean enviados a una comisión especial; el poder de declarar la urgencia; decidir acerca del orden del día aún cuando dicha facultad presenta una excepción;⁴¹ el de pedir a la Asamblea que delibere sobre el proyecto del gobierno; el de su representante de abrir los debates; el de reserva sobre el voto de un artículo; para detener en una discusión las enmiendas o propuestas numerosas e inoportunas; tiene a su cargo el procedimiento de comisión mixta de conciliación; puede comprometer la responsabilidad sobre lo que dispone el artículo 49 párrafo 3; puede pedir una segunda deliberación; pedir al Consejo Constitucional que se pronuncie sobre un proyecto o proposición de ley; pedir el voto bloqueado;⁴² con lo que respecta a la monopolización del trabajo parlamentario por parte del gobierno, este presenta dos limitantes.

El Parlamento encuentra serias limitaciones, hipótesis en las cuales no puede presentar una enmienda o propuesta: vgr; cuando se trate de disminuir los

⁴¹ "Cada Cámara puede fijar el orden del día en una sesión al mes" Ibidem, p. 550.

⁴² "Este procedimiento tiene por objeto dar al gobierno la posibilidad de evitar que un texto se vea deformado en sesión pública, incluso a instigación de la comisión, sin comprometer constantemente su responsabilidad política. Es una especie de sucedáneo de la cuestión de confianza, utilizable en el curso de la votación de un proyecto de ley. Estas disposiciones pueden parecer draconianas, pero conviene advertir que se aproximan mucho a la fórmula Británica llamada "del canguro" que, por métodos distintos, permite también llevar a buen puerto un proyecto de ley con una redacción la más próxima posible a la versión primitiva, sin que el Gobierno se vea obligado a plantear la cuestión de confianza." Hauriou, Andre, Op. Cit., p. 628.

recursos o incrementar las cargas públicas, aquellas que sean contrarias a una delegación previamente otorgada por virtud del artículo 38, o aquellas que se excedan y no se ciñan a su competencia por disposición del artículo 34.

La forma de como funcionan las mayorías va a ser factor importante para que se materialicen los controles políticos, en ambas partes, o en su defecto disminuyan; en un sistema que funcione con un primer ministro independiente del Ejecutivo con una mayoría parlamentaria diferente a la del presidente habrá mayores controles, en caso contrario los controles disminuyen en gran medida. Con relación a las iniciativas, estas pueden darse por vía política, pero cuando no se detenta mayoría la solución puede ser por vía jurídica.

c.- Cuestionamiento al gobierno.

Quien tiene el monopolio del orden del día es el gobierno, pero este presenta excepciones, en este sentido, la excepción a la regla general se da con respecto a una facultad de control que el Parlamento puede ejercer sobre el gobierno, de esta forma, el medio de control es a través de preguntas derivadas de los miembros parlamentarios que le podrán realizar al gobierno quien a su vez tiene que darles respuesta, es un control, sin duda alguna eficaz, llevada a cabo en distintos sistemas sean parlamentarios o presidenciales; para el ejercicio de dicha actividad casi similar a la Inglesa se reserva una sesión por cada semana.

d.- Delegación legislativa (ordenanzas).

La delegación legislativa es una de las formas para hacer frente a determinadas circunstancias que necesitan de una celeridad de resolución imposible de alcanzar a través de la legislación común del Poder Legislativo, dicha facultad no la lleva cabo el Poder Legislativo, correspondiendo al Poder Ejecutivo de ahí que se le llame delegación legislativa, porque la competencia para regular ciertas materias

son propias del Poder Legislativo y no del Poder Ejecutivo; para que el Ejecutivo pueda regular materias que no son propias de él necesita una autorización del Legislativo por conducto de una ley de habilitación; en este sentido se regulan los poderes de delegación en la Constitución francesa.

La Constitución de Francia en su artículo 38 otorga atribución al Ejecutivo, siendo el motivo el cumplimiento de su programa de gobierno el que lo incita a solicitar autorización al Parlamento a fin de legislar materias que escapan de su esfera legislativa, ésta autorización en principio deviene de una ley de habilitación derivada del Parlamento, donde la regulación la hace el Ejecutivo a través de ordenanzas, las cuales entran en vigor desde su publicación, pero pueden caducar por presentarse la ley de ratificación antes de la fecha señalada en la ley de habilitación.

En principio podemos encontrar el primer medio de control que el Parlamento ejerce sobre la solicitud que presenta el Ejecutivo para que a través de ordenanzas regule materias propias de la legislación ordinaria; en este sentido el Parlamento ejerce control sobre dicha atribución, pues este tiene la decisión para autorizar a través de la ley de habilitación o dejar de hacerlo, es decir, que queda en principio en manos del Parlamento la facultad legislativa del gobierno.

En el entendido de que el Parlamento haya autorizado la regulación al gobierno y una vez superado el medio de control emanado del Parlamento, este último se enfrenta a otro medio de control así como a determinadas limitantes. Las limitantes; es que el Parlamento si bien autoriza la regulación de materias de su competencia, esta regulación no es indeterminada en el tiempo, más bien es determinada temporalmente; porque una vez concluido el plazo de habilitación, las ordenanzas pueden ser modificadas sólo por ley emanada del Parlamento y sobre materias que le sean de su competencia; por otro lado, el medio de control se actualiza al momento de expedir en Consejo de Ministros las ordenanzas que regulan la materia autorizada, en esta face para que pueda llevarse a cabo dicho

acto, necesitan de un dictamen previo derivado del Consejo de Estado, constituyendo el segundo instrumento de control, no pudiendo anular la norma una vez ratificada por el Parlamento.

Una vez que ha sido expedida la ordenanza en Consejo de Ministros, el Parlamento ejerce un control posterior, es decir, ejerció el control al momento de autorizar la regulación sobre materias de su competencia, pero una vez que se ha regulado a través de ordenanzas y superado el dictamen del Consejo de Estado, estas deben ser refrendadas nuevamente por el Parlamento, en este caso es un control posterior que lleva como finalidad verificar si se regularon las materias autorizadas o en su defecto se excedió el Consejo de Ministros; en caso de exceso, el Parlamento se negará a ratificarlas.

Además del control que ejerce el Parlamento y el Consejo de Estado, así como el Tribunal Constitucional sobre la ley de habilitación emanada del Parlamento, las ordenanzas deberán ser firmadas por el presidente de la República, y; como no es facultad discrecional, deberán ser refrendadas por el ministro o ministros competentes para efectos de responsabilidad política.

El presidente de la República se puede negar a firmar la ordenanza; el Consejo de Ministros sólo la firma porque es parte del gobierno en colegiado; en principio podríamos decir que el presidente ejerce un veto de carácter definitivo sobre la ordenanza, independientemente de que con posterioridad sea superado por otra vía, como es materia de la ley, convirtiendo la regulación de la ordenanza a regulación de la ley.⁴³

Existen otros tipos de ordenanza, como son: Las previstas en el artículo 16, en donde una ordenanza puede ser expedida previo referéndum;⁴⁴ la prevista en

⁴³ "Lo único que puede hacer el Jefe de estado es retrasar la adopción de la medida y mostrar ante el pueblo su inconformidad" Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 41.

⁴⁴ "El recurso al artículo 16 implica la fusión momentánea y parcial de la ley y el reglamento, dado que el presidente de la República tiene la facultad de adoptar por vía reglamentaria todas cuantas

el artículo 92 para dar paso a un nuevo régimen, o las ordenanzas que dan pauta a un proyecto financiero, este caso es muy particular y especial, ya que en ocasiones el Parlamento no se pone de acuerdo sobre la ley de ingresos y egresos, ante tal situación, la forma de superar la obstrucción es a través de ordenanzas,⁴⁵ además de otras formas de superación de los puntos de contacto.

e.- Comisión mixta.

Dentro del ámbito de la teoría del control del poder no solamente se trata de evitar que las personas que encarnan a los poderes constituidos o los gobernados se excedan en el ejercicio del poder, también la teoría del control del poder trata de alguna forma los casos en donde pueden converger intereses entre los poderes constituidos que repercuten en las instituciones provocando el desequilibrio y la inestabilidad ante la obstrucción que se presenta por los puntos de contacto de los que nos hablaba KARL LOEWENSTEIN, ante tal estado de desequilibrio, la solución idónea sería que el sistema mismo estableciera los medios o instrumentos a través de los cuales se pueda destrabar el bloqueo entre dos o más poderes constituidos, lo que a su vez implicaría un medio de control en contra de esos poderes, cuyos actos podrían provocar la inestabilidad política.

El medio de destrabe, en sí, representa a su vez un medio de control político, la función que desempeña es evitar que se provoque la pasividad en el funcionamiento de los poderes constituidos por diferencias de los sujetos miembros del Parlamento o del gobierno, ante lo cual estos no encuentran remedio a su actividad, en algunos casos insuperable, es ahí en donde surgen los arbitros, que en algunas situaciones vienen a decidir directamente sobre el problema que ha provocado la inestabilidad o en su defecto proponen medios de

medidas considere necesarias para, en los plazos más breves posibles, asegurar a los poderes públicos constitucionales, los medios de cumplir su misión” Hauriou, Andre, Op. Cit., p. 621.

⁴⁵ “Es posible también que el parlamento no vote el proyecto de ley financiera en los plazos previstos, es decir dentro de 70 días siguientes a su deposito en la Mesa de la Asamblea Nacional, caso en el cual las disposiciones del proyecto pueden ser puestas en vigor por vía de ordenanza.” Ibidem, p. 620.

solución alternativas; el sistema francés detenta con respecto a la situación que trataremos, una solución de este tipo.

El primer ministro ejerce en algunas ocasiones facultades arbitrales (que redundan en facultades de control) como así lo han sostenido algunos teóricos,⁴⁶ de este modo podemos decir que dicho papel lo desempeña por virtud del artículo 45 de la Constitución francesa.

Existen dos supuestos que no pueden ser superados por las cámaras, es lo que la teoría les llama puntos de contacto; el primero de ellos, se da cuando un proyecto o propuesta de ley no ha podido ser aprobado por las cámaras después de dos lecturas o en su defecto el gobierno declara la urgencia después de una sola lectura ante cada Asamblea.

Ante tales situaciones insuperables, al primer ministro se le encomienda el papel de participante directo en la superación del bloqueo, convocando a una comisión mixta para que elabore un proyecto sobre los puntos en diferencia, el gobierno someterá el texto a las dos asambleas para su aprobación, pero ninguna enmienda pasará si no es por acuerdo del propio gobierno.

Una vez sometido el proyecto de la comisión mixta por el gobierno a las dos asambleas, estas deben pronunciarse en contra o a favor, puede suceder que la comisión mixta no elabore ningún proyecto, lo que denotaría que las diferencias continúan insuperables, por lo tanto, previa lectura ante las dos asambleas el gobierno solicitará a la Asamblea Nacional que se pronuncie de forma definitiva. Teniendo la potestad para proponer la formación de una comisión mixta sobre disposiciones que queden en discusión.

⁴⁶ “-Actos en relación con el equilibrio entre los órganos constitucionales.

...

Cuando exista desacuerdo entre las dos Cámaras del Parlamento, sobre un proyecto de ley declarado urgente por el gobierno, el Primer Ministro puede provocar la reunión de una comisión mixta paritaria.” Fernández-Miranda Campoamor, Op. Cit., p. 546.

f.- Cuestión de confianza.

Antes de abordar el tratamiento del instrumento de control político, es necesario dar a conocer las formas de como puede desenvolverse en función de que exista una tendencia mayoritaria, ya sea parlamentaria o presidencial, sin duda alguna una de las formas de interacción de las mayorías más apasionante para los teóricos, “Pero aún así, se debe reconocer que en esta formula el problema de las mayorías divididas encuentra su solución por el cambio de cabeza, al reforzar la autoridad de quien obtenga la mayoría. Y este es un brillante, aunque involuntario, acto de brujería constitucional”.⁴⁷

En un Estado cuyo órgano de gobierno mayoritario es contrario a la mayoría parlamentaria, el nombramiento del primer ministro por el presidente de la República debe hacerse en función de la aprobación también de la Asamblea Nacional, lo que implicará que debe tener una confianza doble, por un lado la del presidente de la República y por el otro la de la Asamblea Nacional.

En otra hipótesis, en donde el Ejecutivo Federal cuanta con la mayoría y a su vez con mayoría en la Asamblea Nacional, con la única confianza con la que debiera de contar el primer ministro es con la del presidente de la República, pues ante tal circunstancia, este último puede hacerlo dimitir, aún cuando sólo puede dejar el cargo por resolución de la Asamblea, pero tiene que hacerlo porque le debe el cargo al presidente de la República, lo que ha traído como consecuencia que hasta el momento ningún ministro en tal hipótesis no se haya resistido a dejar el puesto que detenta.

Una vez que se abordaron las dos formas de operar la confianza en el regimen monista y en el regimen dualista francés, es necesario, analizar correlativamente los diversos supuestos en que puede materializarse la cuestión de confianza.

⁴⁷ Giovanni Sartori, Op. Cit., p. 141.

La cuestión de confianza procede a solicitud del propio gobierno, es decir que deriva del primer ministro previa deliberación con el Consejo de Ministros aunque esto último es mera formalidad; puede solicitar el voto de confianza de la Asamblea respecto de su programa de gobierno que siempre se da al inicio de un periodo o puede solicitar la confianza de la Asamblea con relación a la declaración de una política general, la cual se puede comprometer en cualquier momento.

Para el caso de que la Asamblea Nacional decida votar en contra del programa o de la declaración de política general, por disposición constitucional el primer ministro deberá presentar su dimisión al presidente de la República.

Se ha cuestionado si existe la obligación por parte de los gobiernos de presentar ante la Asamblea Nacional la solicitud de confianza, algunos en su inicio la han presentado, otros no consideraron hacerlo por aludir a que no tenían obligación de llevarla a cabo.

En un sistema dualista puede o no optar por el voto de confianza, ya que el primer ministro solamente necesita de la confianza del presidente de la República, así lo han expresado algunos teóricos,⁴⁸ no así en tratándose de un sistema monista en donde el primer ministro necesita de la doble confianza, la del presidente y la de la Asamblea Nacional, ante tal situación se ve obligado no jurídicamente pero sí políticamente a someter su programa en un inicio a la confianza de la Asamblea, esto es explicable, porque el presidente al nombrar al primer ministro no tiene mayoría en la Asamblea, porque la mayoría en esos momentos se conforma por la oposición, debido a lo anterior, resulta lógico que presente su programa ante la Asamblea Nacional y, si la votación le resulta contraria o desapruueba el programa la Asamblea, el primer ministro deberá

⁴⁸ "Esa libertad de solicitar o no el voto de confianza se comprende y justifica en el contexto de un régimen presidencial donde el Gobierno depende exclusivamente de la confianza del jefe de estado." Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 89.

presentar su dimisión, ya que de ninguna forma logrará evitar el control de la misma con posterioridad.

g.- Moción de censura a partir de una cuestión de confianza.

La problemática que motivó que se elevara a rango constitucional la figura mixta que lleva como finalidad comprometer la responsabilidad del gobierno, es la siguiente; durante la IV República francesa el primer ministro era ratificado por la Asamblea y con posterioridad al gobierno le eran rechazadas sus iniciativas de ley que llevaban como objetivo que se cumpliera con el programa gubernamental; ante tal contradicción de la Asamblea de ratificarlo en un inicio y después hacer lo contrario con relación a una iniciativa legislativa, dio pauta a que se elevara a rango constitucional la figura de moción de censura como consecuencia de una cuestión de confianza.

Ante tal fenómeno constitucional, el primer ministro puede comprometer la responsabilidad del gobierno ante la Asamblea Nacional, previa deliberación con los ministros, a través de la votación de un texto.

Una vez depositado el texto, si durante las 24 horas siguientes de realizado, la Asamblea Nacional no presenta una moción de censura sobre el mismo, este adquirirá la calidad de aprobado al no encontrar oposición por parte de la Cámara respectiva, por lo tanto, a su vez se considera adoptado y, ante la omisión se deduce que existe la confianza de la Asamblea Nacional y puede gozar de ella, es una omisión de otorgamiento de confianza, tácita y positiva.

En un sentido contrario, al presentarse la moción de censura dentro del tiempo que dispone la norma primaria, esta puede tener dos vías, la primera es que sea aprobada por la Asamblea Nacional a partir de una mayoría absoluta y entonces se considera negada la confianza de la Asamblea al gobierno; la segunda es que la moción de censura no obtenga mayoría absoluta y ante tal

hipótesis se considera adoptado el texto, pues al no obtener la Asamblea y su medio de control la mayoría adecuada para negar el proyecto, se considera que ha otorgado su confianza al gobierno.

h.- Poder reglamentario.

La facultad legislativa en un principio perteneció al Parlamento, pero a partir de la Constitución de 1958 se terminaría con la preeminencia de la ley para dar paso a un nuevo legislador dentro del sistema constitucional de Francia, al Ejecutivo;⁴⁹ ante tal cambio, los órganos que tienen competencia legislativa son: El Parlamento por disposición constitucional prevista en el artículo 34 que ha sido considerada facultad legislativa excepcional; en tanto que la facultad reglamentaria resultante de una interpretación conjunta del artículo 34 y el artículo 37 que viene a representar la regla general, queda a cargo del primer ministro por disposición constitucional prevista en el artículo 21,⁵⁰ así como a cargo del presidente de la República cuya competencia la podemos ubicar en el artículo 13 de la norma primaria.⁵¹

La forma reglamentaria encuentra su materialización por conducto de decretos emanados del Gobierno o en su defecto emanados del primer ministro; los reglamentos a su vez han sido divididos por la doctrina en reglamentos de aplicación de ley⁵² y autónomos,⁵³ los primeros que derivan de las leyes emitidas por el Parlamento.

⁴⁹ “Una de las particularidades de la Constitución de 1958 reside en la extensión del poder reglamentario que reconoce al gobierno.” Bordeau, George, Op. Cit., p. 670.

⁵⁰ “Artículo 21. El primer ministro dirige la acción del gobierno. Es responsable de la Defensa Nacional. Garantiza la ejecución de las leyes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, ejerce la potestad reglamentaria y nombra los cargos civiles y militares.” Álvarez Vélez,-Alcon Yustas, Op. Cit., p. 311.

⁵¹ “Artículo 13 El presidente de la República firma las ordenanzas y los decretos deliberados en Consejo de Ministros.” Ibidem, p. 310.

⁵² “...desarrollan unos principios fundamentales que han sido ya fijados por una ley. Ahora bien la generalidad de esos principios que impide a la ley descender al detalle de la regulación de alguna de las materias del artículo 34, determina que el campo de actuación o el margen de maniobra atribuido al reglamento sea, en estos casos, bastante amplio.” Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 37.

La distinción entre una ley y un reglamento podría devenir del principio de jerarquía de las normas, pero esto es falso, se encuentran en un mismo rango, por lo que se considera que los decretos constituyen verdaderas leyes, lo que los hace distintos no es el control por órgano diferente que los haría tener un peso mayor sobre otro, sino que la distinción entre el decreto y la ley, se encuentra en lo siguiente: La facultad o competencia del decreto está mayor garantizada en caso de vulneración por el Parlamento, no así la facultad legislativa, porque está menos garantizada cuando se da la vulneración de competencia por parte del Poder Ejecutivo, es decir, que si por virtud de un decreto el primer ministro o en su caso el gobierno reglamentan materias propias de la ley, sólo se controlaría el exceso si es impugnada por un particular o gobernado ante el Consejo de Estado, por exceso de poder, no así, si el Parlamento se excede legislando materias propias del Ejecutivo por decreto, en esta hipótesis el Ejecutivo puede en principio oponerse a tal regulación legislativa por considerar que se vulnera su competencia y, segundo, en el caso de que salga adelante el proyecto de regulación, puede impugnar el exceso ante el Consejo Constitucional; son medios de control jurisdiccionales.

Lo que nos ha llevado a sostener que el poder reglamentario del Ejecutivo encuentra límites constitucionales materiales, no pudiendo por decreto reglamentar lo concerniente al Parlamento, en tanto que el Parlamento encuentra límites constitucionales materiales, en donde sus facultades legislativas se extienden no más allá de la competencia fijada por el artículo 34 constitucional; de tal manera que si alguno de los órganos se excediera, su conducta de extralimitación daría pauta a que se controlara por medio de un instrumento de control jurídico.

Algunos tratadistas han considerado que el presidente de la República en tratándose de los decretos de gobierno ejerce un poder de veto reglamentario,

⁵³ “Sobre las materias no incluidas en el artículo 34 el poder ejecutivo ejerce una potestad normativa total e incondicionada. Sólo limitada, obviamente, por la propia constitución.” Loc. Cit.

porque es decisión de este firmar un decreto o no hacerlo,⁵⁴ ante tal conducta omisiva es como se actualiza un medio de control del presidente de la República, sobre los demás miembros del gobierno, Consejo de Ministros, o un control intraorgánico o intragubernamental que se ejerce dentro del propio gobierno.

i.- Presidente interino.

El periodo de encargo del presidente de la República francesa dura siete años con posibilidad de reelección; empero durante el periodo de su mandato pueden surgir determinadas situaciones que pueden a su vez originar que el cargo presidencial quede vacante, como también puede darse algún impedimento definitivo o temporal.

Lo idóneo es que un jefe de estado termine su mandato al expirar los siete años, plazo para el que fue elegido, aunque durante el periodo del mismo es posible ubicar hipótesis que den lugar a que el puesto quede vacante, de entre las cuales podemos ubicar las siguientes: La muerte del presidente,⁵⁵ la dimisión de este⁵⁶ o en su caso, porque se le haya fincado responsabilidad penal,⁵⁷ en estos supuestos el cargo quedará vacante y vendrá a ocuparlo el presidente del Senado o en su defecto en caso de impedimento de este, lo ocupará el jefe de gobierno.

También se pueden dar causas que originen un impedimento temporal o definitivo del jefe de Estado, en el caso de un impedimento definitivo se procederá

⁵⁴ "En efecto, incluso dejando al lado la fidelidad incondicional del Primer Ministro con respecto al general De Gaulle y que une todavía al jefe del gobierno con el presidente de la República, este dispone de un medio jurídico de imponer su voluntad: es el derecho que le corresponde de firmar las ordenanzas y los decretos más importantes, los que se deliberan en consejo de Ministros (Art. 13). Como por estos actos se ejercen las competencias esenciales del gobierno, el Presidente dispone prácticamente de un derecho de veto." Bordeau, George, Op. Cit., p. 671.

⁵⁵ "La muerte de Pompidou ocurre en 1974 (del 2 de abril al 24 de mayo)." Tajadura Tejada, Javier, Op. Cit., p. 67.

⁵⁶ "Lo último sucedió en 1969 cuando el General de Gaulle, a mitad de su segundo mandato, vinculó su permanencia en el cargo al resultado favorable de un referéndum sobre la reforma del senado; derrotado dimitió." Fernández-Miranda Campoamor, Op. Cit., p. 538.

⁵⁷ "Si es condenado por alta traición por el Tribunal Supremo, tras ser acusado por el Parlamento; sin embargo parece razonable interpretar que un Presidente que se encontrase en esta situación, dimitiría sin necesidad de esperar a la decisión del Tribunal." Loc. Cit.

a nuevas elecciones, no así de forma temporal, pues una vez que cese la incapacidad el jefe de Estado volverá a sus funciones, por lo anterior, en tratándose del impedimento temporal o definitivo quien ocupará el cargo será el presidente del Senado y a falta de este el jefe de gobierno.

El presidente interino que ocupe el cargo se encuentra ante límites expresos en la Constitución, pues, está impedido para convocar un referéndum o disolver a la Asamblea Nacional; no puede ejercitar ninguna moción de censura, una cuestión de confianza o moción de censura originada por una cuestión de confianza; no se puede llevar a cabo la revisión a la Constitución; asimismo no se pueden rebasar los treinta y cinco días sin que se haya elegido un nuevo presidente.

También el Consejo Constitucional debe comprobar el impedimento provisional o definitivo a petición del gobierno.

Asimismo, se tiene previsto un caso de ausencia de mínima duración del presidente, se da cuando este delega funciones de gobierno al primer ministro sobre un orden del día determinado, en dicha hipótesis puede ser sustituido en Consejo de Ministros.

Los supuestos en que queda vacante el puesto, darían pauta a los diversos líderes a ocupar el cargo de forma furtiva, pero esto no es así, porque la Constitución prevé la interinidad a fin de evitar la violencia en la sustitución presidencial, controlando a los que se encargan de ejercer el cargo temporalmente, mientras su sustitución se hace por otro emanado de la legitimidad.

En principio el único personaje que puede ocupar el cargo interinamente es el presidente del Senado; si tiene algún impedimento para hacerlo, el cargo lo podrá ocupar el jefe de gobierno; aquí podemos encontrar los primeros límites

expresos, una vez que entran en funciones, los interinos no pueden llevar a cabo determinadas actividades que sí podría llevar a efecto un presidente normal, en este caso estamos ante límites expresos constitucionalmente.

Por otro lado, el Consejo Constitucional lleva a cabo la comprobación de impedimento temporal o definitivo a petición del gobierno; asimismo para el caso de que el presidente provisional interino ejecute actos fuera de sus facultades, el encargado de ejercer el control sería el Consejo Constitucional, una forma más de poner límites al poder y ejercer el control jurisdiccional.

j.- Referéndum.

Las formalidades que se tienen que cubrir a efectos de que el presidente lleve a cabo un referéndum, de entre las principales podemos considerar las siguientes: No necesita de una propuesta de referéndum la cual puede devenir del Gobierno o, en su caso de las dos asambleas que a su vez deberán de publicarse en el Diario Oficial.

Las materias sobre las cuales puede versar un referéndum son: Cualquier proyecto relativo a la organización de los poderes públicos; el proyecto que implique la aprobación de un acuerdo de una comunidad; el proyecto que lleve como finalidad autorizar la ratificación de un tratado; un proyecto de ley sobre las reformas a la política económica o social de la nación o que tenga que ver con servicios públicos de necesidad.

No existe un control político sobre el referéndum que decida llevar a cabo el presidente de la República, y en caso de que sea aprobado el proyecto de ley sobre las materias permisibles, quedará aprobado por legitimidad.

Para el caso de que un proyecto sea sometido a referéndum y sea contrario al presidente de la República, este no tendrá ningún tipo de responsabilidad.

Han existido casos en donde el proyecto sometido a referéndum versa sobre materias no de las concernientes a lo dispuesto en el artículo 11, sino más bien, sobre materias concernientes al artículo 89, de ahí que se han presentado serios conflictos, Vgr; en 1962 donde se cambio la forma de elección del presidente, aprobándose por referéndum el proyecto que sin duda alguna era inconstitucional, y aún cuando se de impugnó a través del recurso de inconstitucionalidad y se declaró inconstitucional, se mantuvo su validez debido a la legitimidad⁵⁸ emanada del pueblo.

En 1969 se intentó llevar a cabo una reforma en el Senado, sometiendo a referéndum el proyecto de ley de reforma sobre materias concernientes al artículo 89 constitucional, de tal forma que en esta ocasión le fue contraria la votación al presidente De Gaulle y, aún cuando no existía una disposición expresa que en caso de que tuviera una votación contraria a su proyecto este debería dimitir; por cuestiones éticas y presiones políticas, tuvo que hacerlo; es decir, que en ese momento el presidente De Gaulle abandono su cargo.

Por lo anterior, aún cuando no existan por disposición constitucional controles políticos, estos han emanado a través de la práctica por una parte y, con relación al control del referéndum por el Consejo Constitucional, sí existe, el cual fue materia, cuando se trató sobre los diferentes medios de control del Consejo Constitucional francés.

13.-Tribunal Supremo de Justicia.

Elegirá a su presidente de entre sus miembros, se compone de miembros elegidos por la Asamblea Nacional y el Senado de igual número, quien a su vez una ley

⁵⁸ "Hay que advertir también que las leyes ratificadas en referéndum nacional no pueden ser objetadas de control por emanar directamente de la soberanía nacional (decisión de 6 de noviembre de 1962)". Tajadura Tejeda, Javier, Op. Cit., p. 119.

orgánica fijará su funcionamiento, composición y el procedimiento aplicable a él. Tiene como principal objetivo juzgar al presidente de la República.

14.-Consejo de Estado.

Los consejeros de Estado son nombrados por el Consejo de Ministros. Aún cuando de forma directa desempeña un control de legalidad, de forma indirecta lleva a cabo una tutela de los derechos fundamentales, desde diversos ángulos por virtud del criterio impuesto en el preámbulo de la Constitución de 1958, como acertadamente expresa Fix-Zamudio y que se ve obligado a aplicar los principios a las controversias sometidas a su conocimiento, sobre el punto expresa:

“con este fundamento, el citado organismo ha dejado sin efecto numerosos actos y resoluciones contrarios a los derechos fundamentales de los gobernados, o que tenían su apoyo en disposiciones, particularmente los expedidos por el Ejecutivo: reglamentos, decretos-leyes, etcétera, que lesionaban indebidamente los mismos derechos”.⁵⁹

15.- Consejo Superior de la Magistratura.

El Consejo Superior de la Magistratura de Francia, encuentra sustento en dos principios esenciales: El de independencia e inamovilidad. Se encuentra presidido por el presidente de la República y, en la Vicepresidencia por el Ministro de Justicia quien puede suplir al presidente, el organismo comprende dos formaciones el de jueces-magistrados y el de fiscales.

El de jueces magistrados, además de la Presidencia y Vicepresidencia se integra por cinco magistrados, un fiscal, un consejero de Estado y tres personalidades.

⁵⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 29.

La principal función, es cuando se pronuncia como consejo de disciplina de los jueces y magistrados, siendo presidida por el primer presidente del Tribunal Superior.

El de fiscales, además de la Presidencia y Vicepresidencia, se integra por cinco fiscales, un magistrado, un consejero de Estado y tres personalidades.

La principal función, es que el fiscal superior conocerá de la demanda, en contra de un miembro del gobierno, pudiendo remitirlo de oficio al Tribunal de Justicia de la República.

Corte de Casación; (De la autoridad judicial). La Corte de Casación realiza, en forma indirecta el control relativo a la constitucionalidad de los derechos fundamentales de la persona humana, (como resultado del legicentrismo derivado de 1789) especialmente tratándose de la libertad personal.

Pues tiene como finalidad asegurar el respeto al principio, el cual dispone que “nadie debe ser detenido arbitrariamente”.

La figura no es similar al habeas corpus así lo ha expresado el Dr. FIX-ZAMUDIO: “En realidad se trata de medidas de aseguramiento del inculpado dentro del proceso penal, pero no de una institución específica que permita examinar la situación del propio inculpado o de cualquier detenido, ante un juez diverso del que tramita la causa o de la autoridad que hubiese ordenado o efectuado la detención o en otras palabras, no se configura un procedimiento autónomo de tutela constitucional de la libertad individual, como ocurre tratándose del habeas corpus en su dimensión propia”.

Continúa diciendo:

“En este sentido, la citada corte de casación debe aplicar los principios constitucionales que tutelan la libertad individual, con el objeto de determinar los casos de detención arbitraria extendiéndose esa protección a la inviolabilidad del domicilio realizada tanto por autoridades judiciales como administrativas, señalando, consecuentemente, la responsabilidad civil o penal de los funcionarios que la practicaron”.⁶⁰

16.- Tribunal de Justicia de la República.

El Tribunal de Justicia de la República está compuesto por quince jueces, doce parlamentarios y tres magistrados (jueces del Tribunal Superior).

Funciona como Cámara de sentencia y es quien juzga a los miembros del gobierno penalmente responsables, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Conoce de las denuncias que presente cualquier persona por delitos o crímenes de los miembros del gobierno respecto del cual se considera afectado, siendo la comisión de demandas quien conocerá de la presentación de las mismas.

17.- Consejo de Ministros.

El Consejo de Ministros está presidido por el presidente de la República, quien puede ser suplido por el primer ministro, el Consejo de Ministros se encargará de lo siguiente:

Nombramientos: Se encarga de nombrar a los consejeros de Estado, al gran canciller de la legión de honor, los embajadores y enviados extraordinarios, los consejeros del Tribunal de Cuentas, los prefectos, los representantes del

⁶⁰ Ibidem, pp. 35-36.

gobierno en los territorios de ultramar, los oficiales generales, los rectores de las academias, los directores de las administraciones centrales.

B Estados Unidos

La Constitución de Filadelfia de 1787., se ha distinguido por su originalidad y su corte de naturaleza burgues.

El problema que las distintas democracias parlamentarias o presidenciales, europeas o latinoamericanas que actualmente enfrentan, es el problema del poder que en aquel entonces se cuestionó el pueblo de los Estados Unidos.

La Constitución de los Estados Unidos, se formó a partir de la reunión de los delegados que pertenecían en aquel entonces a las colonias, quienes recibieron la influencia de Carlos Luis de Secondat barón de Montesquieu, quien sostuviera la teoría de la división de poderes, sin que esto implicara una separación radical y absoluta entre los mismos, existiendo excepciones.

En principio, el Constituyente se reunió para tratar puntos del documento que formalmente establecía a la Confederación, empero, se aprovecharon de la ocasión y decidieron darse un documento fundamental.

Algunas de las ideas del debate, fueron las siguientes: se presento la de si se debía de tener un Ejecutivo débil o fuerte, no lo querían en este último sentido debido a las experiencias del momento de las dictaduras y monarquías absolutas, en donde el poder lo detentaba y ejercía una sola persona que por lo regular le permitía incurrir en abusos contra el gobernado.

Aún, cuando en su momento se pugnó porque se tuviera y creara un Ejecutivo fuerte, sobre el punto el Dr. DIEGO VALADÉS menciona lo siguiente: “En la concepción dominante en la convención de Filadelfia había prevalecido la tesis de

un Ejecutivo fuerte la expresión directa utilizada en diferentes momentos, sobre todo en el Federalista, se utilizaba como forma de remarcar la naturaleza del ejecutivo fuerte; era la voz “energía”. Precisamente se entendía que los requisitos o ingredientes de la energía eran, en primer lugar, la unidad, esto es que el Ejecutivo fuese unipersonal; en segundo lugar su permanencia, esto es, que no dependiera, en cuanto a la duración en el cargo de la confianza del Congreso; en tercer término la facultad de proveer adecuadamente a su propio sostenimiento, esto es, disponer de recursos financieros procedentes de los ingresos fiscales para la realización de sus tareas; y en cuanto término contar con lo que Madison llamaba “poderes suficientes”.⁶¹

Se puede decir que los poderes que tiene el presidente no son lo suficientemente amplios para destacar y tener una preeminencia respecto de los demás órganos, (el Congreso y el Poder Judicial) no así, lo ha demostrado la realidad, ya que durante toda la historia de los Estados Unidos, como así lo hace notar FRANCE TOINET: “La Constitución al describir la presidencia, se refiere a una institución imprecisa, aunque esta debilidad se ha convertido en fuerza: solo siendo virtual, la presidencia pudo llegar a ser real. De tener un papel secundario y estar subordinada en la jerarquía constitucional definida por la Constitución, ha llegado a un nivel primario y dominante, reinando en la cima del sistema institucional”.⁶²

Independientemente de la preeminencia que hoy por hoy sustente el Ejecutivo, podemos expresar que en principio y como con anterioridad lo señalamos, la convención siguió muy de cerca la división de poderes, así lo destacó en su momento FERRAS MORENO: “De ese modo los delegados acordaron establecer como tres ramas del gobierno central las de Poder Ejecutivo, formado por un presidente, un vicepresidente y secretarios con los que constituiría el Gabinete; Poder Legislativo, formado por la Cámara de Representantes y el Senado que

⁶¹ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 293.

⁶² France Toinet, Marie, *El sistema político de los Estados Unidos*, Primera Edición en Español, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 125.

formarían el Congreso, y el Poder Judicial formado por la Corte Suprema y las demás cortes inferiores que determinará el Congreso”.⁶³

Pero el Constituyente tenía temores, que el poder se ejercitara y como consecuencia se diera la tendencia de abusar o excederse en él, por lo que aún estableciendo la división de poderes, pensaban que era necesario insertar (checks and balances) pesos y contrapesos para un mejor equilibrio, con el objeto de que no se ejerciera el poder en forma incontrolada, sino de modo controlable.

1.- Los controles jurídicos en los Estado Unidos de Norteamérica

a.-La revisión judicial.

Origen: La *revisión judicial* como medio o instrumento de control de la constitucionalidad, tiene su origen en Inglaterra y particularmente en el caso Bonham's Case en 1610, cuyo protagonista fue el presidente de la Suprema Corte Edward Coke, quien emitió el fallo que daría surgimiento a la *judicial review*. Durante el año de 1606, el Dr. Bonham's Case Thomas que en ese momento desempeñaba su profesión en la ciudad de Londres, fue solicitado con el objeto de ser examinado en sus conocimientos de medicina por la institución "Royal Collage of Physicians". En la resolución que emitió ésta última sobre la examinación, declaró incapaz al doctor para seguir desempeñando la profesión de medico, levantandosele una multa para ejercer licencia y prohibiendosele a su vez el ejercicio del cargo.

Ante tal resolución, el Dr. Bonham's Case decide hacer caso omiso y seguir ejerciendo su profesión, la cual le va a traer como consecuencia el ser condenado a prisión y privado de su libertad por virtud de una carta de Enrique VII. El Doctor ante tal situación recurre ante el presidente de la Corte Suprema, el cual emitió un fallo en los siguientes términos:

⁶³ Ferras Moreno, Ángel Domingo, *La bicentenario constitución norteamericana*, la Habana, Editorial de ciencias sociales, 1990, p. 61.

Que el Royal College no tenía jurisdicción para conocer del caso.

Y si su competencia se derivaba de dicha ley, ésta debería de ser anulada.

De esta manera, lo transcribe EDWARD S. CORWINS, haciendo alusión al fallo del juez Coke “en su famoso dictamen del caso Bonham, “que cuando una ley del Parlamento se opone al derecho común o a la razón... la ley común se impondrá y despojará de validez a dicha norma”.⁶⁴

Este es el origen de la revisión judicial, como medio de control de la constitucionalidad.

I) La revisión judicial en la época colonial en los Estados Unidos de Norteamérica.

Las colonias todavía no obtenían su independencia, por lo tanto, dependían de Inglaterra y de sus tribunales, como lo afirma FERNANDEZ SEGADO “es conocido y bien significativo el hecho de que los tribunales coloniales apelasen a los tribunales superiores ingleses frente a determinadas leyes de las asambleas coloniales”⁶⁵ es por esto, que se van a dar casos significativos “así en 1765 el gobernador real de la provincia de Massachussets escribió a su gobierno que el argumento principal contra la Ley de Sellos era que contradecía la Carta Magna y los derechos naturales de los ingleses, y por lo tanto de acuerdo con Lord Coke “era un acto nulo y sin valor”; y en vísperas de la declaración de independencia, el juez William Cushing, más tarde uno de los designados por Waschintong en la elección original de la Suprema Corte, recomendo a un jurado de Massachussets que ignorase ciertas leyes del Parlamento, por “nulas e inoperantes”.⁶⁶

⁶⁴ Corwin S, Edward, *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Primera Edición en Español, Argentina, Editorial Fraterna, 1987, p. 289.

⁶⁵ García Beluende-Fernández Segado, Op. Cit., p. 53.

⁶⁶ Corwin S, Edward, Op Cit., p. 289.

II) La Constitución de 1787 y la doctrina, en el Federalista sobre la judicial review.

El Federalista surge de escritos de Hamilton, Madison y Jay, los cuales fueron publicados en la ciudad de Nueva York, ahí es donde podemos encontrar los rasgos doctrinarios que vienen a darle una identidad a la *revisión judicial*.

Hamilton en el Federalista de N. LXXIII, nos expone sobre las facultades del Poder Judicial; aclara que este no tiene en sus manos la fuerza, ni el tesoro, solamente el discernimiento, apoyando sus fallos en la fuerza del Ejecutivo.

Afirma la importancia de la libertad y la necesidad de garantizarla a través de la independencia del Poder Judicial, en caso contrario no existirá ésta.

Nos habla de la Constitución limitada y la necesidad de independencia del Poder Judicial, y al referirse a esta, la entiende como las limitaciones que se imponen a la autoridad legislativa.

Pues en el caso de que Legislativo y Judicial estuviesen vinculados, no se garantizaría la libertad del gobernado, como así lo sostuvieron en su momento: “las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”.⁶⁷

La independencia del Poder Judicial y la facultad de declarar nulo todo acto contrario a la Constitución, marcan la clara percepción que tenían los

⁶⁷ Hamilton-Madison-Jay, (Traductor Velazco, R.Gustavo.), *El Federalista*, Segunda Edición al Español, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 331.

constituyentes del control del poder, aún y, a reserva de que solamente algunos lo vean como rasgos de la revisión judicial cuya finalidad fue salvaguardar no solamente a la Constitución misma, sino a los privilegios o prerrogativas del gobernado.

La posibilidad que tenían de adoptar una institución que declarara la inconstitucionalidad de los actos, se vería frustrada por la argumentación que disponía que en dicha hipótesis el poder que tuviera tal facultad ejercería una preeminencia sobre los otros poderes, sobre el tema se expresaba lo siguiente: “el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa”.⁶⁸

Pero también, se dieron posturas a favor de la declaración de inconstitucionalidad argumentándose lo siguiente:

“No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres, que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”.⁶⁹

⁶⁸ Hamilton-Madison-Jay, Op. Cit., p. 332.

⁶⁹ Idem.

Mantienen su posición respecto del Legislativo de que no puede y está impedido para sustituir la voluntad de los electores como representantes del pueblo, y ratifica el del Poder Judicial de interpretación y de declarar nulos los actos inconstitucionales, al respecto señalarían lo siguiente:

“Si se dijere que el cuerpo legislativo por si sólo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser esta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido conocidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental u así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.⁷⁰

Como acertadamente sostiene FRANCE TOINET, en donde la Constitución es un reflejo de desconfianza hacia las mayorías, es por esto, que HAMILTON al hacer referencia a los tribunales, hace alusión a los estatales y no a los federales como los que tienen la facultad de control de la constitucionalidad.

⁷⁰ Idem.

Es de notarse que FERNANDEZ SEGADO identifica dos tesis de HAMILTON; la primera en el N. 78, en donde, de la Constitución se desprende el derecho de los jueces y tribunales para ejercitar la *judicial review*.

Por otro lado el autor antes citado, sostiene que hay otra tesis que tiene que ver con el N. XXXIII del Federalista, en donde expresa que parece que HAMILTON no parece entender que de la Constitución se deriva el derecho de los jueces.

No estamos de acuerdo con FERNANDEZ SEGADO, porque en sí, aún cuando no hace alusión a los jueces en forma directa, se debe entender que en forma indirecta los encargados de evaluar la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de un acto, es el Poder Judicial, teniendo como resultado su anulación. Ya que este es el encargado de la interpretación de la norma, como así lo dispone El Federalista:

“La constitucionalidad de una ley tendrá que determinarse en todos los casos según la naturaleza de los poderes en que se funde. Supongamos que interpretando forzosamente sus facultades...”⁷¹

III) Caso Marbury Versus Madison.

En la Constitución de los Estados Unidos no se estableció directamente la *judicial review* sino que “aun faltaba que alguien que se apoderara de él y lo afirmara. Es el Tribunal Supremo el que habrá de adjudicárselo”,⁷² con la celebre resolución Marbury Versus Madison.

Una vez que se celebraron las elecciones en las que compitieron federalistas y repúblicanos, resultando ganadores los segundos en el año de 1800, el presidente John Adams hizo varios nombramientos a última hora, de entre ellos

⁷¹ Ibidem, p. 131.

⁷² France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 67.

nombró a Marbury como juez de paz del Distrito de Columbia en la ciudad de Nueva York (nombramientos conocidos como de media noche). El nombramiento se hizo con fundamento en dos leyes aprobadas en febrero de 1801, un mes o menos antes de que expiraran los poderes del Congreso, una de cuyas leyes (la Circuit Act) fue derogada por los republicanos en marzo de 1802.

Como replica de Jefferson contra los federalistas de designar hasta el último momento el mayor número de partidarios, Madison retiene los nombramientos.

La demanda es presentada por Marbury en contra de Madison, fundamentándose en la Judiciary Act de 1789, que otorgaba al Tribunal Supremo el derecho de nombrar a los jueces de los tribunales federales inferiores.

La resolución del juez Marshall, ante la contradicción de una ley votada por el Congreso (Judiciary Act de 1789, sección decimotercera) y no adecuada a la Constitución pues pugnaba con la sección segunda del artículo 3., declaró la inconstitucionalidad de la primera, de la siguiente forma:

“De tal modo, la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y pone de relieve el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.

Por ello se rechaza la petición del demandante. Cumplase”.⁷³

Con posterioridad el Tribunal Supremo fallaría en el caso Fletcher C. peck (6 cranch 87, 1810) anulando una ley adoptada por la legislatura de Georgia, estableciendo un precedente, en donde el Tribunal Supremo podía declarar

⁷³ Fernández Sarasola-Requejo Rodríguez-Aláez Corral, (Traductores), *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 96.

inconstitucionales las leyes estatales. A su vez alcanzaría la facultad suprema de interpretación en el caso *Martin C. Hunters Lessee* en 1866., es decir, la centralización de la interpretación de las disposiciones constitucionales.

2.- Los controles políticos en los Estados Unidos de Norteamérica.

Los controles de naturaleza política en los Estados Unidos, surgen conjuntamente con la Constitución en el momento de redactarla y estar conformes todas y cada una de las colonias firmantes, como lo son: el veto presidencial de una ley aprobada por las dos cámaras del Congreso de los Estados Unidos; la facultad de aprobación que tiene el Senado de los Estados Unidos de los nombramientos que haga el presidente o, en su defecto la aprobación del Senado de los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo o, que se le exija responsabilidad penal o política al presidente de la República, pudiendo ser acusado por la Cámara de Senadores, todas estas, son algunas formas de evitar que el poder se ejercite en forma arbitraria.

a.- Presidente.

Con respecto a las condiciones de elegibilidad; para ser presidente de los Estados Unidos se tienen que cumplir con los siguientes requisitos, ser ciudadano por nacimiento, haber residido los últimos 14 años en el país y haber alcanzado la edad de 35 años.

El mandato presidencial se desempeña por cuatro años, con posibilidad de reelección (vigésimo segunda enmienda de 1951) el único que se ha reelegido dos veces fue Franklin Roosevelt.

El presidente de los Estados Unidos es elegido por voto indirecto y entra en funciones el 20 de enero prestando juramento ante el *Chief Justice* del Tribunal Supremo. La vigésima quinta enmienda permite al vicepresidente el reemplazo

provisional del presidente que no pudiera llevar a cabo su mandato durante cierto o determinado tiempo.

La independencia financiera. En 1989 los fondos atribuidos a la presidencia (*executive branche*) eran de 11.7 mil millones de dolares (mas del quintuple de los créditos necesarios al funcionamiento del legislativo: 2.1. mil millones de dolares), de los cuales 275 millones son para el *Executive Office Presidencial*.

En cuanto a la responsabilidad política, el presidente no es responsable ante las cámaras, pero tampoco puede disolverlas.

b.- El *Impeachment* (impedimento).

Durante toda la historia de los Estados Unidos el *impeachment* ha sido el único medio o instrumento con que cuenta el Congreso para poder controlar al Poder Ejecutivo por vía parlamentaria, lo que ha venido solamente a determinar la supremacía del Ejecutivo sobre el Congreso de conformidad con la praxis constitucional, los únicos casos en donde se ha intentado, son los siguientes:

“Andrew Jonson fue inculpado por la Cámara en 1868, pero se liberó de la condena por un solo voto, después de un sensacional proceso que duro tres meses. El litigio emprendido contra Richard Nixon en 1974 fue anulado cuando este renunció”.⁷⁴

En este último intento, la Comisión Judicial encargada del caso había logrado culparlo por tres cargos: obstrucción de justicia, abuso de poder y negativa de obediencia a las citaciones judiciales del Congreso.

⁷⁴ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 131.

Sin embargo, el medio de control instaurado no ha tenido los efectos esperados, ni la eficacia plena, pues los dos casos sólo vienen a remarcar la preeminencia e influencia del Ejecutivo propio de los sistemas presidenciales.

c.- Iniciativa.

El presidente de los Estados Unidos tiene contemplado un rol de indole legislativa, así considerada por el artículo 2; Sección tercera la cual dispone que “recomendará (al congreso) las medidas que juzgara necesarias”.

Considerandola no como facultad, ni como obligación, sino más bien como una función, como así lo ha establecido el Dr. DIEGO VALADÉS con respecto a la iniciativa de leyes por parte del presidente de la República.⁷⁵

Empero la iniciativa de leyes en el caso de necesidad, hace que el presidente se interese en su propuesta de ley y lo acompañe por ende una participación directa y un interés, como así lo ha sostenido FRANCE TOINET: “Finalmente, el presidente interviene en forma muy directa en el proceso legislativo, tratando de obtener el apoyo de los parlamentarios para su programa legislativo; la ausencia de mayoría presidencial y de disciplina partidaria lo obligan a negociar, mimar, persuadir e incluso amenazar con tal de obtener los votos que necesita”.⁷⁶ Y, en un mismo sentido se ha pronunciado Dr. DIEGO VALADÉS: “También es relevante la estrategia que en cada caso se sigue. Algunos presidentes por ejemplo, han otorgado tal importancia a su relación con el Congreso, que estudian personalmente los debates y conocen pormenores de la vida de los congresistas; consultan periódicamente con ellos las decisiones del gobierno y las posibles iniciativas, y coordinan los tiempos para el envío de las propuestas, evitando así hacerlo en momentos de tensión o de eventuales conflictos de intereses”.⁷⁷

⁷⁵ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 297.

⁷⁶ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 140.

⁷⁷ Valadés, Diego, Op. Cit., pp. 297-298.

El porcentaje de iniciativas presidenciales es cambiante. Aunque en la mayor de las veces se ve coronada por el éxito, sobre esto refiere FRANCE TOINET “...según estudios de *Congressional Quarterly*, desde Eisenhower los mandatarios logran la adopción de las tres cuartas partes de sus proposiciones, en promedio. El record de eficacia pertenece a Lyndon Johnson (93% en 1965), mientras que el rechazo es para Nixon (51% en 1973), Ronald Reagan obtuvo hasta 82% de éxito en 1981, y no triunfo más que en 47% de los casos en 1988”.⁷⁸

Como se puede apreciar el presidente de la República solamente tiene inferencia para mandar iniciativas en caso de adoptar medidas necesarias, sin duda alguna en la mayor de las veces se saca a buen puerto cada una de estas, lo que no quiere decir que no exista un control sobre el Ejecutivo, si lo hay, y tan obvio es, que en tales circunstancias cuando no cuenta con una mayoría en el Congreso, el presidente se ha visto ante la imperiosa necesidad de negociar.

Esto no implica a la vez que los medios de control se tengan que ejercer con fines distintos para los que han sido creados, ya sea con la finalidad de obtener el voto del electorado o hacer quedar mal a la parte que desaprueba absolutamente una iniciativa de ley.

Como así lo ha sostenido el maestro VALADÉS “el control, no debe de utilizarse como arma política sino más bien como medio de prevención o en su defecto de corrección”.⁷⁹

Aún teniendo conocimiento de que tales medios no impliquen una panacea, si son eficientes en cuanto al objeto de control para el cual fueron creados. Lo que se debe evitar es la colisión como obstaculos al control público.⁸⁰

⁷⁸ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 140.

⁷⁹ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 299.

⁸⁰ Idem.

d.- Veto

Una idea esencial de los padres fundadores, fue el control recíproco, así como el Congreso controla al Ejecutivo en sus actos como lo son los tratados que celebra, así también el Ejecutivo controla al Congreso y tiene la facultad de negarse a otorgar su aprobación con respecto a una ley, es decir, puede vetar un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes y el Senado.

El presidente de los Estados Unidos puede hacer uso del veto formal o normal como le han llamado o en su defecto el veto de bolsillo, ahora se ha discutido acerca de si sería bondadoso o no darle la facultad de veto selectivo al presidente de la República.

Sobre el veto normal, el presidente veta el proyecto de ley y expresa por escrito las razones que tuvo para llevar a cabo tal acto dentro de los diez días al Congreso, aunque dicho veto puede ser superado por una mayoría de 2/3 partes en cada asamblea.

En tanto que el veto de bolsillo, es donde el presidente omite firmar la propuesta de ley, sin que de a conocer por escrito las razones y fundamentos que lo orillaron a tal medida y en donde el Congreso ya no se encuentra en asamblea, siendo necesario retomarse el voto de la ley en la asamblea siguiente.

Sobre el veto de bolsillo el Dr. DIEGO VALADÉS aludiendo a las resoluciones que ha emitido la Corte, expresa: "(Caso del pocket veto, en 1929), que el receso implica que en la Cámara de origen no haya posibilidades de recibir las observaciones del presidente. Años más tarde (1938) con motivo del caso *Wright v. United States*, la Corte resolvió que no había motivos para no regresar el proyecto con observaciones aún cuando el Congreso estuviese en receso, si había algún funcionario facultado para recibir el envío presidencial.

Los efectos del veto de bolsillo son los mismos que los del veto formal. En 1970 se llevó a los tribunales federales la primera impugnación contra el veto de bolsillo, con el resultado de que el proyecto vetado fue declarado ley por el Tribunal, por determinarse que había un funcionario del Congreso habilitado para recibir el veto formal”.⁸¹

El veto viene a constituir un medio de control político, cuyo objetivo es evitar que se emitan leyes que no se hayan discutido prudente, ni detalladamente.

e.- Veto selectivo.

(Line-item veto) (veto por línea o cuestión). Como es bien sabido, el veto por parte del presidente de los Estados Unidos puede aplicarse sobre la ley rechazando o no la misma, pero no puede aprobar la ley solamente en parte, como si lo pueden hacer los gobernadores por virtud del veto selectivo que tienen en su favor.

Sobre las ventajas y desventajas de otorgar la oportunidad del veto por línea al presidente, se han pronunciado FRANCE TOINET Y WILSON:

Con respecto a las ventajas “el Congreso se cuida de otorgar ese privilegio al mandatario, pues sabe muy bien que de esa manera reforzaría los poderes del Ejecutivo”.⁸²

A contrario sensu se ha dicho que “el Congreso puede obtener ventaja de este hecho intercalando previsiones que un presidente desea, metiéndolas en un proyecto que no le agrada, forzándole de esta manera a firmar la totalidad del proyecto, con todo y partes desagradables, para lograr lo que desea”.⁸³

⁸¹ Ibidem. p. 300.

⁸² France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 138.

⁸³ Wilson Q, James, Versión en español por Navez Ruiz, Juan, *El gobierno de los Estado Unidos*, México, Editorial Limusa, 1992, p. 303.

Cabe aclarar que en la hipótesis de que las dos asambleas en periodo de sesiones aprueben un proyecto de ley y dentro de los diez días exista una omisión del Ejecutivo, automáticamente se convierte en ley.

En un mismo sentido, en el supuesto de que las dos asambleas en periodo de sesiones aprueben un proyecto de ley y dentro de los diez días el presidente emita un veto formal, solamente puede considerarse como ley si el veto formal es anulado por las dos terceras partes de cada Cámara.

En el caso del veto de bolsillo, el proyecto de ley deberá de ser presentado en la sesión siguiente si existe un interés por parte de las asambleas.

En la actividad legislativa, podemos deducir que quien tiene la encomienda de control del poder es el Poder Ejecutivo cuyo titular es el presidente de la República, un medio de control que viene a materializar lo que el Constituyente de 1787 construyó, los controles recíprocos, pues aún cuando se señalaba el papel del Ejecutivo, Legislativo o Judicial, también se tenía previsto el papel recíproco en donde un poder pudiera tomar participación sobre cuestiones que le eran propias a los demás y de ésta forma controlar al poder.

Los poderes como representantes de los ciudadanos deben de poner por encima de intereses personales y de grupo a los de la mayoría (aunque esto no implique la indiferencia a las minorías) y el interés público y, hacer del veto un instrumento eficaz y efectivo, pero no, como medio que lleve como objetivo el bloqueo, lo que implicaría el desentendimiento en la función.

Lo peligroso dentro del veto en Estados Unidos desde mi particular punto de vista, es el de la posibilidad de darle u otorgarle al Ejecutivo el veto selectivo que traería problemas de naturaleza fiscal, pues el Ejecutivo aprobaría en parte lo que más se adecuara a sus intereses, evitando la negociación lo que generaría la omnipotencia del Ejecutivo. Otra problemática, consiste, desde mi perspectiva, en

la superación del veto por mayoría simple, entonces para que se lo dan si implica al mismo tiempo arrebatado.

Algunos se han pronunciado porque se lleve a cabo una reforma constitucional para implantar el modelo, otros lo niegan sustentándose en el espíritu de la Constitución, pues la práctica se ha encargado de refrendarlo o en su defecto por virtud de una ley.

Lo acertado sería la primera, la segunda y la tercera propuestas sólo evidenciaría la ausencia de Constitución en un Estado constitucional.

El Dr. DIEGO VALADÉS expresa, que una decisión de esa naturaleza puede transformar el sistema de controles entre órganos de poder.

Abrigando esperanzas de que así lo considere la Corte Suprema en tiempos posteriores, pues ya se ha pronunciado sobre el tema un juez federal “el veto parcial es inconstitucional porque inadmisiblemente afecta el balance del poder entre las tres ramas del gobierno”.⁸⁴

El ejercicio del veto, ha corrido distintas suertes en manos de los expresidentes de los Estados Unidos, así lo ha dispuesto el Dr. DIEGO VALADÉS citando a Fischer: “los cuarenta y dos presidentes norteamericanos han ejercido el veto cerca de dos mil quinientas veces; once lo hicieron entre una y seis ocasiones. El número más elevado de vetos corresponde a Franklin D, Roosevelt seiscientas treinta y cinco, aunque el porcentaje más alto lo tiene Graver Cleveland, quien en un solo periodo de cuatro años lo formuló cuatrocientas catorce.”⁸⁵

⁸⁴ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 305.

⁸⁵ Ibidem, p. 303.

f.- Convocatoria al Congreso.

El presidente de los Estados Unidos tiene un papel de importancia fundamental, con su función da una prueba más de la eficacia de los medios de control, pues tiene la facultad de convocar al Congreso para sesiones especiales determinando el receso y su duración, para el caso de que no se pongan de acuerdo sobre este la Cámara de Senadores y la de Representantes.

Podemos advertir que es un mediador, un arbitro que se encarga de resolver un problema sobre cuestiones que podrían paralizar el funcionamiento del Poder Legislativo, resultando vital la participación del Ejecutivo en la solución de controversias intraorgánicas.

La solución de diferencias entre órganos por un tercero da celeridad a la función no permitiendo su paralización. Hasta el momento no se ha registrado caso alguno que tenga que ver con dicha facultad.

g.- Informe al Congreso.

El presidente de los Estados Unidos tiene la obligación de presentar un informe periódicamente sobre el estado de la unión, tal obligación deriva del artículo 11, sección 3 de la Constitución del 1787.

Por un lado, el presidente puede presentar el informe en forma directa, es decir personalmente o en forma indirecta por conducto de sus delegados, como así, lo determina la historia de los Estados Unidos.

El informe por lo regular contiene o versa sobre temas de importancia nacional y problemas que preocupan al pueblo de los Estados Unidos, con las posibles soluciones a los mismos.

También se puede presentar por parte del presidente un informe bastante amplio y tratar temas que al Congreso durante su mandato le es imposible tratarlos, sobre el punto expresa WATSON lo siguiente: “Típicamente, el mensaje sobre el estado de la unión contiene muchos más puntos y propuestas que los que el presidente espera que el Congreso estudie. En la exposición se pueden tratar 25 o 30 asuntos diferentes”.⁸⁶

El Congreso no hace ningún análisis, ni formula alguna replica o, más aún, no emite sanción alguna como así lo establece el Dr. DIEGO VALADÉS: “El Congreso, por otra parte, no aprueba ni formula observaciones a la información que presente el presidente. Se trata lisa y llanamente, de un acto informativo del que no se desprende forma alguna de evaluación acerca del funcionamiento del gobierno”.⁸⁷

Ahora bien, el hecho de presentar un informe no implica entregar otro tipo de información y en particular la pública a fin de evitar que se pueda alterar el interés o seguridad de la nación, como lo ha sostenido FRANCE TOINET: “Pero nada, en cambio, lo obliga a dar información pública que a su juicio podría perjudicar al interés o a la seguridad nacionales; parece normal que los consejeros con los que el sostiene conversaciones “privilegiadas” puedan también tener derecho al silencio, especialmente ante el Congreso y sus comisiones”.⁸⁸

Sobre el privilegio del Ejecutivo de no otorgar determinada información al Congreso, se había dado en un estado de aceptación de este último, en cambio cuando se trata de asuntos de naturaleza criminal, el privilegio aún se sostendría, podremos decir que no, así lo ha expresado el Tribunal Supremo, citado por FRANCE TOINET: “En United States C. Nixon (418us683,1974) el tribunal considera (por unanimidad) que la confianza existente entre el presidente y sus consejeros es “extremadamente importante y debe estar rodeada de un gran

⁸⁶ Watson, A. Richard, *Democracia Americana*, México, Editorial Limusa, 1989, p. 405.

⁸⁷ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 306.

⁸⁸ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 138.

respeto. En cambio “la aceptación generalizada del privilegio del Ejecutivo debe suprimirse ante la necesidad precisa e inegable de pruebas en un proceso criminal en curso. Dicho de otra manera: por muy importante que sea, el privilegio del Ejecutivo no servirá para escapar a la justicia”.⁸⁹

El que un presidente presente un informe al Congreso en forma personal o no, ha variado, según nos demuestra el aumento o disminución de poder tanto en uno como en otro, en cambio, aún cuando no tenga alguna sanción directa y no pueda replicarse en el acto por los legisladores, su informe no queda al margen de ser evaluado por los propios legisladores con posterioridad y por la misma sociedad, llevando un costo político para su partido.

Sobre si debe o no otorgar información pública requerida por el Congreso, en tratándose de causas criminales, aún cuando no se prevea en la Constitución, es claro desde mi opinión que la debe otorgar y no excudarse en un privilegio que detenta evitando que se pueda impartir justicia, es obvio que debe otorgarla.

En primer lugar, podemos expresar que aún cuando no se den los efectos del control en forma inmediata sobre el informe, no quiere decir que quede inmune, sino que con posterioridad se dan los efectos que emanan del electorado, de los medios de información y de los propios legisladores.

En segundo lugar, el pedir información al Ejecutivo para cuestiones criminales, por lógica y como consecuencia si se está a favor del Estado de derecho, no debe oponer su privilegio de excusa, resultando el pedimento de informes un medio de control esencial sobre los actos del Ejecutivo y sus delegados.

⁸⁹ Ibidem, p. 139.

h.- Facultades de investigación del Congreso.

Independientemente de como se califique la facultad de investigación del Congreso; ya tenga el carácter de una costumbre; de una interpretación de las cláusulas vagas de la Constitución; de una facultad inherente o en su defecto metaconstitucional, lo cierto, es que es posible verla como un instrumento de control sobre el Ejecutivo.

El Congreso puede crear comisiones de investigación con el propósito de “la preparación de una ley o el esclarecimiento de su objetivo y sus términos”.⁹⁰

En inicio parecía que las comisiones se creaban con fines legislativos, pues se argumentaba que no se podría llevar a cabo tal tarea sin información, pero como lo señala el Dr. DIEGO VALADÉS “Este argumento no parecía distinguir entre investigaciones orientadas a otros sectores del poder y las que tenían como destinatarios a los particulares”.⁹¹

Podemos sostener que no solamente se investiga con fines legislativos, sino que también para ver si una ley es eficaz durante el momento en que se encuentra vigente y, si no es así, pueda el Congreso llevar las modificaciones necesarias.

De igual modo, se pueden investigar actos u hechos particulares, o en su caso para conocer como funciona el aparato administrativo a fin de hacer las modificaciones que lo hagan eficaz.

Fuera de las pretensiones señaladas, se pueden utilizar indebidamente para satisfacer otros fines, en donde “su interés principal reside en influir sobre la opinión, o en satisfacer las ambiciones de un hombre político”.⁹²

⁹⁰ Ibidem, p. 115.

⁹¹ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 307.

⁹² France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 115.

Pero aún, pudiendo ir un poco más lejos, es de destacarse la facultad omnipotente de las comisiones y ésta “reside en su libertad absoluta para seleccionar los procesos”.⁹³

Aunque las comisiones tengan facultades omnipotentes sobre los testigos pues se encuentran bajo su jurisdicción, no implica que no se pueda acudir a un órgano de mayor jerarquía a fin de que la limite.

La limitación que puede encontrar será si el testigo acude al Tribunal Supremo, como así se sostuvo en el caso *Watkins C. United States* (354 us 178,1957) y lo ratifica FRANCE TOINET en la siguiente expresión: “La facultad de investigación parlamentaria es amplia pero no ilimitada; uno de los límites es que la encuesta debe tener un objetivo legislativo -sin que se trate de una simple denuncia de personas con opiniones o asociaciones juzgadas de impopulares-... El objetivo legislativo debe ser ampliamente detallado a fin de que el testigo este consciente del mismo y tenga el derecho de solicitar que se le explique la relación entre las preguntas que le son formuladas y el objetivo legislativo (Congressional Quarterly, Guide to Congress)”.⁹⁴

Esto no quiere decir que el testigo se niegue a responder ante la comisión, como así se sostuvo en el caso *Barenblatt C. United States* (360 us 109,1959), “El tribunal atenta, sin embargo, contra los límites sumariales que había impuesto a las comisiones parlamentarias en el interrogatorio a los testigos: éstos no pueden negarse a responder si han sido debidamente prevenidos sobre los objetivos de la investigación”.⁹⁵

Hoy en día las comisiones de investigación representan un medio de control eficaz, claro siempre y cuando no se desvíen de su objetivo el de evitar el abuso y extralimitación del ejercicio del poder.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Ibidem, p. 116.

⁹⁵ Ídem.

Como acertadamente lo sostiene Dr. DIEGO VALADÉS, para evitar la extralimitación del Ejecutivo se tuvo que extralimitar el Legislativo, pues su facultad de investigación no se encuentra prevista en la norma, a lo que se responde que no, y eso va para todos los dogmáticos, no tratemos de encontrar en los instrumentos o medios de control una panacea, hoy por hoy, debemos advertir que nos encontramos ante una realidad que por desventura opaca a un sistema anteriormente previsto, no tratemos de encontrar todas las soluciones a partir del medio de control, sino que tenemos que hacernos valer de las armas que no sólo el derecho prevé, de tal forma, hay que encontrar en la práctica constitucional o en la costumbre medios para resolver los problemas a que se enfrenta el control del poder y cada uno de nuestro sistema jurídico, hay que cumplir y hacer realidad la Constitución normativa: “Es este un caso ostentible de como los equilibrios previstos constitucionalmente deben complementarse con medios prácticos, resultado de la vida cotidiana de los órganos del Estado”.⁹⁶

i.- Poder de declarar la guerra.

Expresamente quien se encuentra facultado para hacer la declaración de guerra lo es el Congreso de los Estados Unidos; aunque lo postulado por el precepto constitucional no se cumplió ante la actuación del Ejecutivo sin previa declaración de la misma por el órgano de llevarla a cabo, así lo expresó CORWIN en su momento.⁹⁷

⁹⁶ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 308.

⁹⁷ “Un presidente prudente no siempre puede esperar la declaración del Congreso antes de actuar. Como lo destaco la Corte Suprema en los casos prize de 1863: “Esta guerra civil, la más importante, no se desarrollo gradualmente a través de la conmoción popular, las asambleas tumultuosas o las insurrecciones locales inorgánicas, por muy prolongada que haya sido su concepción previa, de pronto broto súbitamente del cerebro que la engendró, una Minerva revestida con la panoplia entera de la guerra. El presidente debía afrontarla en la forma que ella adoptó, sin esperar que el Congreso la bautizara con un nombre; y ningún nombre que él o ellos pudiesen darle habría de cambiar el hecho.” Corwin S, Edward, Op, Cit., p. 149.

El conflicto que se tuvo en un inicio y la práctica aunque no lo institucionalizó, permitió la facultad del Ejecutivo de declarar la guerra ante la indiferencia de la Corte Suprema,⁹⁸ como en Vietnam, Camboya o incluso en el Líbano.

Por otro lado, el Congreso aún cuando en 1919 (caso *Mc Cullock V.S Maryland*) se haya declarado que él era el único facultado para llevar a cabo la declaración, solo fue en ese momento, pues la historia demuestra lo contrario.

No obstante “el Congreso intentó reafirmar sus poderes mediante el War Powers Act de 1973”⁹⁹ alcanzando su objetivo en ese mismo año por virtud de una decisión y del conjunto de limitaciones sustentadas en ésta.¹⁰⁰

Las distintas limitaciones que el Congreso puso al Ejecutivo se notan en la resolución de 1973, en este sentido se ha pronunciado el Dr. DIEGO VALADÉS: “Por virtud de esa resolución del Congreso, el presidente queda obligado a informar al Congreso de los movimientos de tropas norteamericanas en territorio extranjero, debe limitar esas acciones a un tiempo determinado, en tanto que no haya declaración de guerra o autorización expresa para proseguir las acciones bélicas y tiene que acatar cualquier decisión que el Congreso tome en el sentido de dar por terminadas las acciones de guerra.

⁹⁸ “...hubo situaciones en que las iniciativas presidenciales encaminadas a comprometer a la nación en la guerra parecieron injustificadas, porque el Presidente disponía de tiempo para solicitar la declaración de guerra del Congreso, y prefirió no hacerlo. Ciertamente muchos afirmarían que ése fue el caso con respecto a las hostilidades en Corea y Vietnam. Pero cuando se ofreció la oportunidad de que la Corte Suprema entendiera en un cuestionamiento de la constitucionalidad de la guerra de Vietnam, rehusó hacerlo.” *Ibidem*, pp.149-150.

⁹⁹ France Toinet, Marie, *Op. Cit.*, p. 111.

¹⁰⁰ “El Congreso coronó sus esfuerzos de reafirmación de su propio poder de declarar la guerra superando el veto presidencial con la Resolución de los Poderes de Guerra, sancionada el 7 de noviembre de 1973. La decisión del Congreso de limitar el uso presidencial de las Fuerzas Armadas se refleja claramente en su enunciado de propósitos: “cumplir la intención de los creadores de la Constitución de Estados Unidos y asegurar que el criterio común del Congreso y el Presidente se aplicara a la entrada de Fuerzas Armadas de Estados Unidos en las hostilidades, o en situaciones en que las circunstancias indican claramente el compromiso inminente en hostilidades, y a la continuación del empleo de dichas fuerzas en hostilidades, o en situaciones de ese carácter. Para alcanzar ese propósito la resolución exige, entre otras cosas que (1) el Presidente consulte con el Congreso “en todos los casos posibles” antes de comprometer fuerzas, y (2) que el Presidente retire las fuerzas comprometidas en hostilidades fuera de Estados Unidos sin declaración de guerra o autorización legal “ si el Congreso así lo ordena por una resolución concurrente.” Corwin S. Edward, *Op. Cit.*, p. 152.

De acuerdo con esa resolución, el presidente sólo puede disponer de las tropas para acciones bélicas cuando haya declaración de guerra o, cuando sin existir esta declaración, haya una autorización legal o un estado de emergencia nacional creado por un ataque al territorio o a las posiciones norteamericanas o, a sus fuerzas armadas en cualquier parte del mundo. Cuando estos supuestos se produzcan el presidente debe informar al Congreso dentro de las 48 horas siguientes y, debe dar por terminadas las hostilidades en un plazo de 60 días, a menos que el Congreso formule la declaración de guerra o extienda ese periodo, o sea imposible que el Congreso se reúna por tratarse de un ataque al territorio continental norteamericano”.¹⁰¹

Un control que ejerce el Poder Legislativo en contra del Ejecutivo, pues, para que este último pueda declarar la guerra, lo tiene que hacer en los siguientes casos: Cuando se trate de una guerra declarada previamente por un país, o de una situación de emergencia. Pero, aunque el Legislativo no ejerza un control preventivo, si lo hace con posterioridad, pues se le obliga al Ejecutivo a presentar un informe, y en su caso, en un plazo de 60 días de por terminada la guerra.

Otro medio de control más se da, en que para proseguir después del plazo de 60 días, se necesita de la declaración de guerra del Congreso de los Estados Unidos.

La limitación de autorización dependerá por un lado de la mayoría con que cuente el Ejecutivo, si cuenta con mayoría en el Congreso el control de autorización resultará un poco ineficaz y no se podría cumplir con el cometido, limitar al Ejecutivo. “Así, en octubre de 1983 el presidente se vio obligado a obtener autorización para enviar tropas a Libano (las cuales retiraria unilateralmente en enero de 1984). El Congreso dio su acuerdo. Pero algunos destacados demócratas se sorprendieron porque la resolución adoptada por el

¹⁰¹ Valadés Diego, Op. Cit., p. 329.

Congreso parecía más un apoyo que una advertencia o un obstáculo a la política presidencial, e incluso una legitimación de sus decisiones”.¹⁰²

En caso de que el Ejecutivo no cuente con la mayoría en el Congreso, la medida resultará más eficaz, pues tendrá oposición en el mismo, sujetando la autorización a una negociación entre los dos poderes a fin de permitir la celeridad en un caso concreto, en este caso, el de declaración de guerra.

j.- Facultades de nombramiento.

Las facultades de nombramiento corresponden por disposición constitucional al Ejecutivo de acuerdo al principio de división de poderes, lo cual no quiere decir que no pueda tener injerencia en dicha función el Poder Legislativo de forma indirecta, correspondiendo con un medio de control y actualizándose el sistema de *cheks and balances*.

Por consecuencia el Congreso toma parte indirectamente, pues es el encargado de dar su consejo y consentimiento, esto hace que exista un punto de contacto entre los dos poderes como lo expresaba LOEWENSTEIN viniendo a constituir un medio de control eficaz.

En este sentido, es viable argumentar que el Congreso se encuentra imposibilitado para realizar algún nombramiento, así como otorgar una lista de nombres solicitando que de entre los enlistados salga el nombrado o, restringir las facultades del Ejecutivo en tratándose de destitución de los nombrados por el mismo y que ejercen funciones de naturaleza administrativa.

Sobre el punto SCHWARTZ ha expresado lo siguiente:

¹⁰² France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 111.

“El poder de nombramiento es claramente Ejecutivo por su naturaleza. El Poder Legislativo -ha dicho la Suprema Corte- a diferencia del Poder Ejecutivo es la autoridad que hace las leyes, pero no las aplica ni nombra agentes encargados de hacerlas cumplir. Estas últimas son funciones ejecutivas. Sin embargo, la Constitución permite de manera expresa a la legislatura participar en el procedimiento de nombramientos, requiriendo que todos los nombramientos correspondientes al presidente sean hechos “con el consejo y consentimiento del Senado”. No obstante, aparte de esa disposición expresa está establecido que la legislatura no puede por si misma tomar una parte directa en la función ejecutiva de nombrar funcionarios gubernamentales. La legislatura no puede por si misma nombrar a esos funcionarios, ni puede designar una lista oficial de candidatos de entre los cuales deba escogerse el nombrado por el Ejecutivo. Y, cuando se trata de funcionarios puramente ejecutivos, el consentimiento legislativo no puede imponerse como una condición para separar del cargo al nombrado; con respecto a esos funcionarios, el poder de destitución es un corolario necesario del Poder Ejecutivo de hacer el nombramiento”.¹⁰³

Debemos expresar que en Inglaterra el monarca tiene la facultad de crear cargos y nombrar a las personas que se encargan de ocupar los mismos, antecedente que llevó al Constituyente del 87 a separar dichas funciones anteriormente monopolizadas, dividiéndolas en dos: Por un lado se facultó al Congreso para crear cargos y, por otro, al Ejecutivo se le otorgó la facultad de nombrar a las personas que desempeñarían las funciones inherentes a los mismos.

Así lo ha entendido SCHWARTZ: “Los nombramientos del presidente son para cargos existentes, que deben su existencia al Congreso. No puede haber

¹⁰³ Schwartz, Bernard, (Traductor Olloqui Labastida, Juan J.), *Los poderes del Gobierno*, Volumen I. Poderes federales y estatales, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, pp. 153-154.

cargos de los Estados Unidos, estrictamente hablando, salvo aquellos creados por la Constitución misma o por una ley del Congreso”.¹⁰⁴

Como consecuencia de lo anteriormente mencionado, el presidente de los Estados Unidos se encuentra facultado para nombrar a:

Embajadores.

Ministros.

Cónsules públicos.

Jueces de la Suprema Corte

Y de todos los funcionarios cuya designación no esté contemplada constitucionalmente y que se debiera hacer por ley.

Sobre los embajadores y funcionarios con funciones diplomáticas se afirmaba que ejercían el cargo y que debían su existencia a la Constitución, esto trajo como consecuencia, la idea errónea de considerar que el Ejecutivo podía nombrar cuantos funcionarios de tal naturaleza fuesen necesarios, independientemente de la existencia previa del cargo en la Constitución o en su defecto en la ley.

Empero, estas ideas no rindieron frutos, ya que se impuso la tesis de que para que el presidente llevara a efecto un nombramiento sobre diplomacia, era forzoso que el cargo se hubiese materializado en la Constitución o en una ley, de otra forma, el presidente estaba impedido para efectuar los nombramientos correspondientes.

Así lo ha expresado SCHWARTZ: “Desde 1885”... “una ley prohíbe expresamente ahora la creación de nuevos embajadores, salvo que lo disponga una ley del Congreso”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Schwartz, Bernard, (Traductora Campos Julieta.), *Los poderes del Gobierno*, Volumen II. Poderes del presidente, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1966. pp. 45-46.

Existe un problema y radica en lo siguiente; cuando a una persona que tiene la calidad de senador o forma parte de la Cámara de Representantes se le hace el nombramiento por conducto del Ejecutivo para que lleve a cabo una función de corte diplomático honorífico, sin duda, podríamos afirmar que sería una hipótesis inconstitucional por la prohibición contenida en el (artículo 1, sección 6, cláusula 2).

Sobre el tópico sostiene el Dr. DIEGO VALADÉS : “Aún cuando se ha interpretado que no se incurre en los términos de la incompatibilidad, porque las funciones realizadas han tenido un carácter honorífico, lo cierto es que al participar en un grupo de negociación, se incurre en dos situaciones: a) se reciben directrices políticas del Ejecutivo, a quien constitucionalmente corresponde dirigir las relaciones internacionales, y b) se compromete el criterio de miembro del Senado con relación a una decisión que tiene que ratificar ese órgano colegiado. Se trata, por tanto, de una excepción inconstitucional a los mecanismos de control, en detrimento del Congreso”.¹⁰⁶

El hecho de que el Ejecutivo se encuentre limitado por la Constitución o la ley para efectos de nombramiento, no lo ha orillado a desistirse en su empresa de poder designar agentes o comisionados, personales, especiales o secretos, sin que lo lleve a requerir la participación del Senado que pueda otorgar su consejo y consentimiento.

Como lo hizo en “1785., con motivo de la negociación de un tratado con Marruecos,”¹⁰⁷ así también “con el empleo por Washington en 1791 del gobernador morris para conferenciar con el gobierno británico,”¹⁰⁸ así como “el nombramiento de Nicholas Trist en 1848, para negociar la paz con México”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ibidem, p. 46.

¹⁰⁶ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 317.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 316.

¹⁰⁸ Schwartz, Bernard, Vol. II., Op.Cit. p. 46.

¹⁰⁹ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 316.

SCHWARTZ ha sostenido una postura contraria a lo que argumenta el Dr. DIEGO VALADÉS: “la práctica no es contraria al requisito constitucional de que los nombramientos para todos los cargos debe ser confirmado por el senado, porque un nombramiento diplomático temporal no es considerado un cargo en el sentido de la Constitución. Por la misma razón los senadores y congresistas pueden ser enviados en misiones diplomáticas especiales sin violar la prohibición orgánica contra la designación de miembros del Congreso para cualquier cargo civil”.¹¹⁰

Sobre el tema EDWARD S. CORWIN expresa que: “En teoría, generalmente no tienen jerarquía diplomática, pero si su identidad es conocida suele concederseles esa condición en los países a donde se los envía”.¹¹¹

Continúa diciendo:

“En parte como maniobra táctica en la polémica acerca del bloqueo de fondos de 1973, el Congreso aprobó un proyecto que exigía la confirmación por el Senado del nombramiento del Director y Subdirector de la Oficina de Administración y Presupuesto”.¹¹²

Proyecto que sin duda alguna fue vetado por el presidente y que no pudo ser superado por la votación requerida.

Sin embargo, en ese mismo año el Congreso conservó esperanzas y “sin arredrarse, en junio de 1973 el Senado aprobo un proyecto que exigirá la confirmación de los candidatos futuros a esos altos cargos, asi como de otros semejantes”.¹¹³

¹¹⁰ Schwartz, Bernard, Vol.II.Op. Cit., pp. 46-47.

¹¹¹ Corwin S, Edward, Op. Cit., p. 236.

¹¹² Idem.

¹¹³ Ibidem, p. 237.

Como se puede apreciar el Congreso nuevamente alcanzó preeminencia en el entendido de que tenía que aprobar los nombramientos realizados por el presidente, imprescindible medio de control en contra del Ejecutivo.

En cambio, algunos presidentes como Wilson y Franklin Roosevelt, además de llevar a cabo nombramientos no creados por ley, ni Constitución, designaron comisiones permanentes no estatuidas, esto, en épocas de guerra; designaciones y nombramientos que en tiempos de paz no sería posible, sin vulnerar la función atribuida por disposición constitucional al Legislativo.

Sobre el tópico SCHWARTZ manifestó en su momento que: “Los distintos organismos presidenciales constituidos durante la segunda guerra mundial fueron creados en general por orden del ejecutivo pero algunas veces eran anunciados por una directiva o aún por una simple carta con la firma del presidente. La teoría a base de la cual fueron creadas era la que se había articulado entre las dos guerras mundiales en el plan de movilización industrial preparado por el ejército y la armada. Según esto como las funciones que deben realizarse son nuevas y temporales, deben crearse organismos completamente nuevos y distintos, directamente responsables ante el presidente, para la movilización industrial en caso de una gran guerra. No debe confiarse en los organismos y departamentos gubernamentales existentes, salvo de las funciones sean responsabilidades tanto de tiempo de paz como de tiempo de guerra”.¹¹⁴

Continúa diciendo: “La teoría que acabamos de exponer, en la cual se ha basado el poder presidencial para crear organismos de guerra, nunca ha sido sometida a prueba judicial”.¹¹⁵

En tiempos de guerra el Congreso ha delegado su poder de crear cargos al Ejecutivo, como sucedió con la Ley de Recuperación Industrial y Nacional de

¹¹⁴ Schwartz, Bernard, Vol. II. Op. Cit., p. 338-339.

¹¹⁵ Idem.

1933, en donde se le dio la autorización para crear la Administración Federal de Urgencia para las Obras Públicas.

Aún, cuando el Congreso no puede limitar en forma plena el poder de nombramiento del presidente, lo puede hacer a través de la ley, estableciendo los requisitos que debe llenar el candidato designado, ya sea por edad, sexo, ciudadanía, raza, incluso hasta el requisito de poseer propiedades o más aún, el de deshacerse de capitales invertidos.

Una vez que el presidente ha llevado a cabo la propuesta, al Senado le corresponde interrogar al candidato designado, haciendole preguntas que abarcan su vida privada, familia, propiedades, cuentas bancarias, vida profesional teniendo acceso a los expedientes preparados por el FBI sobre las candidaturas más importantes.

En función de lo anterior, es como se opta por la autorización o la denegación de la misma por parte del Senado.

Hasta el momento se ha hecho alusión y se ha estudiado la facultad de nombramiento del Ejecutivo con la autorización del Senado, en cambio la Constitución de Estados Unidos dispone la delegación conferida por el Congreso. Es decir, que el Congreso puede conferir por ley la atribución de nombrar los funcionarios menores que considere necesarias:

Al presidente sólo.

A los tribunales de derecho.

A los jefes de departamento.

Lo que nos lleva a sostener a que hay dos tipos de funcionarios:

Los que son nombrados por el Ejecutivo con consejo y consentimiento del Senado.

Y los funcionarios menores.

Sobre el punto sostiene EDWARD S. CORWIN: “La ley vigente acerca del tema refleja la distinción formulada por la Corte. Se denomina funcionario a quienes con la ley son designados miembros del servicio civil por una de las siguientes entidades en el desempeño de su función oficial 1.- el presidente; 2.-Un tribunal de Estados Unidos; 3.-el jefe de un organismo ejecutivo o, 4.- el secretario de un departamento militar”.¹¹⁶

Sobre la facultad que tiene el Ejecutivo de llenar las vacantes que pudieran aparecer durante el receso del Senado, independientemente de que si la vacante ya existía o apareciese, el Ejecutivo la llenaba cuando el Senado concluía su periodo de sesiones, sin embargo, cabe destacar que a partir de 1863 el Congreso a fin de limitar tal facultad concedida al presidente voto una cláusula que disponía lo siguiente: “No se pagará dinero del Tesoro de Estados Unidos, o sueldos, a ninguna persona designada durante el receso del Senado, para ocupar una vacante de un cargo existente hasta que dicho designado haya sido confirmado por el Senado”.¹¹⁷

Como hemos analizado, el poder de nombramiento le corresponde sin duda alguna al presidente; no obstante, ¿ la facultad de destitución a quien le corresponde?, es una pregunta que ha sido resuelta a través de la práctica y no de la teoría, pues las respuestas a dicha cuestion se han ido formulando por los tribunales.

Sobre la facultad de destitución, se han dado resoluciones en diferente sentido y que han tratado de resolver en forma especifica las cuestiones siguientes:

¹¹⁶ Corwin S, Edward, Op. Cit., p. 235.

¹¹⁷ Ibidem, p. 250.

A quien corresponde el poder de destitución, y sobre que sujetos.

El poder de destitución sólo se limita a funcionarios del Poder Ejecutivo que realizan funciones ejecutivas.

En caso de omisión del Congreso, puede el presidente destituir a voluntad.

Sobre las cuestiones, se han presentado tres casos de máxima relevancia y que tienen incumbencia en la facultad de destitución del Ejecutivo.

El primero de ellos cuyo origen se encuentra en la causa de 1926 de Myers VS. United States, en donde se destituyó a un Director General de Correos que se desempeñaba por instrucción del presidente.

Dicha persona acudió al tribunal de apelaciones argumentando que no podía ser separado sin consejo y consentimiento del Senado, pues, así lo prescribía la ley.

La Corte Suprema sólo ratificó la separación del funcionario, argumentando que la ley en que se fundamentaba era un intento nulo de restringir el poder de destitución del presidente.

Así se sostuvo por el presidente Taft, en su resolución citado por SCHWARTZ quien disponía lo siguiente: “Según la frase de Taft, así como “la selección de los funcionarios administrativos por el presidente es esencial para que pueda ejecutar las leyes, así debe serlo su poder de destituir aquellos de quienes ya no puede ser responsable”.¹¹⁸

Continúa diciendo: “El artículo II afirma Taft “otorga al presidente el poder ejecutivo del gobierno, es decir, el control administrativo general de los que ejecutan las leyes, incluyendo el poder para designar y destituir a los funcionarios

¹¹⁸ Schwartz, Bernard, Vol. II. Op. Cit., p. 54.

ejecutivos, una conclusión confirmada por su obligación de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas”.¹¹⁹

Y termina:

“...el magistrado Taft, con lo que se ha caracterizado como un propósito firme y no una contingencia entre paréntesis”, anunció la doctrina general de que la Constitución otorga al Presidente un poder ilimitado para separar de sus cargos a todos los funcionarios en cuya designación haya participado, con excepción de los jueces federales”.¹²⁰

Dicha resolución ha llevado a expresar a algunos teóricos que el presidente tenía facultad de destitución, no solamente con relación a los funcionarios que pertenecían al Ejecutivo, sino también a todos los que eran nombrados por él de acuerdo al artículo II, independientemente de sus funciones.

¿Y entonces que pasaría con aquellos que no formaban parte del Ejecutivo, ni desempeñaban funciones de naturaleza administrativa, pero que pertenecían como consecuencia a este?

El hecho no podía aceptarse, de ahí que se derivó la segunda resolución de la causa *Humphreys Executor VS United States*, (1935) la cual se originó al ser separada de su encargo por el presidente Roosevelt una persona que pertenecía a la Comisión Federal de Comercio, designado con anterioridad por Hoover en 1931; el presidente argumentaba que la Comisión se desarrollaría mejor con personal seleccionado por el Ejecutivo, aún cuando la ley aplicable al caso disponía que un miembro puede ser destituido por ineficacia, descuido del deber o desafuero.

¹¹⁹ Ibidem, p. 55.

¹²⁰ Idem.

La Corte Suprema resolvió lo siguiente: “La autoridad del Congreso -dice el voto de la corte- al crear organismos cuasi-legislativos o cuasijudiciales, al requerir de ellos que actúen en el desempeño de sus deberes independientemente del control ejecutivo, no puede ponerse en duda; y esa autoridad incluye, como incidente adecuado, poder para fijar el periodo durante el cual deben permanecer en el cargo, y prohibir su destitución salvo por causa determinada durante ese periodo”.¹²¹

Cabe señalar lo que expresa SCHWARTZ: “Humphrey, trazó una clara línea divisoria entre los funcionarios que formaban parte de la institución ejecutiva y eran por lo mismo amovibles en virtud de los poderes constitucionales del presidente, y aquellos que son miembros de un cuerpo para ejercer su juicio sin licencia ni obstaculo de otro funcionario alguno de cualquier departamento gubernamental, y respecto a los cuales sólo existe el poder de destitución si puede afirmarse en justicia que el Congreso lo ha conferido.”¹²²

Es así como la causa Myers reconoció poder de destitución al presidente para separar de su encargo a aquellos funcionarios esencialmente ejecutivos.

En tanto que la causa Humphrey, sostenía que el Congreso podía limitar la facultad de destitución del presidente de separar de su encargo a un miembro de un organismo cuasijudicial, por causa justificada.

La tercera pregunta encuentra respuesta, en el caso Wiener, igual que el caso Humphrey, pero el Congreso no había dispuesto nada sobre la separación de los miembros de la comisión.

La Corte Suprema resolvió argumentando que: el hecho de que el Congreso hubiere omitido las causas de destitución, no implicaba que la facultad

¹²¹ Ibidem, p. 58.

¹²² Idem.

de separación le correspondiera al presidente, pues el poder de destitución sólo podría existir si el Congreso lo confería de forma expresa.

De esta manera, la facultad de destitución del presidente será de acuerdo a la función encomendada a un organismo. Y, no por la comisión del Congreso.

Por lo tanto, los miembros de un organismo cuasijudicial sólo pueden ser separados por virtud de una causa concreta e independiente de si se ha especificado o no.

El último caso, en donde el presidente trata de materializar ilegalmente su facultad, fue en el caso de Watergate en 1973; aunque después renunciaría el titular del Ejecutivo.

Así las cosas, la facultad que tiene el Ejecutivo no es ilimitada, pues encuentra la limitante del consejo y consentimiento del Senado; sin embargo es claro y obvio que en tiempos de guerra los presidentes han llevado a cabo designaciones de comisiones conjuntamente con los miembros de los mismos sin que exista limitante por parte del Congreso por conducto del Senado, incluso en algunas ocasiones en tratándose de una guerra le han delegado facultades de designación.

También sabemos que el consejo y consentimiento del Congreso puede ser un arma eficaz y efectiva para limitar al Ejecutivo tratándose de destitución, pues sólo podrá hacerlo cuando se trate de miembros que pertenecen y desempeñan funciones de indole ejecutiva.

No así, en tratándose de organismos que desarrollen funciones cuasijudiciales, pues en este aspecto el Congreso señalará las causas de su separación en forma concreta y por virtud de una ley, independientemente de que exista en forma expresa o no, pues no se puede argumentar que por omisión del Congreso la

facultad de destitución le corresponde al presidente, así se ha sostenido en la práctica y en su defecto las resoluciones en los distintos casos Myers, Humphrey y Wiener.

Entonces, si se utiliza, no para obstaculizar, sino más bien como un verdadero instrumento de control, el funcionamiento del sistema presidencial tenderá a desarrollar los objetivos, funciones y fines que se hayan fijado por la Constitución de una forma mejor y efectiva, además de que no existirá la incertidumbre de que se frene el funcionamiento del sistema, más bien habrá celeridad en favor del sistema constitucional y político de los Estados Unidos.

k.- El Gabinete.

El presidente de los Estados Unidos, se encuentra en una posición de estabilidad y de primacía frente a su gabinete, así, lo ha demostrado la cuestión formal y material constitucional; en este sentido el Ejecutivo como jefe de gobierno tiene la facultad de nombrar a los jefes de departamento o ministros, claro con autorización del Senado.¹²³ Sin embargo, tiene a su vez la potestad o decisión única la cual no está supeditada a algún órgano en particular.¹²⁴

Los ministros en particular se ven imposibilitados de refutar la decisión de un presidente, para el caso de que contrariaran su decisión, el titular del Ejecutivo de forma inmediata les estaría pidiendo su renuncia.¹²⁵

¹²³ “Desde luego, hace mención (Art.2, Sec, 2.Apdo.1) de los principales responsables de cada ministerio” (the principal officer in each of the executive departments) y precisa (Art.2, sec.2.Apdo.2) que estos, designados (nominated) por el presidente, no pueden ser nombrados (appointed) por él sino con “el parecer y el consentimiento del Senado.” France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 143.

¹²⁴ “Las decisiones que puede tomar el Gabinete en sus reuniones semanales son sólo en el carácter de consejo dado al Presidente. Las decisiones últimas son exclusivamente suyas. Ni siquiera un Gabinete unificado puede prevalecer contra su voluntad.” Schwartz, Bernard, Vol. II. Op. Cit., p. 45.

¹²⁵ “No son responsables ante el Congreso, sino únicamente ante el Presidente, su jefe; deben obedecerlo o retirarse.” Loc. Cit.

Aún cuando no sean sujetos de responsabilidad frente al Congreso o ante alguna de sus cámaras, tienen la obligación de emitir su opinión¹²⁶ en la hipótesis de que el Ejecutivo así lo solicitare, opinión que puede ser tomada en cuenta o no por este último.

El Ejecutivo está en una situación de preeminencia con respecto a los demás poderes, haciendolo diferente con relación al gabinete Ingles; porque no existe control del Congreso sobre el gabinete y al Ejecutivo no se le puede disolver junto con el gabinete mismo, es ahí donde se demuestra su estabilidad.

Es por esto que el Dr. DIEGO VALADÉS, al hacer alusión a las ideas expuestas en *El Federalista*, destaca la energía del gobierno, la cual reside en su unidad, permanencia, en los recursos y poderes suficientes.

Por último, se puede decir que aunque el gabinete no esté sujeto a control por el Congreso, recae sobre sus miembros la responsabilidad que reside en la opinión pública pudiendo ser requeridos por el presidente de la República.

I.- Los tratados internacionales.

Una función más en donde convergen el Poder Ejecutivo y el Legislativo por conducto del Senado, lo es en materia de celebración de tratados de naturaleza internacional; es cierto que el titular del Poder Ejecutivo se encuentra facultado para negociar un tratado internacional, también lo es, que se requiere de la opinión y consentimiento del Senado por disposición constitucional para que el tratado pueda tener validez (artículo II, sección II, cláusula 2); no obstante, el Senado se ha mostrado un tanto sino radical, si un tanto reticente en la aprobación sobre ciertos tratados como así lo ha confirmado la práctica y la doctrina, de esta manera lo ha expresado FRANCE TOINET: "Nunca se ha prestado a ello muy

¹²⁶ "Lo único que estatuye el documento orgánico sobre el particular es que el Presidente "puede requerir el dictamen, por escrito, del principal funcionario de cada uno de los departamentos ejecutivos, sobre cualquier tema relativo a los deberes de sus cargos respectivos." Ibidem, p. 44.

agradablemente”¹²⁷ acción que ha tenido como consecuencia que se desvirtúe el medio de control apareciendo como un obstaculo a la función del gobierno, a tal punto que llevo al Dr. DIEGO VALADÉS a expresar lo siguiente: “...la complejidad de las relaciones internacionales y las características de las negociaciones que llevan a la formalización de un tratado fueron automatizando al presidente con relación al Senado, hasta convertir la acción de este en un acto esencialmente legislativo más que político”.¹²⁸ Aunado a lo anterior, es el cambio que sufrió la relación Ejecutivo-Legislativo, pues en principio el Ejecutivo consultaba al Senado en la celebración y negociación de un tratado, práctica que con posterioridad cayo en desuso retomando el Ejecutivo el poder de concertar tratados; sólo el Senado conservó el poder de consentir o no un tratado aprobandolo previa o posterior a su celebración, incluso siguió teniendo la facultad de modificación o enmienda sobre el tratado, considerandose como parte del proceso de aprobación, sometiendo después a la aprobación de la otra parte contratante.

Los tratados una vez que han sido negociados y autorizados por el Senado, se devuelven al Ejecutivo para su ratificación,¹²⁹ y así puedan entrar en vigor.

Teniendo el tratado una superioridad sobre la ley local, y una misma jerarquía respecto de la ley federal, siendo derecho interno y derecho internacional.

Así como se tiene la facultad para celebrar tratados en donde intervienen el presidente y el Senado, se ha presentado el problema de a quien corresponde dar por terminados los tratados, a lo que podemos responder que es al Ejecutivo a quien le corresponde de acuerdo a la práctica constitucional darlo por terminado internacional como internamente, sobre el punto se ha pronunciado SCHWARTZ: “Con arreglo a la práctica constitucional que se ha venido siguiendo, sin embargo,

¹²⁷ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 111.

¹²⁸ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 325.

¹²⁹ “La ratificación es el acto por el cual las disposiciones de un tratado son formalmente confirmados y aprobados por un país.” Schwartz, Bernard, Vol. II. Op. Cit., p. 146.

el presidente ha recibido, sustancialmente, el poder, no sólo de abrogar un tratado como documento internacional, sino también de dar por terminado su condición legal interna de ley de la nación,"¹³⁰ aún, cuando ha ocurrido en la práctica que el Congreso por conducto de una ley, ha dado por terminado un tratado.

Al lado de los tratados y de forma podríamos decir casi simultánea aparecieron los convenios con y sin autorización del Legislativo, pues desde su origen el poder constituyente de los Estados Unidos pudo establecerlos, "los constituyentes estaban, pues, claramente familiarizados con la existencia de convenios internacionales distintos de tratados";¹³¹ convenios que surgen en la práctica, como consecuencia de las formalidades que se exigían en la celebración de los tratados al Ejecutivo particularmente, "el convenio ejecutivo puede utilizarse, así como medio para evitar el procedimiento de concertación de tratados establecidos en el artículo II y evitar el control senatorial previsto allí".¹³²

Aún cuando sea a través de una autorización del Senado, los convenios le permiten eludir el veto del Legislativo escapando como consecuencia al control, pues: "Un convenio ejecutivo puede permitir al presidente dirigir la política exterior desembarazado del espectro que significa el veto de Senado; pero también le permite actuar libre del control legislativo. Y en esto, como en otros campos, el control legislativo es esencial, en nuestro sistema de frenos y equilibrios, para evitar aventuras demasiado audaces del ejecutivo".¹³³

Ahora bien, el tratado que se celebre está sujeto a ciertas limitaciones: no puede alterar la forma de gobierno o que por conducto de este se invadan competencias propias de otros poderes; se afecten los derechos humanos; aunque se han querido ver como limitación los poderes reservados a los estados, lo propio es que el gobierno federal puede celebrar tratados sobre materias que si

¹³⁰ Ibidem, p. 159.

¹³¹ Ibidem, p.170.

¹³² Ibidem, p.178.

¹³³ Ibidem, p.179.

son inherentes a las entidades federativas, las cuales se ven incapacitadas para celebrarlos, pues estas, tienen limitación por disposición constitucional, encontrándose impedidas para concertar tratados, debido a que la facultad únicamente está atribuida al gobierno federal.¹³⁴

Se puede decir que la facultad del gobierno federal para concertar tratados no implica limitación alguna para llevar acuerdos o convenios internacionales por parte del Ejecutivo, ya que si la Constitución faculta a los estados a celebrar convenios, con mayor razón se dice que no existe limitación expresa para que el Ejecutivo lo haga, como así lo ha señalado SCHWARTZ: "El presidente por si puede, como único órgano de la nación en relaciones exteriores, celebrar convenios ejecutivos que son obligatorios para los Estados Unidos... Los convenios ejecutivos han sido contraídos por el presidente desde el gobierno de Waschintong hasta nuestros días... Los convenios ejecutivos celebrados por los Estados Unidos han sido de dos clases principales: 1) los concertados de acuerdo con la autorización legislativa y 2) los hechos sin ninguna autorización legislativa".¹³⁵

Aún cuando el control del poder se ejerce de manera horizontal de acuerdo a los mecanismos de control interorgánicos en contra del Ejecutivo, particularmente con relación a los tratados internacionales; es un hecho que este ha tratado de eludir el control del Congreso a través de los convenios ejecutivos; de esta manera se pudo vislumbrar durante el siglo XX un incremento del poder en

¹³⁴ "Si la supremacía del poder de concertar tratados sobre los poderes reservados no fuera la regla general, invalidaría efectivamente los tratados en cuanto se refieren a cuestiones de interés local, como la propiedad, su devolución y herencia o el ejercicio de una profesión u ocupación. Todas estas son cuestiones que caen dentro del dominio de autoridad reguladora del estado. Pero son también cuestiones que constituyen en general los temas de acuerdos internacionales, especialmente los que estipulan una reciprocidad en el trato de los nacionales de las partes contratantes. Si el poder de concertar tratados fuera impedido por los poderes reservados de los estados en tales casos, la república se encontraría incapacitada para convenir en compromisos del carácter más ordinario, por ventajosas que fueran para la nación. En el lenguaje con frecuencia citado del alto tribunal, con respecto a un tratado que permite a los extranjeros poseer y disponer de tierras en los diversos estados:"si el gobierno nacional no tiene el poder para hacer lo que se hace mediante esos tratados, no puede hacerse en absoluto, porque a los estados se les prohíbe expresamente celebrar cualquier tratado, alianza o federación." Ibidem, p. 167.

¹³⁵ Ibidem, pp. 171-172.

el titular del Ejecutivo y en razón proporcional una disminución de los controles, como acertadamente lo pudo sostener el eminente tratadista SCHWARTZ.¹³⁶

m.- Poderes implícitos.

Conjuntamente a los poderes expresos de los poderes federales, se encuentra la cláusula de poderes reservados a las entidades federativas y, al lado de estos dos, emergen los poder implícitos previstos por la Constitución Norteamericana en su artículo I sección 8, apartado 18.

La cláusula de lo necesario y apropiado, implica, (como así se declaró por el presidente de la Corte Suprema Marshall en el caso Mc Culloch VS Maryland citado por SCHWARTZ) lo siguiente: "Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales".¹³⁷

Tal expresión llevo al autor anteriormente citado a sostener lo siguiente: "...la cláusula constitucional...comprende "todos los medios (legislativos) que sean apropiados"para alcanzar "los fines legitimos" de la Constitución, a no ser que estén prohibidos por "la letra y el espíritu de la Constitución".¹³⁸

¹³⁶ "No obstante, en el mundo del siglo XX, es el poder, en el campo de las relaciones exteriores, lo que se ha desarrollado y el control lo que ha sido menguado. El factor más importante de la política exterior norteamericana en nuestros días ha sido la jefatura presidencial; el freno del Congreso ha parecido en ocasiones una simple sombra del que habían concebido los Constituyentes." Schwartz, Bernard, Vol. I. Op. Cit., p.125.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Idem.

Particularmente, la cláusula ha permitido que el Congreso, como así lo ha sostenido el Dr. DIEGO VALADÉS, asigne atribuciones a órganos ya existentes, o cree nuevos, que se traducen en mayores atribuciones, trayendo como consecuencia más atribuciones para el Ejecutivo.

El ejercicio de las atribuciones implícitas, ha permitido crear controles fiscales y monetarios; modernizar la justicia y crear tipos penales modernos; crear nuevas responsabilidades dentro de los diferentes departamentos que dependen del Ejecutivo; permitiendo a su vez el desarrollo de controles internos en el mismo o, la imposición de deberes hacia funcionarios que pertenecen al Congreso por virtud de las facultades implícitas.

El Dr. DIEGO VALADÉS, destaca que la responsabilidad del servidor público será mayor, en la medida en que la propuesta de la persona la haga el Ejecutivo y la ratificación corra a cargo del Senado. Dicha relación trae como consecuencia, el acrecentamiento de controles interorgánicos y una mayor claridad en el desempeño de la atribución pública.

La importancia de las facultades implícitas, demuestra, pues así se ha hecho en la práctica, que si se utilizan con fines benevolos y bondadosos fuera de intereses de grupo o personales, pueden servir como medio de apoyo en la creación y desarrollo de los instrumentos de control, para cumplir con el objetivo de resolver los problemas que se le presenten al gobierno federal¹³⁹ y; uno de los problemas básicos del Estado constitucional, lo es, el control del poder.

n.- Facultades delegadas.

¹³⁹ “Si la doctrina de los poderes implícitos, tal como ha sido aplicada por la Suprema Corte, ilustra algo, es la tendencia judicial a interpretar la constitución de manera que dé al gobierno Nacional poder suficiente para permitirle enfrentarse a los problemas que se le presenten.” Ibidem, p. 128.

La mayor parte de las instituciones que se encuentran reguladas en la Constitución estadounidense han sufrido modificaciones y aún, cuando estas no tengan su origen a través de enmiendas, su transformación ha sido a través de resoluciones judiciales.

Una de las instituciones que ha resentido la cuestión, lo es, el de las facultades delegadas.

Se parte del equilibrio de poderes mantenido por el constituyente de 1787 como así está estipulado en el artículo 1 Sección Primera de la Constitución en relación con el Congreso, el cual dispone que: “Los Poderes Legislativos residen en el Congreso”, esto nos llevaría a sostener que el único facultado para crear la ley es el Congreso, estando impedido cualquier otro órgano que no sea este, quien a su vez, está imposibilitado para delegar tales facultades en un órgano distinto.

Coincidimos de forma plena con el Dr. DIEGO VALADÉS, cuando expresa que pese a lo sostenido por Locke y por la Constitución: “La adjudicación de esa facultad normativa al Ejecutivo se produjo sin mayor argumentación,”¹⁴⁰ citando como ejemplo el caso *Sunshine Anthracite Coal V. Adkins* de 1940 que viene a reconocer dichas facultades en principio por el Congreso, siendo constatado por la Corte, sin que esto implique una ruptura constitucional; pues el orden constitucional se ha venido construyendo paulatinamente y de la práctica constitucional se ha originado un principio: El de gobernabilidad del cual se desprende un doble resultado; el primero consiste en que los órganos han entendido que en vez de obstaculizarse debe imperar el equilibrio y; segundo, que la interpretación a cargo de los jueces ha generado instituciones flexibles no paralizantes. Sirviendo como ejemplos los casos: 1813 *Brio-Aurora*, 1825 *Wayman v. Southard*, que vienen a sustentar el papel de emitir disposiciones normativas que se desprenden de las emitidas por el Congreso de forma general, o en su

¹⁴⁰ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 309.

defecto a través de estos, “llenando los detalles,”¹⁴¹ (Precisando su alcance; detallando la norma del legislador).

EDWARD S CORWINS, sobre el t3pico en comentario expresa que: “Otro modo en que los poderes ejecutivos del presidente han sido ampliados los 3ltimos a3os es la pr3ctica cada vez m3s acentuada del Congreso que consiste en aprobar leyes amplias y generales, las cuales deben ser complementadas, por normas concebidas por un jefe de departamento bajo la direcci3n del presidente”.¹⁴²

Podemos decir y; como ya lo hemos sostenido con anterioridad, que las resoluciones de la Corte Suprema han sido variables y podr3amos argumentar que contradictorias, pues, a3n cuando en un principio se sustentó la tesis de que la legislatura no puede delegar sus atribuciones casos Hot Oil de 1934,¹⁴³ lo cierto es que con posterioridad se emitir3an resoluciones en un sentido contrario, que vendr3an a ratificar las amplias delegaciones legislativas, en distintos organismos administrativos. El Congreso hallar3 una resistencia judicial cada vez menor a su pol3tica en desarrollo, que consiste en dejar los detalles de los proyectos legislativos a dichos organismos,¹⁴⁴ as3 lo demuestran los casos United States V. Curtiss-Wright Export Corporaci3n(1936), en donde la Corte se pronunci3 a favor de los poderes ilimitados constitucionales del Congreso para delegar al presidente la autoridad a fin de que cumpla con sus propias atribuciones, especialmente en el campo diplom3tico.

“En 1976 la suprema corte demostr3 nuevamente que la doctrina de la no delegaci3n de las atribuciones del Congreso como una limitaci3n constitucional,

¹⁴¹ Ibidem, p. 310.

¹⁴² Corwin S, Edward, Op. Cit., p. 255.

¹⁴³ “Pero entretanto la Corte hab3a fallado que al sancionar la NIRA en 1933 el Congreso hab3a ejercido sus propias atribuciones con una amplitud un tanto excesiva, y por primera vez en la historia del pa3s fue revocada una ley del Congreso, en los casos “Hot Oil” de 1934, en cuanto violaban la m3xima de que “la legislatura no puede delegar sus atribuciones.” Loc. Cit.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 256.

ratificable judicialmente se ha debilitado,”¹⁴⁵ como lo ratificó la Ley de Expansión Comercial de 1972, modificada por la de 1974, en donde se le facultaba al presidente para tomar las medidas necesarias cuando se pusiera en peligro la seguridad nacional respecto a la importación de productos a Estados Unidos.

Ahora bien, el Ejecutivo puede ejercitar otro tipo de facultades delegadas, ante la cual el Congreso deberá de emitir forzosamente una autorización,¹⁴⁶ la cual tiene como objeto la suspensión, el restablecimiento o modificación de una ley emitida por un órgano Legislativo. En este caso el Ejecutivo no se encargará de detallar la ley emitida por el legislador de carácter general, se abocará a “suspender, restablecer o modificar una disposición general del propio órgano Legislativo”.¹⁴⁷

Dicha facultad se ha ejercitado en materia nacional como internacional, así lo ha hecho notar la praxis como sucedió con los casos (1936 United Status v. Curtiss- Wright (Corp) (Opp Cotton Mills v. Administrador (internamente)); aunque no están relacionadas con situaciones de emergencia.¹⁴⁸

Sobre la aplicación de la facultad en materia nacional, como lo fue en un principio en el ámbito internacional, las desventajas las ha hecho notar el Dr. DIEGO VALADÉS.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ “En nuestra teoría, el Ejecutivo posee sólo el poder para legislar que le ha delegado el Congreso. Es verdad que ese poder de legislación delegada ha crecido enormemente durante este siglo. Pero, aunque la autoridad ejecutiva en este respecto es de gran importancia en la actualidad sigue teniendo su fuente en delegaciones de la legislatura. En la teoría norteamericana, son sólo los representantes elegidos por el pueblo los que han sido investidos del poder inherente para legislar. Otros órganos de gobierno pueden ejercer la autoridad legislativa sólo en virtud de un otorgamiento de esa autoridad por la legislatura.” Schwartz, Bernard, Vol. II. Op. Cit., p.84.

¹⁴⁷ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 310.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ “En la medida en que la conveniencia de dotar al Ejecutivo de instrumentos eficaces de dominación internacional resultó funcional al sistema constitucional de Estados Unidos, la práctica fue ensanchándose; cuando alcanzó cierta robustez sucedió lo que era inevitable: que virara hacia el ámbito interior del país, dando lugar a una institución difícilmente conciliable con un sistema de controles propios de una democracia constitucional.

Los problemas que subsisten, y así lo ha expresado el autor antes citado, se refieren a los límites que se le pueden imponer al Ejecutivo cuando hace uso de la facultad delegada de legislar, hasta el momento no resuelto.

Otro problema, se da en la autorización del presupuesto de gasto por parte del Congreso, en la hipótesis en que el Ejecutivo decidiera no hacer uso total y absolutamente del presupuesto y sólo en la forma en que él lo considere ante la cual no está obligado, trayendo como consecuencia un daño a la sociedad por no llevarse a cabo programas que redundarían en su beneficio; quedando el Congreso imposibilitado para obligar a la ejecución del presupuesto de gastos, es decir ejercer un control. Desde nuestra perspectiva el encargado de resolver dicha cuestión de acuerdo a las circunstancias, será la Corte Suprema de Estados Unidos, ante los caprichos políticos, no puede afectarse de forma directa a la sociedad, causándole daños irreparables de diversa naturaleza.

ñ.- Facultades extraordinarias e inherentes.

Como es bien sabido, el presidente de los Estados Unidos puede ejercitar facultades que le han sido delegadas previamente por el Congreso, "tal es el caso de los poderes especiales concedidos en tiempos de guerra o de crisis económica y que son difícilmente retirados a sus sucesores,"¹⁵⁰ trayendo como consecuencia, "que el ejecutivo pueda declarar el momento en el que esas leyes entran o dejan de estar en vigor".¹⁵¹

Diversas leyes se han emitido teniendo como presupuesto los casos de emergencia, de entre las cuales se pueden mencionar algunas: La Ley para el Control de Alimentos y Combustibles de 1917; la Ley de Prioridades de 1941 y

Las consecuencias para la democracia constitucional en los Estados Unidos pueden ser considerables, implicando entre otras cosas un acelerado deterioro del que por mucho tiempo ha sido considerado un paradigma constitucional." Ibidem, pp. 310-311.

¹⁵⁰ France Toinet, Marie, Op Cit., p. 132.

¹⁵¹ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 313.

algunas otras que le vinieron a dar al Ejecutivo infinidad de atribuciones, “y al ejercer dichas atribuciones los agentes autorizados del presidente aplicaron un número enorme de reglamentos ejecutivos que tienen fuerza de ley; y las dos leyes de poderes de guerra y otros instrumentos legislativos,”¹⁵² “que permitieron al ejecutivo actuar con extrema rapidez”.¹⁵³

En un principio algunas leyes del Congreso fueron revocadas por la Corte, pues se argumentaba que se encontraban impedidos para delegar sus funciones, como aconteció en 1934 en el caso Hot Oil ya comentado, sin embargo, con posterioridad se vendría a sustentar lo contrario como lo ha probado la práctica, cuando en 1950 se activaron múltiples disposiciones de emergencia.

Así sucedió a principios de 1970 en donde se emitió una Ley de Congelación de Precios y Salarios; o en 1972 con la Ley de Expansión Comercial modificada por la Ley Comercial de 1974; todo esto en aras de hacer frente a situaciones de emergencia basadas en el deber del titular del Ejecutivo federal de hacer que prevalezca la paz y el de hacer cumplir las leyes, como en su momento lo sostuvieron CORWIN¹⁵⁴ y SCHWARTZ.¹⁵⁵

Aún, cuando el Presidente poseé tales atribuciones delegadas, en sí estas tienen diversas limitantes, como lo son: la legislación positiva; la delegación conferida; los derechos de los individuos; la *revisión judicial*. Así se ha hecho ver a través de las diferentes resoluciones emitidas por la Corte Suprema y,

¹⁵² Corwin s, Edward, Op. Cit., p. 255.

¹⁵³ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 132.

¹⁵⁴ “A causa de su deber de cuidar del fiel cumplimiento de las leyes, el Presidente tiene el derecho de adoptar todas las medidas necesarias que no estén prohibidas por la ley para proteger de los peligros inminentes esos grandes intereses confiados al Gobierno nacional por la Constitución”, Corwin s, Edward, Op. Cit., p. 252.

¹⁵⁵ “Que el Presidente posee, realmente alguna autoridad inherente a si mismo para hacer frente a los casos de apremio que confronta la nación se desprende claramente de nuestro sistema constitucional... el Presidente hemos, dicho, posee la prerrogativa, por su propia iniciativa, para ordenar las medidas necesarias y adecuadas para asegurar la paz, obligar a cumplir las leyes o proteger los derechos y privilegios e inmunidades federales. Si considera que surge un caso de urgencia no previsto por la ley puede, si es necesario, emplear la fuerza de la nación para obligar al pleno y libre ejercicio de todos los poderes nacionales y la seguridad de todos los derechos confiados por la constitución.” Schwartz, Bernard, Vol. II., Op. Cit., p. 80.

particularmente en los casos; Neagle Debs(1890),¹⁵⁶ Myers(1926),¹⁵⁷ Curtiss Wright(1936),¹⁵⁸ Case of Steel Seizure (1952)¹⁵⁹.

Se puede apreciar que los poderes del Ejecutivo sin duda alguna han ido variando, después de un modo ascendente para terminar de forma descendente, debido al último caso en 1952.

Los diversos problemas que se han sucedido en la facticidad constitucional, han llevado a la Corte Suprema de los Estados Unidos a definir su papel como órgano de control y garantizador del principio del equilibrio de poderes a través de las

¹⁵⁶ “Un tal Terry litigante descontento, había hecho amenazas violentas contra la vida del magistrado de la Suprema Corte, Field era juez de un tribunal de circuito de California. El Procurador General designó entonces a Neagle, oficial judicial federal, para que actuara como guardaespaldas de Field en el circuito de California. Cuando Terry atacó al magistrado Field en una estación de ferrocarril, Neagle le disparó y los mató. Neagle fue arrestado por el jefe de la policía local y encarcelado bajo la acusación de asesinato. El caso se presentó ante la Suprema Corte al solicitar Neagle una orden de Habeas Corpus. La resolución fue la siguiente: La Suprema Corte, por medio del magistrado Miller, reconoció que no había una ley positiva específica que autorizara una protección como la que Neagle había recibido instrucciones de darle al magistrado Field. De acuerdo con la opinión de Miller, sin embargo, esto no significaba que no pudiera otorgarse esa protección. Por el contrario hay un poder inherente a cualquier Gobierno para aportar los medios de protección a sus funcionarios, incluyendo los jueces, en el desempeño concienzudo y fiel de sus deberes.” Ibidem, p. 69.

¹⁵⁷ “Esta causa surgió por la destitución de un administrador de correos de primera clase por el Director General de Correos, actuando por instrucción específica del Presidente. Esta destitución fue impugnada por un proceso ante el Tribunal de Apelaciones en la demanda de la indemnización equivalente a la retribución asignada al cargo, sobre la base de que era contraria a una ley que prescribía que los administradores de correos “pueden ser destituidos por el Presidente con el consejo y el consentimiento del Senado”. La suprema Corte sostuvo y sentenció que la ley era un intento nulo de restringir el poder de destitución del Presidente.” Ibidem, p. 54.

¹⁵⁸ “Más aún, en el caso United States v. Curtiss-Wright Export Corporación, la Corte, que se expresó en el dictamen del juez S.C. Sutherland, utilizó un lenguaje que implica que prácticamente no se impone un límite constitucional al poder del Congreso para delegar en el Presidente la autoridad que es “afín” a sus propias atribuciones constitucionales, y especialmente a sus atribuciones en el campo diplomático.” Corwin s, Edward, Op. Cit., p. 256.

¹⁵⁹ “El 8 de abril de 1952, sonaron las notas del viejo clarín, claras y conmovedoras, llamando a un nuevo debate en torno a la Constitución. Porque, ese día, el presidente Truman emitió una orden ejecutiva ordenando al Secretario de Comercio que se incautara y cuidara del funcionamiento de las fabricas, dependencias y servicios de la industria nacional del acero. El Presidente había actuado para decapitar una huelga del acero que debía empezar al día siguiente. La incautación temporal, declaró, era necesaria para asegurar que no faltara el acero y para evitar los efectos adversos sobre la defensa nacional y la economía que supondría un paro siderúrgico...En la Case of Ship Money, en 1637, los jueces reales sostuvieron la pretensión de Carlos I de prerrogativas absolutas para emprender cualquier acción que considerara necesaria para el bien del reino. Tres siglos después, en la Steel-Seizure Case, la pretensión semejante del Jefe del Ejecutivo norteamericano fue sometida a la prueba constitucional y considerada improcedente por él tribunal más alto del país.” Schwartz, Bernard, Vol. I. Op. Cit., p. 73-74.

resoluciones que ha emitido, evitando que incurran en abuso o exceso del poder público quienes lo detentan y ejercitan, por lo que su actividad es una garantía de estabilidad a la forma de gobierno presidencial, en un mismo sentido se ha pronunciado el Dr. VALADÉS.¹⁶⁰

o.-Comisiones administrativas autónomas (Comisiones independientes de carácter reglamentario).

Las comisiones administrativas constituyen un elemento de control directo del Legislativo en contra del Ejecutivo e indirecto en donde conjuntamente los dos órganos fiscalizan una actividad; pues no se debe negar que conforman el sector más estable e independiente de toda la administración pública federal de los Estados Unidos.

Las personas que presiden todas y cada una de las comisiones tienen la característica de la permanencia, lo cual nos indica que son nombrados para periodos continuos con terminación de mandato variado, es decir, que cada dos años terminan unos e inician otros ya que su mandato es de catorce años; además de la estabilidad de que gozan pues no son renovables.

Además, de tener estabilidad en su puesto y de no poder renovarse sino hasta que hayan concluido su mandato, se pueden considerar autónomos por lo siguiente:

a) Tienen una estabilidad como titulares de la comisión, “los cuales son nombrados para mandatos fijos”.¹⁶¹

b) “El nombramiento y la remoción quedan sujetos a la aprobación del Congreso.

¹⁶⁰ “El sistema presidencial norteamericano, por tanto, no se equilibra solamente por la acción política del Congreso, sino por la acción vigilante de la Corte.” Valadés, Diego, Op. Cit., p. 315.

¹⁶¹ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 171.

c) Los integrantes de las comisiones no pueden ser, todos del mismo partido, el presidente que debe respetar un cierto equilibrio”.¹⁶²

La función de las comisiones administrativas autónomas es de vital importancia; asimismo y como acertadamente lo expresa el Dr. VALADÉS, participan en las funciones de la administración, representando un instrumento de control sobre el Ejecutivo, lo que ha hecho que exista un acrecentamiento de las funciones de control del Congreso y una disminución en el ejercicio de facultades discrecionales del Ejecutivo, todo ello de forma proporcional.

La creación de las comisiones ha traído consigo infinidad de bondades, pero también han surgido aparejadamente desventajas en su contra que debilitan de alguna forma su función y hacen que resulte un poco ineficaz; como el de no disponer de medios coercitivos o, también “las presiones que el legislativo y ejecutivo ejercen frecuentemente, el control presupuestario que se ejerce sobre la administraciones de reglamentación disminuye su autoridad e independencia, haciéndolas tributarias de quienes deciden, es decir la presidencia (office of Management and Budget) y el Congreso; o los nombramientos -que asocian ejecutivo y legislativo- de los responsables son otro medio para asegurarse de que estas comisiones no tomen decisiones demasiado desfavorables para quienes deben reglamentar,”¹⁶³ así también, “los proceso de ratificación de los titulares de esas comisiones son también una oportunidad para definir lealtades institucionales,”¹⁶⁴ y el conjunto de medidas de sujeción; el departamento de justicia conduce los litigios en que las comisiones son parte; todas las desventajas señaladas han ido en perjuicio de un efectivo control del Ejecutivo.

Se debe destacar que la creación de las comisiones administrativas autónomas, (no del todo) por lo anteriormente señalado, han servido como órganos de control y que vienen a dar estabilidad al principio de equilibrio de

¹⁶² Valadés, Diego, Op. Cit., p. 324.

¹⁶³ France Toinet, Marie, Op. Cit., p. 171.

¹⁶⁴ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 324.

poderes, evitando de esta forma que el presidente se exceda o tienda a abusar de sus facultades; también es innegable, como algunos tratadistas en la materia lo han señalado, que constituye una de las invenciones más importantes o como señala el Dr. VALADÉS una ingeniosa construcción institucional; empero como todo medio de control no puede constituir una panacea, así lo ha hecho notar la realidad con las comisiones, no obstante constituyen un efectivo instrumento de control y son de importancia fundamental para la economía norteamericana, pues no debemos olvidar que nacieron para tal objetivo.

p.- EL veto legislativo.

El principio de equilibrio de poderes no implica una rigidez absoluta de funciones, sino que admite excepciones, como así lo ha demostrado la flexibilidad constitucional en el régimen presidencialista norteamericano. Por lo tanto, es cierto que el Congreso de Estados Unidos le ha delegado al Ejecutivo facultades de facto y en su defecto poderes reglamentarios. Pero aún, cuando se deleguen a favor del Ejecutivo facultades propias del Congreso, este último, se guarda la facultad de anular una disposición reglamentaria (administrativa) en el caso de que no se haya emitido conforme a lo que se dispuso en la Ley de Habilitación.

De ahí que el veto legislativo es entendido como: "La facultad del Congreso para revisar y eventualmente aprobar actos concretos de la administración".¹⁶⁵

Existen diferentes tipos de vetos, el veto que corresponde a las dos cámaras, el que ejerce una sola, y el que lleva a cabo alguna comisión de las cámaras.

Desde 1932¹⁶⁶ con el caso del presidente Herbert H. Hoover, hasta el año de 1983, se habían adoptado 125 vetos legislativos, en concordancia con el Congressional Research Service.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Ibidem, p. 331.

Pero en el año en que se emitió la resolución en el caso *Immigration and Naturalization Service c. Chadha*,¹⁶⁸ se anularon disposiciones como nunca había acontecido.

La doctrina, se ha pronunciado sobre la institución de manera contradictoria, propiciando que se deriven dos tendencias: la primera, considerando que con el veto legislativo se vulnera el principio de división de poderes debido a que se le daba participación al Congreso en cuestiones netamente administrativas; la segunda, quien expresaba que el veto legislativo era constitucional debido al silencio del Ejecutivo, de ahí que le llamasen (implicita constitucionalidad del veto legislativo).

Las dos posturas, han sido criticadas severamente por la doctrina, no sin razones, sobre la primera expresan: “así, esta posición se acoge a una consideración mecanicista, rígida y poco congruente con el sistema en su conjunto”,¹⁶⁹ respecto a la segunda aluden “la implícita constitucionalidad del veto legislativo por la aceptación del presidente, tampoco resulta persuasivo”.¹⁷⁰

El Dr. DIEGO VALADÉS expresa que la constitucionalidad no parte del silencio del titular del Ejecutivo, sino de la naturaleza misma del veto legislativo; destaca la necesidad de que existan estrechos niveles de control como una demanda de la

¹⁶⁶ “El Congreso ha recurrido cada vez con más frecuencia, a este procedimiento: de apenas cinco leyes entre 1932 y 1939 pasó a 87 textos en el periodo 1974-1975.” France Toinet, Marie, Op. Cit, p. 189.

¹⁶⁷ “Sólo se adoptaron 125 vetos legislativos, la mitad de los cuales (66) consistía en el rechazo de sumas de créditos (deferrals) solicitadas por el presidente, mientras que 35 anulaban reglamentaciones administrativas y 24 cancelaban medidas de reorganización de la administración.” Ibidem, p. 190.

¹⁶⁸ “En la resolución se planteo que la separación de poderes no era una generalización abstracta y que, por lo mismo, las decisiones legislativas del Congreso que no fueran adoptadas por ambas Cámaras y presentadas al Ejecutivo para su firma o veto, eran inconstitucionales. La Corte, por ende, baso su criterio en el concepto de que el veto legislativo, al modificar la situación jurídica de las personas, constituía un acto legislativo. Ese criterio de la Corte se sustenta en la diferenciación entre leyes públicas (de efectos generales) y leyes privadas (de efectos personales). Ambas susceptibles de veto presidencial”, Valadés, Diego, Op. Cit, p. 334.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 332.

¹⁷⁰ Ídem.

sociedad y resalta la importancia de la opinión pública, continua y eficaz como una garantía en el desempeño de los servidores públicos. Señala que las sociedades e instituciones se muestran implacables como consecuencia de la alternancia en el ejercicio del poder, pero recalca una desventaja que se debe de evitar, que el control político se utilice como forma de ocultamiento, o se llegue a la corresponsabilidad, pues sirve para depurar. En la medida en que se utilicen los controles para depurar se conseguirá un doble equilibrio: a) el interés de la clase política y b) el interés del gobernado; el primero cuidando de no desprestigiar al contrario y; el segundo teniendo la apreciación de que los órganos de poder se controlen coherente, concreta y correctamente.

Por lo tanto, señalamos que el veto legislativo fue un instrumento de control del poder interorgánico emanado de la praxis constitucional, en donde se verificaban los actos administrativos delegados por el Congreso particularmente en materia económica razón de su surgimiento, cuestión que la Corte no entendió, pero aún cuando lo haya declarado inconstitucional, dicha resolución no fue obstáculo para que se siguieran creando medios de control adecuados al sistema constitucional norteamericano debido a la flexibilidad de su sistema. Una figura interesante que pudiera tener, porque no, arraigo en otros sistemas, claro, con distintos matices.

C Reino Unido de Gran Bretaña.

1.- Medios de control político.

a.- Controles ordinarios.

Questions time.

Una de las premisas básicas sobre la cual la oposición se desempeña de forma incesante en la crítica al gobierno, lo es a través de un medio de control (questions times) cuyo objetivo en la actualidad no corresponde a querer derribar al

gobierno en funciones, más bien, su finalidad radica en hacer cambiar de opinión al electorado de que la oposición constituye la mejor opción en las siguientes elecciones. En esta forma, se ha pronunciado TORRES DEL MORAL: “La oposición tiene como misión criticar al gobierno y prepararse para la alternancia en el poder”,¹⁷¹ la crítica al ministerio es importante para la oposición y constituye un medio de control eficaz que encuentra su origen sin duda en la lucha por el poder y el derecho a gobernar entre las distintas fuerzas políticas oficiales y de oposición, como así ha sido sostenido por MENCHENET Y PALMER refiriéndose a las dos posturas: “El deber del gobierno es claro: gobernar de acuerdo con su interpretación de los mejores intereses de la nación en conjunto y ajustarse a las orientaciones políticas que sirvieron de base para su elección. El deber parlamentario de la oposición consiste en oponerse al gobierno en aquellas materias sobre las cuales están divididos los partidos y criticar las reales o supuestas deficiencias u omisiones en que incurra el gobierno. Esas funciones de la oposición han sido reconocidas como tan importantes y aún vitales”,¹⁷² todo esto, nos ha llevado a sostener que la lucha por el poder inicia en la competencia electoral y aún continúa en el seno del Parlamento; aunque el medio de control hacia la política del Ministerio se da a través de las interpelaciones que realizan los miembros de la Cámara de los Lores y la de los Comunes, es claro, siempre serán los hombres del partido opositor al partido oficial y que en esos momentos se encuentra formando gobierno. Sin negar, que puede ser algún miembro del mismo partido quien realice la interpelación, la cual suele darse en la hipótesis siguiente: cuando el gobierno pierde la confianza de su propio partido; no obstante un elemento importante que pudiera obligar al gobierno a cambiar de política, es cuando la crítica va apoyada de la opinión pública; como así se ha podido sostener: “La crítica formulada en el interior del Parlamento resulta eficaz cuando está respaldada por una fuerte corriente de opinión del pueblo”,¹⁷³ y en donde

¹⁷¹ Torres del Moral-Miranda Campoamor-Fernández-García-Atance García-Gómez Sánchez-Gonzalo González-Núñez Rivero-Tenorio Sánchez, *Introducción al derecho político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997, p. 487.

¹⁷² Menhennet, David-Palmer, John, *El parlamento en perspectiva*, Editorial F.Trillas, S.A., México, 1968, p. 62.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 64.

“tanto el gobierno como la oposición son sensibles en todo momento a los movimientos de la opinión pública”,¹⁷⁴ en este mismo sentido PHILIP JAMES se ha pronunciado al expresar que el Parlamento ejerce el control de forma indirecta sobre el gobierno y en donde “Primero se mantiene un saludable control sobre las acciones de los ministros y departamentos durante la diaria “sesión de preguntas” en la Cámara de los Comunes: una respuesta infortunada, con la debida publicidad en la prensa, puede tener un efecto real sobre la popularidad de un gobierno. Segundo, los debates, en cualquiera de las cámaras, pueden mostrar las debilidades de la administración. Los debates son publicados- en particular en Hansard s Report- y su substancia es transmitida por los medios de comunicación a todo el público; es a través de los debates como el electorado aprecia a las personalidades políticas y a los gobiernos y donde los gobiernos modernos generalmente son sensibles a los sentimientos de sus votantes”.¹⁷⁵ Ahora bien, los medios de control ordinario que se dan en contra del ministerio son los siguientes: Por un lado de la Cámara de los Lores; aún cuando ya ha sido menguada en sus facultades por no emanar sus miembros de la legitimidad; no obstante continúa llevando a cabo facultades de control, ya que, en ésta se celebran sesiones informativas en donde el ministerio presenta su política y la explica, pero donde se lleva a cabo la crítica mas fuerte es en la Cámara de los Comunes, para tal efecto se dedica una hora diaria de lunes a jueves y en donde se pone en cuestión la política gubernamental, asimismo los diputados tienen la facultad de cuestionar a las personas que presentan la política y, a su vez, las cuestionadas tienen la obligación de responder, sobre el tópico es loable mencionar lo que expresa GAMAS TORRUCO: “Todo miembro de los Comunes (y también de los Lores en su propia Cámara) tiene el derecho de dirigir preguntas a los ministros, en relación a los asuntos de su competencia y en general a todas aquellas cuestiones políticas y administrativas de que son responsables. Los ministros están obligados a responder, excepto si se tratan de asuntos de alta política o seguridad nacional: También está dispensado el primer ministro de contestar la fecha en que planea

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Philip, S. James, *Introducción al Derecho Ingles*, Santa Fe de Bogota-Colombia, Themis, 1996, p. 107.

una disolución. Cada miembro tiene limitado el uso de su derecho a dos preguntas por sesión y se recomienda que aquellas no excedan de ocho al mes. Las preguntas, de hecho tienen el propósito de llamar la atención pública hacia ciertos aspectos de la política gubernamental, y dada la publicidad que reciben los debates parlamentarios constituyen un medio singular de información”.¹⁷⁶

Habremos de señalar que el periodo de apertura de la sesión por el rey es el momento idóneo de debate y en donde se expone el programa gubernamental que a su vez presentan acalorados cuestionamientos, no excluyendo el del presupuesto. Esto en Gran Bretaña se le ha llamado por los grandes teóricos fiscalización, en palabras de Crik citado por MENHENNET Y PALMER: “Fiscalización (control) significa influencia, no poder directo; consejo, no orden; crítica no obstrucción; examen, no iniciación, publicidad, no secreto”.¹⁷⁷ Es verdad que el Parlamento no debe ser un obstáculo en las políticas gubernamentales, pero esto, no quiere decir que en un momento oportuno no pueda exigirse responsabilidad al gobierno por su acción u omisión en el desarrollo de su gestión.

b.- Extraordinarios (Moción de censura y cuestión de confianza).

l) Del Parlamento hacia el gobierno.

Una de las formas de exigir responsabilidad política del Parlamento hacia el gobierno, se da en función de la interacción de las mayorías, pues la permanencia del gobierno depende de que cuente con el apoyo de la mayoría en la Cámara de los Comunes. Debido a lo anterior, una de las modalidades, quizá la más importante con que cuenta el Parlamento para ejercer el control político en contra del gobierno, lo constituye, el que el gobierno pierda la mayoría de su partido indispensable para la realización y formulación de cualquier tipo de política, la cual se puede dar por distintas causas que lleven al gobierno a ubicarlo en dicha

¹⁷⁶ Gamas Torruco, José, *Regímenes Parlamentarios de Gobierno*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1976, p. 67.

¹⁷⁷ Menhennet, David-Palmer, John, Op. Cit., p. 70.

hipótesis; en lo particular se materializa cuando se cuestionan temas de vital importancia para la sociedad Inglesa, como pueden ser las siguientes: “Por rechazarse una medida legislativa propuesta por el gobierno, ya con ocasión de la discusión del presupuesto, ya por la adopción de una enmienda al mensaje de respuesta al discurso de la Corona; ya en fin, por un voto de censura o de no confianza”.¹⁷⁸

Es claro lo anterior, por lo tanto, para que el gobierno salga adelante en la propuesta de una política, necesariamente deberá contar con la confianza de la Cámara de los Comunes, en caso contrario, es decir, ante una negativa por parte de la Cámara Baja no podría continuar en su desempeño y se vería obligado a tomar la siguiente decisión: dimitir.

Así las cosas, la responsabilidad política puede ejercerse sobre uno sólo de los ministros (individual) o en su defecto esta puede dirigirse en contra de todo el Gabinete por conducto de una responsabilidad solidaria.

La Cámara Baja puede someter a votación una política del gobierno por considerarla inadecuada y contraria de forma absoluta, alcanzando distintas consecuencias de acuerdo a la votación; si la votación es de mayoría el gobierno debe dimitir.

Si obtiene el gobierno una votación favorable a su política, deberá de continuar en funciones, no teniendo problemas posteriores para la fructificación de la misma.

Al primer caso se le conoce como voto de desconfianza o moción de censura, distinta sin duda alguna a la cuestión de confianza, la primera se da después de tomar la resolución el gobierno, en tanto que la segunda se da antes de que se tome dicha política, existiendo en la primera como consecuencia la

¹⁷⁸ Chastenet, Jacques, (Traducción de Quiroga Pla, María, J.), *El Parlamento de Inglaterra*, Buenos Aires, Argos, 1947, p. 128.

dimisión y en la segunda no, pues es mero sondeo de aceptación o no por la Asamblea.

La hostilidad de la Cámara puede no dirigirse al gobierno entero, sino a tal o cual de sus miembros como anteriormente lo señalamos, por lo que el ministro que ha dejado de tener mayoría, “el primer ministro le invita a retirarse de forma espontánea”.¹⁷⁹

En un mismo sentido, cuando el Ministerio pierde la confianza de la mayoría debe dimitir “solidaridad ministerial” de forma completa, procediendo a formar un nuevo Ministerio: “Ese nuevo Ministerio debe hacer sancionar inmediatamente por el cuerpo electoral su toma del poder. Así, todo voto emitido, en una cuestión importante, contra el ministerio, por la Cámara de los Comunes, determina una apelación al pueblo y obliga a los diputados a presentar de nuevo ante sus electores; esta practica, que ahora tiene fuerza de ley, ha contribuido mucho, desde luego, a la estabilidad de los gabinetes británicos”.¹⁸⁰

En la cuestión de confianza, el gobierno antes de tomar una determinación e inclinarse por una política en específico, ante la Cámara de los Lores toma la decisión de preguntar previamente sobre la misma, lo que le permitirá en caso positivo que siga adelante o en caso negativo se desista de ella, evitando sin duda alguna que pueda dimitir por tomar resoluciones atrevidas y sin consultar al Parlamento. Podemos considerar a la cuestión de confianza un medio preventivo; en tanto que la moción de censura es un medio de control cuya consecuencia puede ser la dimisión del gobierno o la prosperación de su política.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 130.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 129.

II) Del gobierno hacia el Parlamento.

A) La disolución de la Cámara de los Comunes.

Hicimos alusión al medio de control con que cuenta el Parlamento contra el gobierno, sin embargo, el gobierno no se ha visto privado de poder ejercer control hacia el Parlamento, si esto no fuese posible, se hubiese convertido en un medio de control ineficaz (del parlamento) y un tanto despótico, no obstante atendiendo al principio de equilibrio de poderes, el gobierno cuenta también con la facultad de disolver al Parlamento.

Una vez que la política del gobierno es presentada al Parlamento y este último decida rechazarla, ante tal negativa de parte del órgano parlamentario, el gobierno puede ubicarse ante la necesidad de apelar al electorado y de esta forma obtener la confianza que le ha sido negada por el Parlamento, procediendo a pedir al monarca la disolución del mismo, ya que, es el único facultado para solicitar su disolución y el monarca para disolver a la Cámara de los Comunes; en tal hipótesis se llevan a cabo nuevas elecciones y en donde el gobierno obliga que los diputados se presenten a los electores, como ya lo hemos señalado con anterioridad. Es por esto, que “Además al recomendar una disolución, la intención del primer ministro es asegurarse una mayoría triunfante”,¹⁸¹ debido a lo anterior y, ante el supuesto de que el voto del electorado sea contrario a la política del ministerio, este debe dimitir o en su defecto debe esperar a que sesione la Cámara de los Comunes para que emita su voto de falta de confianza.

III) El veto de la Cámara de los Lores.

La Cámara de los Lores a partir de la promulgación de los *parliament act* de 1911 y 1949 ha sido mermada paulatinamente en sus facultades de control, en la actualidad podríamos considerarlas meramente simbólicas, sin que tengan

¹⁸¹ Menhennet, David-Palmer, John, Op. Cit., p. 72.

trascendencia dentro de la fiscalización hacia los *comunes*, debido a que se le niega todo tipo de participación en cuanto al control de las leyes de naturaleza financiera aprobadas por los *comunes*, además el veto legislativo que tienen los *lores* se aplica solamente a leyes que no hayan sido señaladas por el *Speaker* de naturaleza financiera, cuya característica del veto es la de suspender por lo menos dos años las leyes sobre las cuales se aplica. Así las cosas, las leyes financieras se encuentran inmunes al veto de la Cámara de los Lores, de esta manera se les niega todo tipo de participación y, en cuanto a las demás leyes, tienen una participación limitada pero que puede ser superada de acuerdo a lo que disponen los artículos de el *parliament act de 1949*:

“1.- Todo proyecto de ley financiera, aprobado por los *comunes* y enviado a los *lores* por lo menos un mes antes de la terminación de un periodo de sesiones, pasa a obtener la sanción real y por tanto, a convertirse en ley, si no es aprobado por aquellos dentro del plazo de un mes”.¹⁸²

Es decir, que los *lores* aprueben o no la ley de naturaleza financiera dentro del plazo de un mes después de haber sido aprobada por los *comunes*, pasa al monarca. Por lo que su actuación es de exclusión o en su caso nula totalmente sin ninguna intervención de trascendencia y control, independientemente de las críticas que se le hagan a las leyes financieras aprobadas por conducto de los miembros parlamentarios de la Cámara Alta.

“2.- Todo proyecto de ley que sea aprobado en la Cámara de los Comunes en dos periodos de sesiones sucesivos pasa a recibir la sanción real sin el consentimiento de los *lores*, siempre y cuando haya sido oportunamente enviado a éstos un mes antes del fin de cada periodo de sesiones y que haya transcurrido un año entre la segunda lectura en los *comunes*, en el primer periodo, y la segunda lectura en los *comunes*, en el segundo periodo”.¹⁸³

¹⁸² Vease el Parliament act. de 1949.

¹⁸³ Vease el Parliament act de 1949.

Respecto de las leyes ordinarias su participación es limitada, ya que el veto suspensivo no implica un control de naturaleza directa, ni efectiva, sino que sólo retrasa una política de ley que en última instancia si la Cámara de los Comunes así lo quiere, llegará sin ninguna dificultad a ser ley. En un mismo sentido se pronuncia CHASTENET: “En todo lo demás no le queda otra cosa que el poder de retrasar, por espacio de dos años como máximo, la entrada en vigor de una medida adoptada por los comunes”,¹⁸⁴ sobre el tema es imprescindible lo que nos señala el Dr. GAMAS TORRUCO respecto de la participación de la Cámara de los Comunes: “La Cámara de los lores tiene, pues una facultad limitada de veto suspensivo para proyectos de ley no financieros”.¹⁸⁵ Aún, cuando haya recibido el veto una ley, expresando la negativa de la Cámara de los Lores, después de dos sesiones ésta será presentada al monarca, lo que le permite superar el veto suspensivo sin ninguna problemática, siendo ineficaz e infructífero el medio de control por parte de la Cámara Alta. En cambio, existen ciertas excepciones al veto suspensivo de la Cámara de los Lores, tornandolo en veto absoluto, y lo es, en tratándose de proyectos de ley que llevan como finalidad ampliar la legislatura más allá de los cinco años y de leyes de carácter privado, sobre estas últimas además del veto absoluto, son turnadas a comites especiales quienes realizan una investigación, y ante estos pueden acudir las personas que promueven el proyecto y quienes si están en contra de este, a comparecer

IV) El veto del soberano.

Tanto las leyes financieras como las leyes ordinarias necesitan de la sanción del monarca para poder entrar en vigencia y por ende tener validez; una ley aprobada por los *comunes* con acuerdo de los *lores*, si no obtiene la sanción real implica que el monarca hizo uso de su facultad de veto, impidiendo que un proyecto llegue a aplicarse, es decir, evita que sea ley. Así, ha sido sostenido por CHASTENET: “un Bill votado por las cámaras no pasa a ser ley si no es por su consentimiento

¹⁸⁴ Chastenet, Jaques, Op. Cit., p. 83.

¹⁸⁵ Gamas Torruco, José, Op. Cit., p. 61.

expreso”;¹⁸⁶ aunque el rey todavía tiene o posee dicha facultad, ya no ha hecho uso de ella como bien lo ha señalado el Dr. GAMAS TORRUCO: “Desde el año de 1707, en que la reina Ana rehusó la sanción del proyecto de Ley sobre la Milicia Escocesa (Scottish Milicia Hill), ningún monarca ha ejercitado el veto. La sanción real ha pasado a ser un mero formulismo”,¹⁸⁷ efectivamente como lo señala el Dr. en Derecho constitucional, el veto del soberano ha pasado a ser parte de la historia y, aunque todavía tiene tal potestad, no la ejercita; como consecuencia el monarca en relación a la Cámara de los Comunes no presenta ninguna objeción a sus proyectos, pudiendo sacar esta última a buen puerto cada una de las leyes o proyectos de ley.

Es decir, que si el gobierno presenta una ley, por lógica si no tiene oposición por parte de su partido en la Cámara de los Comunes es un hecho que salga adelante, ya que él tiene mayoría en la Cámara Baja encontrando su génesis en el seno de su partido.

V) Tratados internacionales.

La nación Inglesa con respecto a los tratados internacionales se ha mostrado muy hermética, haciendo alusión a una frase que aún expresa el Dr. LOPEZ MONROY de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en su clase de Derecho anglosajón, quien nos hacía ver que los ingleses eran tradicionalistas y expresaba que ellos decían lo siguiente con relación a la negociación de su entrada como miembros de la Unión Europea “Nosotros no cambiamos que cambie el mundo”; aunque en la actualidad forman parte de la misma.

Pero, cual es la relación de los poderes constituidos y su participación sobre la celebración de tratados con otros estados.

¹⁸⁶ Chastenet, Jaques, Op. Cit., p. 106.

¹⁸⁷ Gamas Torruco, José, Op. Cit., pp. 63-64.

Podemos decir que Gran Bretaña puede celebrar tratados internacionales, para esto, el encargado de la firma de los mismos y por tener dentro de sus facultades los asuntos de Estado, es el monarca. Dentro de los sistemas parlamentarios, como lo es el sistema en estudio, existen el soberano y el primer ministro, este último es quien se encarga de los asuntos internos, en tanto que el primero se encarga de los asuntos de Estado, las funciones del Ejecutivo se encuentran divididas, no así en un sistema presidencialista, en donde los asuntos del gobierno solamente recaen en el presidente de la República.

Es por esto que en el sistema presidencial, en la negociación de un tratado que lleva a cabo el Ejecutivo, a su vez, tiene que ratificarlo el Congreso o en su defecto alguna de las cámaras.

En cambio, en el sistema parlamentario no pasa lo mismo por estar divididas las funciones del Ejecutivo, en funciones de Estado y en funciones de gobierno, dentro de las de Estado se encuentran los tratados internacionales que son celebrados por el monarca de la Gran Bretaña, sin que exista la obligación y donde forzosamente tengan que ser ratificados por algún otro órgano, es decir, hablando desde la perspectiva de los controles, no existe control jurídico o político por medio del cual se controle dicha facultad, solamente como se ha venido dando en la praxis, una vez celebrado el tratado deberá depositarse ante la Cámara Baja y dejarlo por el plazo de veintiún días anteriores a su firma por conducto del monarca, sin que tengan efectos vinculantes los pronunciamientos de los miembros de dicha Cámara, en este sentido se ha pronunciado la Cámara de los Lores: “La Corona tiene el poder exclusivo de...concluir los tratados con los estados extranjeros, y el ejercicio de este poder no puede ser cuestionado en ningún tribunal de justicia. Así en *Blackburn contra A-G* (1971), la Cámara de los Lores determinó que no podía impedir que el gobierno accediera al Tratado de Roma, incluso aunque tal acceso pudiera perjudicar la soberanía nacional”.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Philip, James, Op. Cit., p. 116.

Sin embargo, existen excepciones en donde necesariamente se requiere la aprobación parlamentaria, como así ha sido sostenido por el Dr. GAMAS TORRUCO es decir, que sea ratificado el tratado por el Parlamento una vez firmado por el monarca, de naturaleza forzosa, lo es, en las siguientes hipótesis:

Cuando el tratado ha sido sujeto a requisitos o condicionado.

Cuando es violatorio de derechos humanos de los gobernados británicos

Cuando por virtud de la entrada en vigor del tratado se altere el régimen jurídico interno, particularmente en la legislación.

De lo anteriormente expuesto, podemos deducir con claridad que nos encontramos ante un instrumento de control político, con respecto a las hipótesis mencionadas con anterioridad; por considerarse que la violación a los derechos humanos, la alteración a la legislación son de importancia para el país, así, como cuando se está en presencia de un tratado condicionado.

Fuera de las hipótesis mencionadas, los tratados se pueden celebrar y el único medio de control es el depósito del tratado ante la Cámara Baja, pero independientemente de que éste esté en contra podrá aplicarse y regir a los gobernados ingleses, no así en tratándose de aquellos que requieren la ratificación parlamentaria los cuales no podrán aplicarse, si carecen de la misma.

Es necesario comentar que a través de su entrada a la Unión Europea, el Reino Unido se encuentra vinculado a la legislación que emite la Comunidad Europea, es decir que la legislación que se emite por conducto de los órganos de dicho organismo supranacional pasan a formar parte de la legislación interna y por lo tanto es aplicable, sobre el punto es importante el señalamiento que hace el Dr.

LOPEZ MONROY: "Al aceptarse una convención internacional a través de un acto legislativo".¹⁸⁹

Por lo anterior, podemos apreciar con nitidez que los medios de control con respecto a los tratados que celebre el monarca son políticos, el depósito y su aceptación por conducto de ley emanada del Parlamento, además de las limitaciones sujetas a su aprobación.

La cuestión es si existe la necesidad de un control jurídico, a lo que contestaríamos que sí; consideramos que es necesario que Gran Bretaña posea medios de control jurídico respecto de estas cuestiones, porque el control político no garantiza el resguardo de la libertad de los ingleses, una materia sujeta a cuestiones políticas, a consenso, no puede seguir estando encasillada a dichos medios de control, mostrándose imprescindibles los controles jurisdiccionales.

VI) Control por conducto de la Comisión Parlamentaria para la Administración.

La Comisión Parlamentaria para la Administración fue creada en 1967 y es la versión Inglesa del ombudsman sueco; sus facultades se circunscriben al control de la administración y no pueden derivar hacia un control político, la función que desempeña es la de conocer de las quejas que promuevan los gobernados en contra de las autoridades administrativas; de la queja que se interpone conoce un miembro de la Cámara de los Comunes quien a su vez lo reenvía al comisario para que en su oportunidad él decida llevar a cabo la investigación o en su defecto puede negarse a llevar a cabo la investigación misma; en el sentido que opte por llevar a cabo la indagación, los resultados los comunicará a la administración correspondiente y al miembro de la Cámara de los Comunes, en un sentido contrario deberá motivar al miembro del Parlamento su omisión en la investigación.

¹⁸⁹ López Monroy, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, Edición Segunda, México, Porrúa, 2001, p. 141.

Como es bien sabido, la mayoría de las instituciones que cumplen con cierta labor, sus determinaciones, si son a favor de la persona que interpuso la queja, estas tienen la naturaleza de recomendaciones sin que vinculen al órgano que ha vulnerado la esfera de derechos del particular, ante tal situación, si el miembro de la administración se niega a acatar la recomendación, el comisario tiene la facultad para presentar un informe especial ante las cámaras del Parlamento a fin de que se acate su determinación por la autoridad que se ha negado a cumplirla.

Los actos sobre los cuales actúa el comisario parlamentario, han sido señalados por el Dr. PHILIP JAMES: “la mala administración... se puede cuestionar cualquier acto administrativo si parece parcial, irrelevante, negligente, inepto o deshonesto”¹⁹⁰ o si se ha padecido una injusticia en contra del gobernado “por un mal funcionamiento de los servicios públicos”.¹⁹¹

Es de destacarse que algunas autoridades habían quedado exentas de control de sus actos por el comisario parlamentario, de entre algunas de ellas podemos mencionar: La policía, el servicio de salud y las corporaciones públicas, pero a partir de 1973, se instauran los medios de control, alcanzando en 1987, su regulación por conducto de disposiciones; instaurándose las figuras del comisario del servicio nacional de salud y el de la administración local.

2.- Medios de control jurídico

a.- La inexistencia de medios de control sobre los actos parlamentarios.

Para saber si existe el control de constitucionalidad en el sistema jurídico del Reino Unido de la Gran Bretaña es necesario conocer en principio si poseen o no Constitución; la doctrina por un lado ha sostenido que no tienen Constitución

¹⁹⁰ Philip, James, Op. Cit., p. 129.

¹⁹¹ Fuentetaja Pastor-Guillen Carames, *La regeneración de la administración pública en la Gran Bretaña*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 192.

escrita como los países de Derecho continental, pero aún cuando no poseen una Constitución codificada, si cuentan una Constitución dispersa, es decir, que su Constitución está compuesta por los *estatutes law*, el *common law* y por los *constitutional conventions*.

Por lo anterior, podemos sostener que tienen una Constitución en parte escrita, emanada a golpe de sentencias de los tribunales y de la práctica política que se considera obligatoria.

Ahora bien, los *estatutes laws*, el *common law* y las *constitucional conventions* forman la Constitución del Reino Unido de la Gran Bretaña, no obstante y aunque se tenga Constitución, algunos poderes constituidos no encuentran sus actos sujetos a ningún medio control de la constitucionalidad, particularmente el Parlamento y, en sí, la Cámara de los Comunes, no así, los órganos administrativos como se verá a continuación.

El control de la constitucionalidad sobre actos del Parlamento; la falta de controles jurisdiccionales sobre la actividad parlamentaria radica en varios elementos construidos a través de la historia constitucional del Reino Unido de la Gran Bretaña, de entre los cuales podemos citar: la historia a través de los triunfos del Parlamento derivandose el principio de soberanía parlamentaria, la flexibilidad de sus normas, que su procedimiento de reforma es ordinario aplicable a todas las normas el mismo proceso.

El principio de la soberanía parlamentaria va a tener su génesis en las luchas que sostuvieron el Parlamento y los monarcas Carlos I y Jacobo II, estos últimos queriendo imponer la teoría del Derecho divino, pero el Parlamento se impuso por las armas quien postularía y abanderaría de ahora en adelante la teoría de la soberanía parlamentaria, la cual implica lo siguiente en palabras de TORRES MURO: “Sintetizando supone para lo que nos interesa que los tribunales

no cuestionarán en ningún caso un instrumento que haya alcanzado la categoría de *Act of Parliament*.¹⁹²

Sobre las leyes del Parlamento es dable decir lo siguiente: se han presentado conflictos a fin de saber quien tiene mayor supremacía, el *common law* o los *estatutes law*, llegando a establecer que ninguno tiene superioridad sobre otro y, en caso que se presentara un conflicto entre estos, el *statute law* sería el parámetro del *common law*; sin embargo, la historia ha presentado una situación de excepción en donde se le dio supremacía al *common law* como lo fue el caso del Dr. Bonham s Case (1610), aún en contra de la soberanía parlamentaria; dicho principio no fructificaría, porque esto provocaría conflictos serios entre los órganos jurisdiccionales y el Parlamento celoso de sus facultades; de esta forma, seguiría prevaleciendo la soberanía parlamentaria en la práctica sobre casos resueltos por transcurso del tiempo los cuales han llevado a los jueces a inclinarse sobre este último principio, el de la soberanía parlamentaria que a su vez implica la preeminencia del *estatute law* sobre el *Common Law*". A pesar de la importancia del precedente en el Derecho inglés, no hay duda de que esta es una fuente de derecho subordinada a la legislación. La relación entre estas dos fuentes de derecho podemos exponerla como sigue: 1) la legislación es superior al precedente judicial, de manera que cuando el Derecho de origen legislativo entra en contradicción con el precedente, prevalece el primero. El Derecho inglés no establece límites al poder legislativo del Parlamento (salvo los provenientes del Derecho Comunitario). 2) la superioridad del Statute Law se traduce en que el precedente puede ser modificado por una ley, mientras que una ley nunca puede ser sustituida por el precedente".¹⁹³ Así, se estableció en el caso, R, v. H. M. Treasury citado por TORRES MURO, en donde los jueces Sir John

¹⁹² Torres Muro, Ignacio, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año XV, núm. 43, 1995, p. 54.

¹⁹³ Iturralde Sesma, Victoria, *El Precedente en el Common Law*, Madrid, Gipuzkoako foru aldundia diputación foral de Guipúzcoa-Editorial Civitas, 1995, pp. 125-126.

Donaldson,¹⁹⁴ Lord Reid,¹⁹⁵ y Lord Simon of Glaisdale,¹⁹⁶ se pronunciaron respetuosos del ámbito de acción del Parlamento.

Como ya se expresó con anterioridad, la soberanía parlamentaria es producto de las fricciones entre la Judicatura y el Parlamento, de ahí que una disposición emanada de tales condiciones lo es el artículo 9 de el *Bill of Rights* de 1689,¹⁹⁷ antes de dicha disposición la Judicatura era utilizada por el monarca para intervenir en ciertas cuestiones del Parlamento, de la cual se derivaba su falta de independencia en aquella época.

Por un lado, y como acertadamente lo ha establecido TORRES MURO, la primera parte de la disposición se refiere a la prerrogativa de palabra de los parlamentarios, en donde se pueden pronunciar sin que tengan como temor una represión por parte del Ejecutivo o una acción persecutoria en su contra, la cual implica y resguarda la libertad de palabra y debate.

En cambio, hay cierta preocupación ante la omisión no convincente ni coincidente respecto al punto de ¿Qué debe entenderse por procedimiento parlamentario ?. Lo cual ha llevado a la doctrina a expresar que no existe recurso alguno en contra de un procedimiento parlamentario.

No obstante, existen prerrogativas parlamentarias que amenazan la libertad de los ciudadanos, esto ha llevado a la doctrina a pronunciarse de forma contradictoria en algunos de los casos en que ha sido cuestionada la soberanía

¹⁹⁴ “Es una convención constitucional de la más alta importancia que la asamblea legislativa y la judicatura... son independientes las una de la otra...por tanto es lo adecuado que los tribunales sean siempre sensibles a la necesidad suprema de evitar invadir el terreno del parlamento o, en tanto esto pueda evitarse, incluso aparentar hacer tal cosa.” Torres Muro, Ignacio, Op. Cit., p. 57.

¹⁹⁵ “Durante un siglo o más tanto el parlamento como los tribunales han tenido mucho cuidado de no actuar de modo que pudieran causar conflictos entre ellos.” Loc. Cit.

¹⁹⁶ “Es bien sabido que en el pasado ha habido peligrosas tensiones entre los tribunales de justicia y el parlamento de modo que durante muchos años el parlamento y los tribunales han sido ambos lo bastante astutos como para respetar la esfera de acción y las prerrogativas del otro.” Loc. Cit.

¹⁹⁷ En el citado artículo 9 del *Bill of Rights* se dispone “Que la libertad de palabra y debate o los procedimientos parlamentarios no deben ser impugnados ni puestos en cuestión en ningún tribunal o lugar fuera del parlamento”.

del Parlamento, como en el caso R. v. Paty (1704), citado por TORRES MURO en el cual el juez Holt se pronunció en contra de la soberanía parlamentaria.

Otro de los casos más sonados lleno de argumentos doctrinarios contradictorios y que término en conflicto entre el Parlamento y los tribunales jurisdiccionales, lo fue el de Stockdale v. Hansard,¹⁹⁸ en donde, la resolución en la primera demanda fue contraria a los intereses de Stockdale, la segunda resolución fue en su favor¹⁹⁹ con los siguientes argumentos de los jueces Lord Denman,²⁰⁰ Littledale,²⁰¹ Patteson,²⁰² así como el de Coleridge²⁰³ y la tercera demanda se dio sin duda a favor de los intereses de Stockdale, generando y dando pauta a que el Parlamento tomara represalias, en principio en contra de los jueces encerrándolos por desacato a una orden parlamentaria y dictando la *Parliamentary Act* de 1840,

¹⁹⁸ “La demanda por difamación que interpuso un editor (Stockdale) contra el encargado de imprimir los documentos parlamentarios (Hansard) debido a que éste publicó y puso a la venta, con el beneplácito de la Cámara de los Comunes, unos informes en el que unos inspectores de prisiones describían un libro a su vez publicado por Stockdale, que habían encontrado en la prisión de Niégate, como de naturaleza desagradabilísima y con ilustraciones obscenas y extremadamente indecentes.” Torres Muro, Ignacio, Op. Cit., p. 60.

¹⁹⁹ “El tribunal fallo esta vez a favor del demandante, provocando una crisis en las relaciones con el parlamento al afirmar que tal prerrogativa no existía, que la Cámara de los Comunes no era el único juez de sus prerrogativas, y que no estaba evidentemente por encima de la ley.” Ibidem, p. 61.

²⁰⁰ “La Cámara de los Comunes no es el parlamento sino solamente una parte del Parlamento. Ese poder soberano puede hacer y deshacer las leyes; pero es necesario que concurren los tres brazos del legislativo; la resolución de uno cualquiera de ellos no puede alterar el derecho, o situar a nadie más allá de su control.” Loc. Cit.

²⁰¹ “Las prerrogativas del parlamento me parece que están limitadas por los muros del parlamento...pero una publicación enviada al mundo, aun basándose y siguiendo una orden de la Cámara, en mi opinión queda separada de la Cámara; no es ya un asunto de la Cámara, sino de los agentes que se emplean para distribuir los documentos, dichos agentes no son la Cámara, sino que, en mi opinión, son particulares actuando bajo su propia responsabilidad como otros editores de documentos.” Loc. Cit.

²⁰² “A este tribunal no le impide la resolución de la Cámara de los Comunes de mayo de 1837 investigar la legalidad del acto en cuestión, aunque debemos tratar a esta resolución a menos que nos encontremos obligados a hacerlo por el derecho de esta tierra, derivado de los principios del derecho común, en tanto sean aplicables al caso, y de la autoridad de casos resueltos, y los fallos de nuestros predecesores, si alguno se encuentra aplicable a la cuestión” y que “mucho menos puede una resolución de la Cámara de los Comunes, que no es un tribunal de justicia para la decisión de ninguna cuestión de hecho o de derecho entre partes litigantes...ser obligatoria para los tribunales de justicia.” Loc. Cit.

²⁰³ “Las prerrogativas de la Cámara son mis propias prerrogativas, las prerrogativas de cualquier ciudadano de este país. Las aprecio tanto como cualquier miembro (del parlamento); y, lejos de considerar que el fallo que pronunciamos las invada, creo que asentándolas en los cimientos de la razón, y limitándolas con las vallas del derecho, hacemos todo lo que podemos para asegurarlas frente a agresiones y enraizarlas en el afecto del pueblo.” Loc. Cit.

que llevaba como finalidad dar protección a los documentos que se publicaran por medio de su mandato.

Otro caso sonado, en donde se cuestionan nuevamente los actos parlamentarios fue el de Bradlaugh v. Gosset,²⁰⁴ empero, los jueces Lord Coleridge²⁰⁵ y Stephen,²⁰⁶ teniendo como precedente el caso anterior se limitaron en su resolución y, a su vez, decidieron resolver en contra de Bradlaugh, de la cual se deriva que volvieron al principio de respetar el ámbito de acción del Parlamento.

²⁰⁴ “Charles Bradlaugh, se trataba de un ateo que quería sentarse en el Parlamento sin jurar fidelidad a la Corona, por ir eso contra sus convicciones, y que cada vez que la Cámara resolvía dejar su escaño vacante era reelegido en su circunscripción de Northampton. Finalmente se presto a hacerlo, pero no se quiso reconocer como valido el juramento porque seguía declarandose ateo. Contra esta resolución que le excluía de la Cámara interpuso el recurso que dio origen al caso Bradlaugh v. Gosset” Ibidem, p. 63.

²⁰⁵ “Lo que se dice o hace dentro de los muros del parlamento no puede ser investigado en un tribunal de justicia...la jurisdicción de las Cámaras sobre sus propios miembros, su derecho a imponer disciplina dentro de sus muros, es absoluto y excluyente”. “Sin duda permitir cualquier revisión de la prerrogativa parlamentaria por un tribunal de justicia podría conducir, ha conducido, a complicaciones muy graves, y podría en muchos supuestos acabar en que las prerrogativas de los Comunes fueran determinadas por los lores.” “Si se ha hecho una injusticia, es una injusticia para la cual los tribunales de justicia no dan remedio...la historia de Inglaterra, y las resoluciones de la misma Cámara de los Comunes, muestran que de cuando en cuando se han cometido injusticias por la Cámara contra miembros de ella. Pero el remedio, si remedio hay, cabe no en acciones ante los tribunales de justicia... sino en apelar a las circunscripciones a las que la Cámara de los Comunes representa.” Ibidem, pp. 63-64 y 65.

²⁰⁶ “Creo que la Cámara de los Comunes no esta sujeta al control de los tribunales de su majestad en su administración de aquella parte del derecho legislado relacionada con sus propios procedimientos internos”. “La Cámara de los Comunes tiene el poder exclusivo de interpretar la ley, en tanto en cuanto afecte a la regulación de sus propios procedimientos dentro de sus propios muros; y que, incluso si esa interpretación fuera errónea, este tribunal no tiene poder para interferir con la misma directa o indirectamente” “sentiría en cualquier caso una resistencia casi invencible a declarar que una resolución de la Cámara de los comunes queda más allá de los poderes de la Cámara, y es nula. Una declaración así sería en casi todos los casos innecesaria e irrespetuosa” “Me parece que, si intentáramos erigirnos en un tribunal de apelación de la Cámara de los Comunes, no tendríamos en cuenta ni el interés público, ni los intereses del parlamento y la Constitución, ni nuestra propia dignidad. Provocaríamos un conflicto entre la Cámara de los Comunes y este tribunal, que en si mismo constituiría un gran mal; e incluso en la más improbable suposición de que acepten nuestra decisión adversa, habrá un recurso contra tal decisión ante el Tribunal de Apelaciones, y de allí a la Cámara de los Lores, que se convertiría así en el Juez de última instancia de los poderes y prerrogativas de la Cámara de los Comunes” “Yo no digo que la resolución de la Cámara es el fallo de un tribunal no sujeto a nuestra revisión; pero tiene mucho en común con ese tipo de fallo...Tenemos que presumir que desarrolla esta función(la de aplicar las leyes) adecuadamente, y con el debido respeto de las leyes, en cuya elaboración tiene parte tan importante. Si su resolución no está de acuerdo con el derecho, esto recuerda al caso de un error de un juez contra cuya decisión no cabe recurso.” Loc. Cit.

El principio de la soberanía parlamentaria se ha hecho sentir en el momento oportuno en que los tribunales han intentado controlar el procedimiento legislativo, no obstante, ha habido casos en donde se ha cuestionado la invalidez material de una ley como sucedió en el caso R. v. Jordan, resolviendo el tribunal competente que ningún tribunal tiene facultad para cuestionar la validez de una ley.

Aunque esto ha dado pauta a que ya no surjan conflictos sobre la impugnación de invalidez de una ley, se han presentado casos donde se impugna la invalidez no material, sino formal de las leyes privadas, como así sucedió en *Edinburgh Railway Co v. Wauchope*, inclinándose el juez Lord Campbell²⁰⁷ por la tesis tradicional; en el caso de *Lee v. Bude and Torrington Railways Co*, los Jueces Willes²⁰⁸ y Byles²⁰⁹ se pronunciaron en el mismo sentido que el caso anterior y en *Pickin* y el *British Railways Board* los Jueces Lord Denning,²¹⁰ Lord Reid,²¹¹ Lord Morris of Borth-y-Gest²¹² y Lord Wilforce²¹³ y Lord Simon of

²⁰⁷ “Creo correcto decir una palabra o dos sobre el punto que se ha suscitado en relación con la posibilidad de que una ley pudiera anularse por un tribunal de justicia porque las formas prescritas por las dos Cámaras para ser observadas en la tramitación de un proyecto de ley no han sido seguidas exactamente...No puedo sino expresar mi sorpresa de que tal opinión pueda haber prevalecido. No hay base para ello. Todo lo que un tribunal de justicia puede hacer es mirar en el rollo parlamentario: si de este se dedujera que un proyecto ha sido aprobado por ambas Cámaras y recibido la sanción real, ningún tribunal de justicia puede investigar sobre la manera en que fue introducido en el Parlamento, ni sobre lo que se hizo antes de su introducción, o lo que ocurrió en el Parlamento durante su paso en sus varias fases a través de ambas Cámaras.” *Ibidem*, p. 67.

²⁰⁸ “Somos los sirvientes de la legislatura, y no podemos actuar como regentes sobre los procedimientos parlamentarios. No tenemos el poder de negarnos a actuar ante una ley. Las objeciones que se hacen ahora debieran haber sido hechas en el momento preciso en la legislatura en el momento en que se aprobaba la ley.” *Loc. Cit.*

²⁰⁹ “Aquí se alega que se ha engañado a la legislatura; si eso es así el único remedio es el recurso al Parlamento.” *Loc. Cit.*

²¹⁰ “En mi opinión es función del tribunal ver que no se abusa del procedimiento del parlamento mismo y que no se saca ventaja indebida de él. Haciendo esto el tribunal no esta violando la jurisdicción del mismo parlamento. Esta actuando en ayuda del parlamento, y podría añadir, en ayuda de la justicia. Si se prueba que el parlamento fue engañado, el tribunal puede, y debe, llamar la atención del parlamento sobre ello.” *Ibidem*, p. 68.

²¹¹ “La idea de que un tribunal esta legitimado para no respetar una cláusula de una ley del parlamento en base a cualquier consideración tiene que parecer extraña y sorprendente a cualquiera con un mínimo de conocimiento de la historia y el derecho de nuestra constitución.” *Loc. Cit.*

²¹² “Tiene que corresponder desde luego al Parlamento fijar los procedimientos que han de seguirse antes de que un proyecto de ley pueda llegar a ser una ley. Tiene que corresponder al parlamento decidir si sus procedimientos fijados se han seguido efectivamente. Tiene que corresponder al parlamento fijar e interpretar sus reglamentos e incluso decidir si han sido obedecidos. Tiene que corresponder al Parlamento decidir si puede pasar sin ellos en algún caso particular. Tiene que corresponder al parlamento decidir si esta satisfecho de que una ley deba

Glaisdale²¹⁴ quienes emitieron argumentos disimbolos. En el primer caso el tribunal se nego a juzgar, en el segundo se rechazaron las pretensiones del demandante y, en el tercero prevaleció la tesis ya sustentada, es decir, la de la soberanía parlamentaria, lo que nos ha llevado a deducir que prevalecen la tesis de no cuestionar el procedimiento legislativo del Parlamento.

Empero, con relación a conflictos entre empleados y el mismo Parlamento, este último se ha mostrado más flexible sin que pudiera alegar su prerrogativa parlamentaria; cuando esto ha sucedido los empleados han decidido plantear la cuestión a los tribunales ordinarios, mostrandose el Parlamento respetuoso de los mismos, dicha conducta se ha venido a consolidar con la aprobación del artículo 139, de la *Employment Protección (Consolidation) Act* de 1978, que dispuso lo siguiente, a lo cual hace referencia TORRES MURO: “que ninguna norma o practica parlamentaria podía impedir a un empleado de la Cámara de los Comunes el recurso a los tribunales ordinarios o industriales”.²¹⁵

Como se ha logrado constatar a través de la historia y por conducto de los casos prácticos que se han presentado en el sistema del Reino Unido de la Gran Bretaña con relación al control de la constitucionalidad sobre los actos del Parlamento, podemos percibir con claridad que es nulo totalmente, destacandose, la falta de una norma de naturaleza rígida así como el dogma de la soberanía del Parlamento, factores que han llevado a que en el sistema, se creen zonas de impunidad, no así, acontece con los sistemas de Derecho continental que sí cuentan con una norma unificada y ponen por encima a la Constitución, en cambio, como bien lo afirma TORRES MURO con respecto al sistema del Reino

aprobarse en la forma y con la redacción adoptada en la ley. Tiene que corresponder al parlamento decidir que documentos o testimonios necesita...Sería impracticable e indeseable que el Alto Tribunal de Justicia se embarcara en una investigación relativa al efecto o la efectividad de los procedimientos internos en el Alto Tribunal del Parlamento o en una investigación de si en cualquier caso particular esos procedimientos fueron efectivamente seguidos.” Loc. Cit.

²¹³ “El remedio para un error parlamentario...tiene que buscarse en el parlamento y no puede ser obtenido de los Tribunales.” Loc. Cit.

²¹⁴ “Si el apelado cree que el parlamento ha sido conducido engañosamente a aprobar una ley contraria a sus intereses, su remedio está en el mismo parlamento y en ningún otro lugar.” Ibidem, p. 69.

²¹⁵ Idem.

Unido de la Gran Bretaña, hay que ser cautelosos y receptivos, sin que tengamos que ser un poco reservados en el momento de tener que materializar instrumentos de control parlamentario en nuestra norma primaria, sino que hay que ser un poco arriesgados, siempre, claro está, que la finalidad sea crear un verdadero Estado constitucional de derecho, en donde lo que impere y sobre ella no pueda existir nada, sea la Constitución de un Estado.

b.- Control de la legislación subordinada por el Parlamento.

Legislación subordinada: Hemos dicho que no existen medios de control jurisdiccionales en contra del Parlamento, pero es dable dar a conocer que existen medios de control del Parlamento hacia el Poder Ejecutivo, esencialmente en lo que se refiere a la legislación subordinada, es decir, las facultades que por medio de ley le confiere el Parlamento al Ejecutivo en materia legislativa a efectos de que el Ejecutivo pueda legislar.

De entre las formas de como puede el Legislativo facultar al Ejecutivo para efectos de que lleve a cabo funciones legislativas, podemos encontrar las siguientes: 1) La concesión al Consejo Privado, de poder promulgar legislación subordinada (ordenes en consejo estatutarias); 2) La autorización a los ministros para promulgar ordenes provisionales (*provisional orders*²¹⁶); 3) La autorización para promulgar instrumentos legales (*statutory instruments*²¹⁷).

²¹⁶ “Es una orden que adquiere fuerza legislativa por medio de una subsiguiente confirmación parlamentaria llamada ley de confirmación de orden Provisional (Provisional Order Confirmation Act).” Philip, S. James, *Introducción al Derecho Ingles*, Santa Fe de Bogota-Colombia, Themis, 1996, p. 114.

²¹⁷ “Es decir, ordenes y reglamentos con fuerza de ley. Estos no requieren la subsiguiente confirmación por ley: solamente necesitan ser presentados ante el parlamento, y se convierten en ley material si son confirmados por simple resolución (resolución afirmativa) de cada Cámara. En algunos casos, sin embargo, se convierten el ley después de haber estado depositados durante un periodo de tiempo, a no ser que sean anulados por resolución de cualquiera de las cámaras (resolución negativa); en ciertos casos, la legislación subordinada es valida con su simple depósito ante el parlamento inmediatamente después de ser promulgada.” Ibidem, p. 115.

La resolución positiva y negativa de las cámaras en el caso de los *statutory instruments* han sido consideradas por algunos autores de la doctrina mexicana²¹⁸ como medios de garantía o instrumentos de control. En este sentido, existen instrumentos de control que ejerce el Parlamento sobre todas y cada una de las facultades de legislación que otorga al Ejecutivo, al respecto señala PHILIP JAMES: “El volumen de legislación subordinada es enorme” continúa diciendo “este estado de cosas ha producido la exigencia de un mayor control de los poderes del ejecutivo” los cuales son los siguientes:

La legislación subordinada que emitan los ministros y departamentos por virtud de facultades delegadas por el Parlamento, deberán de presentarla a este último, de acuerdo a lo que disponen las leyes de instrumentos legales de 1946 y la de presentación de documentos de 1948.

Los instrumentos deberán de ser publicados por el impresor de la reina siendo una garantía de que serán conocidos por los gobernados, abarcando las ordenes emanadas en consejo y las normas de los ministros, excluyendo la demás legislación subordinada.

En ocasiones la ley surgida del Parlamento prevé, que la legislación subordinada deberá de ser elaborada y confirmada a través de un procedimiento especial, de conformidad con lo que disponen las leyes de ordenes legales de 1945 y 1965.

²¹⁸ “El parlamento puede, asimismo, proporcionar algunas garantías de que la legislación delegada ha sido correctamente utilizada. La más común es someter el acto legislativo a la revisión del propio parlamento sin que aquel deje de producir sus efectos inmediatos, pero quedando sujeto a la “anulación” (procedimiento parlamentario negativo). Otra forma consiste en elaborar ya sea el proyecto o incluso el acto legislativo mismo, pero sobre la base de que no entrara en vigor sino hasta ser revisado y aprobado por cada una de las cámaras (procedimiento parlamentario positivo).” Gamás Torruco, José, Op. Cit., pp. 69-70.

Dentro de la Cámara, se cuenta con un órgano interno que es quien decide si la legislación subordinada es de presentación obligada ante las cámaras, llamándose la atención sobre la misma, el órgano interno se denomina Comité de Selección de la Cámara.

Como es posible apreciar, las cámaras por virtud de disposiciones legales cuentan con distintos instrumentos de control sobre la legislación subordinada en contra del Poder Ejecutivo, sin duda, instrumentos de carácter político llevados a cabo por órgano político, pero que vienen a ser de vital importancia debido a la consideración que se ha hecho de que la legislación que emana del Ejecutivo es superior a la que emite el Parlamento, por lo tanto, se corrobora un principio expresado por la doctrina del control que a mayores facultades implica correlativamente mayores controles en la actividad de los órganos que los ejercen, es así, como el Parlamento del Reino Unido de la Gran Bretaña ha considerado señalar que legislación subordinada delega, además de tener el Ejecutivo la facultad por ley y, quien nuevamente debe depositarla ante las cámaras para su ratificación, así, como de aquellas facultades de legislación que requieren de un procedimiento especial o en su defecto, también de aquellas que por importancia se ha decidido nombrar un comité para que en su momento llame la atención de las cámaras; todos estos procedimientos, medios u órganos vienen a constituir el control político de rango constitucional que el Parlamento ejerce sobre el Ejecutivo, cuya finalidad es evitar la extralimitación o el abuso de poder de legislación que se le ha conferido.

c.- La revisión judicial.

La revisión judicial también surgió en el Reino Unido de la Gran Bretaña, no solamente en los países que en su momento fueron sus colonias o aquellas que pertenecieron a la Commonwealth. Resulta necesario conocer como surgió dicha

figura y su forma de desenvolverse con relación a los actos de los hombres que detentan y en su momento deciden ejercer el poder.

Como ya se analizó, el Parlamento ejerce cierto control sobre actos que emanan del Poder Ejecutivo; no obstante, el control más oportuno y eficaz se da a través de los tribunales y los medios jurisdiccionales del Reino Unido de la Gran Bretaña en contra de la actividad administrativa.

Siendo necesario destacar los órganos que conforman al Poder Ejecutivo, los cuales son los siguientes: La Corona, el Consejo Privado, el gobierno, el Gabinete, departamentos del gobierno, organismos gubernamentales, cuyos poderes se derivan de la legislación subordinada o en su defecto de la prerrogativa regia.²¹⁹ Empero, ahora con la soberanía parlamentaria, la prerrogativa regia es ejercida por el Ejecutivo perdiendo su naturaleza de ilimitada para convertirse en limitada, ya que, toda clase de prerrogativa al momento de ser ejercitada debe de estar sustentada en la ley, en una norma del derecho común o en una prerrogativa con anterioridad reconocida por los tribunales y; aún cuando el poder de prerrogativa es contraria al principio “imperio del derecho”, los actos del Ejecutivo no pueden quedar en la inmunidad alegando que son actos de Estado, todo acto debe de estar sustentado y tasado sobre el imperio del derecho.

Debido a lo anterior, la actividad del Ejecutivo y sus actos deben ser controlados y fiscalizados, es así, y para cumplir con dicha finalidad, se ha instaurado la *revisión judicial*.

La *revisión judicial*, no se puede comprender sin antes no se estudia en su totalidad, es decir que se debe conocer sobre que principios se sustenta; cuales son los medios formales y materiales para ejercitarla; los sujetos que la pueden

²¹⁹ “Residuo de la autoridad discrecional o arbitraria que, en cualquier momento, se deja legalmente en manos de la Corona.” Philip, S. James, Op. Cit., p. 115.

ejercitar; en que casos es viable interponerla y cuales son los actos donde la *revisión judicial* no puede hacer nada y que escapan a su ámbito de competencia.

Los principios que sustentan y dan base a la institución de la revisión judicial son: a) el de imperio del derecho,²²⁰ b) La justicia natural,²²¹ que a su vez comprende sub-principios: 1) Nadie puede ser juez de su propia causa,²²² 2) *Audi alteram partem*,²²³ 3) Derecho de expectativa,²²⁴ 4) Razonamiento de la decisión,²²⁵ c) *Ultra Vires*.²²⁶ A través de estos tres principios es como los tribunales pueden sustentar y acreditar la forma de como se debe controlar el abuso del poder administrativo por conducto del instrumento de la *revisión judicial*. En cambio, la Cámara de los Lores ha formulado otros principios que le vienen a

²²⁰ Philip, S. James citando a Dicey “tal doctrina denota tres principios. Primero, que el derecho normal del país predomina sobre, y excluye, el ejercicio arbitrario del poder gubernamental. Segundo, que todas las clases de personas están sometidas por igual al derecho ordinario del país, que es administrado por tribunales ordinarios. Tercero que el derecho de la propia constitución no se encuentra en un Código (como ocurre en muchos países extranjeros), sino que se deriva de los derechos del individuo, tal como son declarados por los tribunales” “la doctrina del imperio del derecho proclama que el ciudadano siempre pueda defender sus derechos en los tribunales ordinarios, y esto es especialmente cierto cuando está puesto en peligro por los actos de un ejecutivo autoritario.” Ibidem, pp. 120-121.

²²¹ “Son reglas que cualquier hombre razonable consideraría justas”. Loc. Cit.

²²² “Es esencial que todas las instituciones eviten la apariencia de tener interés en los asuntos que han de resolver.” Ibidem, p. 122.

²²³ “Un tribunal judicial o administrativo, debe oír a ambas partes antes de resolver una controversia” “El mismo principio se aplica cuando se le niega a un demandado el conocimiento de las pruebas que le son desfavorables, o no se le concede suficiente tiempo para preparar su causa, o se le perjudica cuando alguna prueba extraña fundamenta una decisión contra él”. Loc. Cit.

²²⁴ “Cuando una persona tiene la expectativa legítima de que algo...deba ocurrir antes de que se tome una decisión administrativa.” Ibidem, p. 123.

²²⁵ “Hagan saber a las partes las razones o motivos de sus decisiones.” Loc. Cit.

²²⁶ “En el campo constitucional tiene una amplia aplicación. Como el parlamento es “soberano” y su competencia legal es suprema e ilimitada, los tribunales, como hemos visto, no pueden cuestionar la autoridad de una ley (por muy estúpida o perversa que sea); pero pueden cuestionar la competencia de cualquier persona o institución, y limitar el alcance de sus poderes. Todos los poderes legales salvo, quizá, la autoridad del propio parlamento- se derivan bien del derecho común bien de una ley. Por ello, tales poderes sólo pueden ser ejercidos dentro de sus límites prescritos por el derecho común o por la ley habilitante: si estos límites son sobrepasados los tribunales intervendrán si son requeridos para ello y declararan ilegal y, por tanto, nulo cualquier acto que exceda de esos límites. La doctrina *Ultra Vires*...puede aplicarse a los poderes especiales conferidos a una persona o institución para que realice algún acto. Puede aplicarse a los poderes de la legislación subordinada, como cuando un ministro tiene poderes legales para elaborar reglamentos para ciertos fines, y pretende elaborarlos para otros fines distintos lo que excede la autoridad que se le ha conferido. Puede aplicarse para los poderes de enjuiciamiento de la administración, como cuando un tribunal administrativo excede los límites legales de su jurisdicción, o cuando se aparta de los requisitos formales prescritos en las leyes...ningún poder puede ser ejercido más allá de los límites que la ley impone a su ejercicio.” Loc. Cit.

dar coherencia y solidez a los ya formulados con anterioridad, estos son: a) el de ilegalidad,²²⁷ b) irracionalidad,²²⁸ c) incorrección procedimental.²²⁹

Ahora bien, ¿Qué es la *revisión judicial*? En principio se debe de tener en cuenta que dicho instrumento no cumple la función de un recurso de apelación en contra de las decisiones administrativas, más bien y como lo ha expresado PHILIP JAMES, “no consiste en volver a examinar tales decisiones, sino en revisar la manera como, en su momento, se procedio para llegar a ellas”,²³⁰ efectivamente es un medio de control jurisdiccional, cuyos objetivos de la *revisión judicial* son: El de garantizar que una decisión sea justa y que cualquier acción administrativa esté respaldada en derecho, es decir, cualquier actividad de la administración deberá forzosamente emitirse se conformidad a los instrumentos que conforman la Constitución.

Las formas en que se puede interponer la *revisión judicial* son las siguientes: Se puede ejercer a petición de la parte interesada y, es aquella que en su momento se considera afectada por una decisión administrativa; por actos de los tribunales judiciales; del Ejecutivo central o por actos provenientes de las autoridades públicas. Las ordenes de prerrogativa constituyen los principales instrumentos de protección de la esfera jurídica del gobernado en la hipótesis de abuso o exceso en el ejercicio del poder proveniente de las personas que encarnan a los poderes constituidos y cada uno de sus órganos y subórganos, antes mencionados

El órgano competente para permitir la emisión de una orden de prerrogativa lo es el Alto Tribunal (División del Banco de la Reina) por conducto de un procedimiento especial regulado en la Ley del Tribunal Supremo de 1981,

²²⁷ “El que ha de tomar una decisión debe entender correctamente el derecho que regula su capacidad de tomar decisiones y ha de regularse por él.” Ibidem, p. 124.

²²⁸ “Una decisión es claramente irracional cuando no sea tomada por ninguna persona sensata.” Loc. Cit.

²²⁹ “Cubre los casos en que un tribunal administrativo incumple las reglas procedimentales previstas en la norma legislativa que confiere su jurisdicción.” Loc. Cit.

²³⁰ Ibidem, p. 119.

además, conjuntamente o de forma correlativa cuando el particular decide promover la *revisión judicial* en contra de algún acto de autoridad, este puede pedir la indemnización por daños y perjuicios, de igual forma, no se desechará la *revisión judicial* en el caso de extemporaneidad.

La *revisión judicial* se materializa por conducto de ordenes de prerrogativa, de entre estas últimas podemos distinguir tres tipos: *mandamus*, *prohibición* y *certiorari*.

La orden de *mandamus* es: “Una orden perentoria que exige o manda la realización de un deber público. No sólo exige la realización de un acto administrativo, sino que puede obligar a ejercer un acto discrecional”²³¹ lo que podemos deducir que dicha orden obliga a las autoridades administrativas a ejecutar un acto por haber incurrido en omisión al no llevar a cabo un deber ordenado por alguna disposición y de la cual tenían la obligación de ejecutarla y no lo hicieron, ante tal omisión se dirige la orden de prerrogativa para que se obligue en su momento a la autoridad a cumplir con su deber.

La orden de *prohibición*, es aquella que se plantea con la finalidad de “impedir el exceso de jurisdicción de cualquier institución o persona publicas en el ejercicio de un deber público de carácter judicial o cuasijudicial”,²³² la finalidad de esta orden no es lograr que la autoridad ejecute un deber, ni mucho menos que no ejecute algo, más bien, la finalidad de la orden radica en evitar que se exceda en su jurisdicción aquella persona o institución que ejecute una actividad en ejercicio de un deber público, es decir, que se exceda o abuse de la potestad o el poder que le han sido conferidos.

²³¹ Ibidem, p. 124.

²³² Ibidem, p. 125.

La orden de *certiorari* consiste en: “llevar ante el Alto Tribunal de Justicia cualquier asunto que haya sido decidido o esté pendiente en un tribunal²³³ inferior, para que el Alto Tribunal pueda constatar si ha ocurrido, o esta a punto de ocurrir, algún exceso de jurisdicción, o para asegurarse si se han cumplido los principios de la justicia natural”,²³⁴ de esta forma, el Alto Tribunal de Justicia ejerce un control preventivo y a posteriori, el primero evitando que el tribunal se exceda en su jurisdicción y en cuanto al segundo, constatar que han existido vulneraciones a la esfera jurídica de los gobernados por exceso de jurisdicción o por no cumplir la decisión con los principios de la justicia natural.

Las ordenes, aún cuando proceden en las hipótesis antes analizadas, de igual manera, contienen excepciones, como por ejemplo la orden de *mandamus* no procede en contra de la Corona, sólo la *prohibición* y la *certiorari*, esta última a su vez no procede contra los actos de los tribunales eclesiásticos, pero si la de *prohibición*, la *prohibición* y la *certiorari* no proceden en contra de arbitros privados, ni en contra de actos que lleven como finalidad imponer disciplina; no proceden en contra de actos provenientes de los gobernados o instituciones privadas; no proceden en contra de actos emitidos en juicios por jurado.

Además de las ordenes de prerrogativa, el Tribunal Supremo puede emitir declaraciones y; una declaración es aquella en donde “se declaran los derechos de una parte, pero no lleva consigo ninguna orden de restauración ejecutiva de los derechos”.²³⁵ Como se puede constatar, la declaración que lleva como finalidad reconocer un derecho de importancia surgido de una controversia, aún cuando no existen medios jurisdiccionales para hacer efectivo tal reconocimiento, los cargos públicos se ven obligados a actuar de conformidad con la declaración.

²³³ “Tanto en las ordenes de prohibición como en las de certiorari la palabra tribunal recibe en la actualidad una interpretación extensiva. Se refiere en este contexto, a cualquier persona o institución con jurisdicción para determinar judicial o cuasi-judicialmente los derechos de los ciudadanos.” Loc. Cit.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

La legislación subordinada que es una de las fuentes de los poderes del Ejecutivo como lo hemos analizado, está sujeta a los medios de control jurisdiccional, uno de ellos es la *revisión judicial*, también se puede dar por disposición de ley, es decir la ley misma que autoriza al Ejecutivo a emitir legislación subordinada, puede disponer que las facultades que se otorgan no puedan ser cuestionadas por los tribunales comunes, de tal forma que los actos administrativos estarán exentos de los instrumentos de control como lo son: Las ordenes de prerrogativa, a contrario sensu, en algunas ocasiones cuando no existe la disposición expresa de no control sobre la legislación subordinada, puede ser que los tribunales jurisdiccionales entren a revisar la misma, pero ésta se declara por resolución ya no del Parlamento, sino por resolución del tribunal que la redacción de una ley confiere al Poder Ejecutivo facultades discrecionales o absolutas.

Los poderes de prerrogativa regia aún cuando impliquen facultades discrecionales por virtud de la soberanía parlamentaria (esta representa la antítesis del imperio del derecho), deberán estar fundamentadas en una ley o norma, lo cual las hace que estén sujetas a la *revisión judicial*, sin embargo existen poderes de prerrogativa regia que se excluyen del medio de control jurisdiccional, siempre y cuando estos poderes de prerrogativa se ejerciten a favor del interés nacional, así ha sido resuelto por la Cámara de los Lores sentando jurisprudencia²³⁶.

Como es posible apreciar, aún cuando la *revisión judicial* cumpla una función de control sobre la legislación (delegada), los actos y decisiones provenientes de los distintos subórganos que conforman al Poder Ejecutivo, existen todavía demasiadas (autoridades) que escapan a los instrumentos de

²³⁶ "Council of Civil Service Unions contra Minister For the Civil Service (1985). Se estimó que como principio general, el ejercicio de estos poderes estaba sometido a la Revisión Judicial igual que al ejercicio de los poderes legales; pero había algunas excepciones la cuestión controvertida del caso era si podía revisarse o no una resolución del Primer Ministro que privaba, sin consulta previa, a ciertos funcionarios del derecho de sindicación. Claramente según el principio general, tal resolución era revisable, pero se tomo con el derecho de prerrogativa que tiene la Corona de realizar los actos que sean necesarios para el interés nacional." Ibidem, p. 127.

control, de tal forma, que no se puede hablar de un efectivo Estado constitucional de derecho en el Reino Unido de la Gran Bretaña, no se puede hablar cuando todavía siguen y perduran zonas de impunidad.

d.- Habeas Corpus.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña la libertad de las personas está resguardada y protegida por la figura jurisdiccional del *habeas corpus*, la cual consiste en un mandamiento escrito dirigido a la autoridad judicial, en donde estas quedan obligadas a fundar y motivar las causas de privación de la libertad; dicha figura se encuentra contenida en la *Ley Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de Mayo de 1679, debido a esto, la persona que se encuentre privada de su libertad, (debido a los sustentado por Blackstone de que el rey tiene el derecho de saber porque se les priva de la libertad a los gobernados) y, que haya solicitado un *habeas corpus* ante el Tribunal del Banco de la Reina (y en su momento sea portadora) de forma tal que la presente ante la autoridad que la ha privado de su libertad, ésta deberá dar contestación, motivando su proceder ante el tribunal o juez que haya expedido el *habeas corpus*: Quienes se encuentran facultados para expedir el *habeas corpus* son: El Canciller del *Exchequer*, el *King's Bench* y el Tribunal del *Common Pleas*, pudiendo proceder contra los actos de la Corona y, en contra de los particulares ante cualquier forma de detención.

El detenido tiene la facultad de dirigirse al *Lord Chancellor*, al juez o magistrado en escrito por si mismo o, a través de su representante, debiendo presentar las copias del auto de prisión o prestar juramento de que le fueron negadas.

Una vez otorgado el *habeas corpus* (que deberá contener la leyenda "*Per Statum Tricesimo Primo carola Regis*") y llevar la firma de quien lo expide), el reo será remitido al *Lord Chancellor* haciendosele saber las causas de privación de la libertad; la autoridad a quien se remita deberá ponerlo en libertad en el plazo de dos días, el cual una vez puesto en libertad no puede ser detenido por el mismo

delito excepto sea detenido en virtud de un mandamiento emanado del tribunal ante quien deba comparecer.

El detenido para que sea puesto en libertad deberá otorgar garantía; no pudiendo salir aquel detenido condenado a prisión o sea culpable de traición menor o felonía; en la hipótesis de que una persona en dos plazos descuide la petición de *habeas corpus* esta no se concederá en época de vacaciones.

Los vicios que se pueden generar por virtud de la conducta de las autoridades pueden ser las siguientes, que no respondan al mandamiento de un *habeas corpus*; que en un plazo de seis horas no expidan la copias del auto de prisión pudiendo el detenido interponer una acción personal ante el *Tribunal de Westminster*, el funcionario como consecuencia puede ser sancionado con una multa de cien o doscientas libras.

El *habeas corpus* es aplicable en el territorio de Inglaterra y demás territorios de la Corona.

Ningún súbdito podrá ser enviado preso a cualquier otro lugar, si se hace, la prisión será ilegal, ante tal supuesto el preso puede interponer en contra de las autoridades una acción de prisión ilegal, pudiendose derivar una indemnización en su favor y a su vez se le inhabilite a quien libró, refrendó u obedeció la orden de envío.

PHILIP S JAMES recalca que no ha habido reformas importantes sobre la figura resguardadora de la libertad de los Ingleses, sólo la que se llevo a cabo y por conducto de la Ley de Administración de Justicia de 1960, “Cuando se remite la solicitud a un solo juez, este no puede rechazarla, y si considera que debería ser rechazada, debe remitirla a un tribunal divisional del Alto Tribunal, sólo puede hacerse una solicitud, salvo que nuevas pruebas justifiquen una segunda”.²³⁷

²³⁷ Ibidem, pp. 134-135

D México

1.- Instrumentos de control político

a.- Iniciativa

La facultad de iniciativa la detenta el presidente de la República, los diputados, senadores, las entidades federativas, regulada en el artículo 71 fracción I, de la Constitución mexicana, el Distrito Federal por disposición expresa en el artículo 122,IV.f., los ciudadanos sólo en dos hipótesis previstas en los artículos 109 y 73.III.1.

A partir de la Constitución de 1917 y hasta hace algunos años la mayoría de las iniciativas legislativas procedían del Poder Ejecutivo, muy pocas en relación con la primera procedían del Congreso, teniendo como consecuencia que las iniciativas procedentes del Ejecutivo tenían menos complicación de que fueran aprobadas que las presentadas por los miembros del Congreso, esto es explicable.

Las relaciones en un sistema parlamentario, presidencialista o semipresidencialista, pueden variar en función de las mayorías partidistas que detentan los poderes constituidos encargados de la iniciativa legislativa.

Desde 1917, sin duda el presidente de la República fue quien detentaba una hegemonía partidista lo que se traducía en una mayoría en el Congreso de la Unión, ante dicha situación resultaba lógico que las iniciativas emanadas del

Ejecutivo fueran en proporción mayor que las emanadas del Congreso por un lado y por otro, también resulta lógico que las iniciativas legislativas del titular del Ejecutivo llegaran a aprobarse en el sentido sustentado por este,²³⁸ de tal manera, que en realidad no se ejercía ningún medio de control político sobre la facultad de iniciativa del presidente.

Con posterioridad y particularmente en la LVII legislatura el presidente de la República se veía ante la dificultad de no tener una mayoría absoluta, lo que inclinaría a sacar las iniciativas de ley a partir de la negociación, un medio de destrabe sin duda alguna en cuestiones de contacto entre poderes, no muy eficaz por cierto, pero que ha hecho notar la falta de negociación política del presidente de la República y de todos sus colaboradores; de tal forma que durante la LVIII legislatura se han obstaculizado los proyectos de iniciativa del presidente en mayor medida, además de que sus proyectos son modificados en gran parte quedando completamente cambiados al momento de ejercer el veto; podríamos hablar de un control que está ejerciendo el Congreso de la Unión o nos encontramos ante una situación de bloqueo por parte del mismo como una estrategia para desacreditar la actividad gubernamental del presidente, lo cual sería poco ético, así como contrario a los intereses de la nación, ya que, los mayormente afectados serían los gobernados por no poder gozar de los beneficios que traerían tales iniciativas; esperamos que no sea esta la tesis que impere en el Congreso de la Unión; por otro lado podría prevalecer la hipótesis de que efectivamente se está llevando un medio de control político eficaz, sobre las iniciativas del presidente, como consecuencia de que ya no detenta la mayoría en el Congreso.

Pero, la realidad nos demuestra que el presidente de la República y particularmente sus políticas gubernamentales no han podido pasar, de tal modo,

²³⁸ “La realidad es que las reformas constitucionales o legales con mayores probabilidades de aprobación por el Constituyente Permanente o por el Poder Legislativo, en su caso son las procedentes del Poder Ejecutivo Federal.” De La Madrid Hurtado, Miguel, *El ejercicio de las facultades presidenciales*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 1998, p. 4.

que dicha conducta ha repercutido en el país originándose un desequilibrio en México; los poderes no saben como resolver sus diferencias; lo más triste, es que el Congreso se haya vuelto una ámbito en donde se está dando la lucha de partidos; se ha partidizado el Congreso, lo que no ha permitido avanzar todo el sistema, el sistema mexicano se encuentra en serios problemas.

Con un candidato en el Poder Ejecutivo distinto al que hasta entonces fue del partido oficial, podemos observar a un Congreso y un Ejecutivo que ejercen los controles para la lucha por el poder y en el ejercicio del poder, desvirtuando su objetivo y finalidad para los que fueron creados; un Congreso renuente a colaborar con el Ejecutivo y un Ejecutivo basado en la descalificación, originando con su conducta una desconfianza extrema en el electorado y ciudadanía; poderes que no saben que hacer en un sistema de cohabitación.

La Constitución de México debe prever mecanismos políticos o jurídicos de destrabe, es decir, que lleven como finalidad darle celeridad a los actos de las cámaras y del presidente, este último por no gozar de mayoría en el Congreso; los instrumentos de destrabe deben ser considerados en favor de un arbitro en la hipótesis en que se quieran insertar controles políticos, debiendo actuar en la face de inicio cuando se presenta la iniciativa, y durante el procedimiento legislativo en las cámaras. Debido a lo anterior, tiene que ser replanteado el procedimiento legislativo ordinario, en nuestro país.

Esto permitirá limar asperezas entre los poderes constituidos; se ejercerá un mejor control sobre estos y, a su vez, favorecerá la marcha de nuestro sistema constitucional mexicano, propiciando celeridad en las políticas gubernamentales.

Particularmente somos partidarios de los medios jurídicos que deben establecerse; estos tienen que tener como finalidad que una iniciativa llegue a buen puerto ya sea del Ejecutivo o del Legislativo, porque la falta de una mayoría homogénea que venga a dar estabilidad, hace inservible o casi nula la negociación

o la salida por vía política, por lo tanto, la Constitución debe ser capaz de crear los cambios y la superación debe ser por vía jurídica, como así lo ha demostrado el sistema francés.

b.- Veto

Como parte del proceso legislativo, el presidente de la República en México ejerce un medio de control político sobre el Congreso de la Unión; el medio de control es el veto suspensivo que puede ejercer sobre las leyes.

El veto suspensivo consiste en que una vez votada la ley o el decreto en las dos cámaras la de origen y la revisora, se la remitirán al titular del Ejecutivo para que en un plazo de diez días posteriores a su presentación ante este, haga las observaciones que considere prudentes.

Los motivos que llevan al Ejecutivo a ejercitar dicha facultad, pueden ser las siguientes: Por revanchismo político, lo que constituiría una facultad que daña al sistema sin beneficiarlo, en cambio puede hacerlo como un medio de control en contra de la legisladora que es lo más acertado y benéfico para el sistema, ejercitando el control por diversos motivos o cuestiones, algunos de ellos, los ha hecho notar el Dr. BURGOA ORIHUELA,²³⁹ en un mismo sentido se ha pronunciado el Dr. CARPIZO.²⁴⁰

²³⁹ “Además y esto acontece frecuentemente en la práctica, los proyectos de ley que emanan del Presidente de la República, por el mejor conocimiento de causa que su formulación supone, son los que menos errores, absurdos o aberraciones contienen, permitiendo su confección serena y desapasionada una mejor sistematización de las normas que comprende, sin motivarse, por lo general, en la demagogia política que suele matizar a los que provienen de los diputados o senadores.” Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Séptima edición, México, Porrúa, 1989, p. 776.

²⁴⁰ “a) Evitar la precipitación en el proceso legislativo, tratándose de impedir la aprobación de leyes inconvenientes o que tengan vicios constitucionales.

b) Capacitar al ejecutivo para que se defienda “contra la invasión y la imposición del legislativo”.

c) Aprovechar la experiencia y la responsabilidad del ejecutivo en el procedimiento legislativo.” *Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Decimoquinta edición, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 3229.

Teniendo en cuenta que el presidente no puede vetar una ley o un decreto en su totalidad, más bien, lo único que puede hacer son observaciones, que pueden o no tomar en cuenta los legisladores.

En caso de veto, el presidente a través de sus observaciones les hace notar porque está en contra de la ley y razón por la que ejerce la facultad, para el caso de que desatiendan las observaciones del presidente y se apruebe el proyecto a través de dos terceras partes, aún cuando se hable de imposición no podrá hacer nada.

Una vez que ha sido remitido el proyecto de ley o decreto a las cámaras para su nuevo estudio; en el caso de que la voten por dos terceras partes de miembros presentes en ambas cámaras, se pasará a su promulgación, sin que el presidente pueda ejercer su facultad de veto nuevamente, es decir, que a través de dicho requisito formal puede ser superado el veto del titular del Ejecutivo.

El presidente puede ejercer el veto de conformidad con el artículo 72 de la Constitución mexicana; aunque ella misma impone límites materiales, porque al momento de ejercer dicha facultad de control político en algunas cuestiones, está impedido para ejercerlo entratándose de materias propias de las cámaras (aunque se acaba de presentar un conflicto en materia de aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación) ni de la Comisión Permanente, ni en contra del Congreso como cuerpo electoral o jurado de enjuiciamiento, tampoco cuando el Congreso se reúne en asamblea única.

La problemática que presenta el veto del Ejecutivo, es, que aún cuando haga observaciones, si las cámaras que detentan mayoría lo quieren, pueden superarlo por la formalidad de dos terceras partes, sin que se pueda hacer algo.

Es algo sumamente contrario al control del poder, ya que la finalidad es que se controle al Congreso, lo cual implica que sea eficaz el control, no de forma

temporal y poco útil, pero esto sucede al momento de darle el medio para superarlo a las cámaras.

Podría explicarse el medio de superación del veto, si el presidente lo utiliza para estancar el proceso legislativo o como medio de obstaculizar las labores del Congreso, pero no se entiende la superación, cuando el veto se utiliza como medio de control, en este caso, el presidente está cumpliendo con su función de que el poder controle al poder, lo cual el medio de superación sería un instrumento que acrecenta el poder arbitrario del Congreso, si no toma en cuenta las observaciones del Ejecutivo.

Con esto no queremos indicar que nos inclinamos porque tome obligatoriamente el Congreso en cuenta las observaciones.

Pero deben de existir los medios adecuados que los lleven a adoptar una posición intermedia que equilibre las dos posturas, de esa forma, podría hablarse de un control útil y eficaz, no así, cuando el Congreso se impone por el número, sin motivo o argumento con peso alguno, propiciando tal vez el consenso, pero repercutiendo desfavorablemente en el control, lo que implicaría la arbitrariedad, consecuencia parte de una de las patologías que aquejan a los sistemas democráticos.

Debería instaurarse un órgano que reconsidere la dos posturas sobre las cláusulas en donde se diverge y tratar de conciliarlas, para en un futuro evitar que se sigan dando los roces que poco benefician y mucho perjudican al sistema jurídico mexicano.

No se puede sostener una postura irracional de presentar un veto absoluto sobre la legislación del Congreso, las personas que se inclinan sobre el veto absoluto que no pueda ser superado, no tienen conocimiento de lo dañoso que puede resultar al sistema, por un lado, aumenta las diferencias entre el Congreso

y el presidente y, por el otro, no se cumple con el objeto del poder, de que el poder controle al poder pero que no sea obstáculo del poder mismo.

Sobre el veto parcial como sucede en algunas entidades federativas de Estados Unidos, sin que se encuentre previsto en materia federal, podría traer beneficios; es un medio que permite que comience a regir una disposición sobre las cuales no existe diferencias entre Congreso-Ejecutivo, un medio que permite dar celeridad y destrabar los obstáculos que pueden surgir por razón de divergencias.

c.- Sesiones

Una sesión es aquella en donde el legislador cumple su papel encomendado por la Constitución, es así, como de forma temporal el legislador tiene que cumplir con su empresa por disposición constitucional y el plazo que tiene para efectuar sus labores legislativas; el primero va del primero de septiembre al quince de diciembre, prolongándose cuando se trata de cambio de titular del Ejecutivo hasta el treinta de diciembre; el segundo periodo va del quince de marzo al treinta de abril.

El control que ejerce el Poder Legislativo en la actualidad es importante, sin duda alguna, debido a los cambios que se han dado después de las elecciones del año 2000, con partidos diferentes que detentan mayoría en sendos poderes constituidos, de tal forma, que se hace realidad lo que ya con anterioridad había señalado el Dr. VALADÉS: “La sola actividad de las cámaras es, en sí, un valioso mecanismo de control”.²⁴¹ La ampliación del plazo ordinario de sesiones es una garantía, en donde el control se ha trasladado de la opinión pública al Congreso, retomando este último uno de sus papeles básicos de acuerdo con el principio de equilibrio de poderes; donde la sola actuación de las cámaras significa un instrumento de control, claro, ahora más, debido a que la mayoría en el Congreso

²⁴¹ Valadés, Diego, Op. Cit., p. 379.

no la detenta el partido del presidente se ha ampliado el control del Poder Legislativo.

No se equivocó en su momento el Dr. DIEGO VALADÉS, pues. en la actualidad el control que ejerce el Poder Legislativo por conducto de sus miembros parlamentarios, ha inducido al presidente de la República a que actúe con cautela.

Es cierto que se ejerce un control sobre el presidente de la República por conducto de la ampliación del periodo ordinario de sesiones, no obstante un periodo extraordinario no se puede realizar por mera disposición del Poder Legislativo o por única voluntad del Poder Ejecutivo,²⁴² es en este momento en donde se actualiza un medio de control político, en contra de los dos poderes, evitando por un lado la extralimitación del Legislativo y por otro evitando que sea dañino a la relación Ejecutivo-Legislativo, debido a lo anterior, es la Comisión Permanente la única facultada para abrir un periodo extraordinario de sesiones, en la cual el presidente de la Comisión deberá de justificar los temas a tratar en la sesión que se ha abierto, sin poder debatir sobre temas que no hayan sido previstos por él en la convocatoria correspondiente.

La atribución de la Comisión Permanente es básica, y por cierto muy eficaz, una de las muchas bondades que contiene nuestra Constitución y que permiten la celeridad de los trabajos parlamentarios evitando diferencias entre los poderes constituidos, así, como la extralimitación del Legislativo o el abuso que pudiese haber hecho el Ejecutivo si fuera parte de sus atribuciones; asimismo el periodo de sesiones ordinario, ha hecho más viable y eficaz el control del Legislativo sobre el Ejecutivo.

²⁴² “Es menester señalar que la razón en virtud de la cual la agenda de los periodos extraordinarios pudiese ser restringida, es con el fin de evitar que el Congreso de la Unión se reúna de forma prolongada, sin un objeto determinado y en perjuicio del ejecutivo federal”, Quiroz Acosta, Enrique, *Lecciones de derecho constitucional*, Segundo Curso, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 169.

Cabe sostener que es un buen medio de control a favor de la Comisión Permanente y en beneficio de las relaciones entre los poderes constituidos, sin embargo no es suficiente; nuestro sistema constitucional necesita urgentemente medios de superación de puntos de contacto, como lo es el del periodo extraordinario de sesiones que permite y da celeridad a los trabajos parlamentarios en caso de que se requiera; evita la extralimitación del Poder Legislativo para que amplíe el plazo cuando quiera por razones poco serias o bajo el supuesto de un trabajo que resultará infructífero; se evita el roce entre el Poder Ejecutivo y Legislativo; de ahí que nos pronunciemos por dicho excelente medio de control no visto por varios teóricos.

La ampliación del periodo ordinario de sesiones y la activación de las cámaras que ejercen un verdadero control dan pauta a que se pueda insertar la figura para que en un orden del día y un día al mes se fije para efectos de hacer preguntas al titular del Ejecutivo Federal, de esta manera, se acrecentaría el control sobre el Ejecutivo sin perjuicio alguno, tal vez no vinculante, pero que si puede repercutir una mala política gubernamental transmitida en los medios en el electorado, fincándole en el momento del voto una responsabilidad, resintiéndolo el partido al que pertenece.

d.- Informe presidencial

Por disposición constitucional, en la apertura de sesión ordinaria que es el 1 de septiembre, el presidente de la República tiene la obligación de presentar un informe sobre la situación que guarda la administración pública de México, una vez que la ha presentado, deviene una contestación por parte del presidente del Congreso de la Unión.

Sobre el punto se han presentado dos posturas: La primera expresa que el presidente tiene la obligación de presentarla por escrito porque así lo considera la Constitución; la segunda, se plantea si el informe debe presentarse de forma oral.

Se ha sostenido que por disposición constitucional el presidente de la República no tiene obligación de presentar su informe de manera oral, con presentarlo por escrito es más que suficiente, ya que la Constitución no lo obliga.

Pero, aunque tiene la obligación de presentar su informe por escrito, en la práctica el titular del Ejecutivo lo ha venido haciendo de forma oral, llevándose un tiempo considerable en su informe,²⁴³ tal situación, ha llevado a considerar a algunos teóricos que se trata de una solemnidad.

Lo expresado es válido antes de que se llevaran a cabo cambios en nuestro sistema de poderes, porque con anterioridad no se llevaba o se ejercía ningún medio de control debido a que el presidente tenía mayoría partidista en el Congreso, lo cual es claro que quisiera llevar a cabo su informe de forma oral, además por otras cuestiones ya señaladas; sin embargo y como resultado de la pérdida del poder del partido hegemónico; ahora con un partido en el Poder Ejecutivo de oposición han cambiado las relaciones; en la actualidad el Ejecutivo no detenta una mayoría partidista en el Congreso, en consecuencia, ha cambiado, la relación Ejecutivo-Legislativo; hoy por hoy, el presidente del Congreso ha hecho la contestación contraria a lo sustentado por el presidente en su informe; no podemos negar que es un efectivo medio de control, porque el presidente del Congreso y de oposición partidista critica las medidas que adopto o adoptará el gobierno durante el periodo en que vaya su mandato hasta ese momento, mostrándose en contra de las políticas gubernamentales, sobre su programa general de gobierno y sobre los diferentes ramos de la administración.

²⁴³ “Los mexicanos estamos acostumbrados a que el 1 de septiembre el presidente de la república, en un ambiente de fiesta, con vallas en las calles por donde va a pasar para dirigirse al edificio de la Cámara de diputados, lea en esta ante el congreso un largo informe que tarda varias horas, y que es interrumpido en muchas ocasiones por aplausos estrepitosos. Cuando el Presidente de la república termina, el presidente de la Cámara de diputados le contesta, y ya sabemos que esa respuesta estará llena de elogios. Todo México puede actualmente ver y escuchar esta ceremonia por todos los canales de televisión y radio.” Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Tercera edición, México, Siglo veintiuno editores, 1983, p, 113.

No podemos evitar la realidad sobre las nuevas relaciones entre los poderes y a su vez, seguir sosteniendo como algunos teóricos faltos de visión lo han hecho, que no puede ponerse en cuestión y en duda todo lo relacionado con el contenido del informe de gobierno, porque iría en contra del principio de división de poderes; ni sostener que sólo sucede en un sistema parlamentario con un Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; ni argumentar casi sarcásticamente que por tratarse de una simple cortesía, al Ejecutivo no se le puede agradecer o reprobar las decisiones que tomó el gobierno; lo que parece algo serio y aberrante.

El Dr. DIEGO VALADÉS ha pronunciado que todo ello es superable, lo cual parece más lógico, y por lo tanto debemos cuestionarnos nosotros los teóricos “si, en un sistema presidencial, conviene que sea el propio presidente o debe ser otro el funcionario quien ofrezca respuesta a los planteamientos de los congresistas” continúa diciendo “conviene a los intereses de un sistema representativo que los representantes de la nación formulen cuestiones relacionadas con la gestión de gobierno” sigue diciendo “debe darse una diferenciación entre las tareas del presidente y las de un jefe de gabinete, a quien podrían quedar asignadas las relaciones directas con el Congreso”.²⁴⁴

Consideramos, que ahora con las nuevas relaciones entre los poderes, las preguntas emanadas de los parlamentarios serían un eficaz medio de control, ya que permiten que la opinión pública de toda la República se entere de la política gubernamental y, a su vez repercutan en beneficio o en perjuicio del partido del presidente en las votaciones; un control político del Congreso hacia el Ejecutivo, que trae como consecuencia la responsabilidad en las votaciones hacia su partido.

La respuesta al final del informe que da el presidente del Congreso es un medio de control eficaz que limitaría en mayor medida al Ejecutivo en la toma de decisiones desmedidas sobre su política gubernamental y durante su periodo de gobierno.

²⁴⁴ Diego Valadés, Op. Cit., p. 380.

Esta medida se complementaría con otra medida muy eficaz, las preguntas de los parlamentarios, sin duda alguna, emanadas de distintas fracciones partidistas de entre las cuales podremos encontrar a las minorías parlamentarias; ellas deben de tener derecho a cuestionar la política gubernamental hoy en día como parte de las democracias, de tal modo, que sería un útil medio de control.

Es cierto que en un sistema presidencialista el presidente no es responsable, dogma que hasta aún hoy prevalece; pero no se trata de si es o no responsable, lo importante, es la eficacia del control, debiendo por un lado rendir un informe y, por el otro, contestar a las preguntas de los parlamentarios.

Solamente de esta forma el presidente de la República se vería en la necesidad de tomar las decisiones más prudentes e idóneas para el país, en otro sentido, su propio partido se vería en la necesidad de presionar la política gubernamental a favor del pueblo mexicano; el presidente temiendo el control del Congreso y de los parlamentarios, y su partido temiendo la responsabilidad de que se le pueda fincar al contender en unas elecciones resultado de una mala política gubernamental que puede inclinar al electorado de manera decisiva a que vote en su contra.

En la actualidad el informe del 2005, duro muy poco, aunque se siguió dando por escrito y oralmente, con congresistas que se la pasaron lanzando dicitos e improperios al titular del Ejecutivo, propio de las personas estolidas y no razonables; es claro que han generado la desconfianza del electorado y la indiferencia, pero lo más desagradable, es que se ha presentado un proyecto cuya propuesta es la que el informe se rinda de ahora en adelante por escrito, no, no pueden cambiar una práctica de varios lustros y, no decimos esto porque continúe la solemnidad del titular del Ejecutivo, sino porque puede llegar a ser un medio de control eficaz donde la ciudadanía puede evaluar al gobierno.

e.- El informe, las preguntas y las comisiones de investigación.

Es innegable que en nuestro sistema impera el principio de equilibrio de poderes, que a su vez implica la colaboración entre los diversos poderes constituidos que conforman el sistema constitucional, sin que un poder esté limitado por su papel, al contrario, no es un obice para que desempeñe otras tareas.

De este modo, podemos observar que nuestra Constitución le otorga un papel de control al Legislativo, facultades que sólo se otorgarían en un sistema parlamentario pero que nuestra Constitución prevé determinados medios de control como instrumentos para mantener la solidez de nuestra administración pública en México y a su vez en beneficio del gobernado.

La teoría en México ha coincidido en que efectivamente las atribuciones previstas en el artículo 92 a favor del Poder Legislativo mexicano constituyen un medio de control,²⁴⁵ de tal forma que el Dr. FIX-ZAMUDIO, ha identificado tres medios de control de los cinco que son frecuentes en un sistema parlamentario,²⁴⁶ en un mismo sentido se ha pronunciado el Dr. BURGOA ORIHUELA cuando al analizar la exposición de motivos de la reforma de 1977²⁴⁷ nos hace ver que se

²⁴⁵ “Como un medio de control del Poder Legislativo sobre los actos del ejecutivo la constitución establece la obligación...” González Schmal, Raúl, *Programa de derecho constitucional*, México, Noriega Editores, 2003, p. 337.

²⁴⁶ “Los medios de control de gestión son, principalmente, los siguientes: a) los informes; b) las preguntas; c) las investigaciones; d) las interpelaciones, y e) las mociones de confianza y censura. Algunos de estos medios no se aplican en el sistema constitucional mexicano, como son las mociones referidas y las interpelaciones propias de un régimen parlamentario.” Fix-Zamudio-Salvador Valencia, Op. Cit., p. 683.

²⁴⁷ “En la exposición de motivos de la citada iniciativa presidencial, se aducen razones muy atendibles que justifican la adición de referencia. “El desarrollo económico experimentado por el país en los últimos años, dice, ha provocado el crecimiento de la administración Pública, fundamentalmente del sector paraestatal, multiplicándose el número de organismos descentralizados y empresas de participación estatal. Acorde con el propósito de la reforma administrativa y con los ordenamientos que de ella han surgido, se hace necesario buscar formulas que permitan poner una mayor atención y vigilar mejor las actividades de dichas entidades.

“Con el fin de que el Congreso de la Unión coadyuve de manera efectiva en las tareas de supervisión y control que realiza el Poder Ejecutivo sobre las corporaciones descentralizadas y empresas de participación estatal, se agrega al artículo 93 de la Constitución, un nuevo párrafo, que, en caso de ser aprobado, abre la posibilidad de que cualquiera de las dos cámaras pueda integrar comisiones que investiguen su funcionamiento, siempre y cuando lo solicite la tercera parte de su miembros tratándose de los diputados, y de la mitad si se trata de los senadores. Esta facultad se traducirá en nuevos puntos de equilibrio entre la Administración Pública y el Poder Legislativo.” Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Op. Cit., p. 806.

reforzó la fiscalización y el control sobre áreas que formaban parte de la administración pública como consecuencia de la extensión de esta última, considerando que el presidente no podía llevar a cabo tarea semejante de control y fiscalización, ante tales situaciones, se determinó que también participara el Poder Legislativo por conducto de comisiones de investigación.

El control sobre el Poder Ejecutivo se ejerce por conducto del Poder Legislativo por medio de diferentes instrumentos, de entre los cuales podemos señalar: Los informes, las preguntas y las comisiones de investigación.

Con anterioridad, señalábamos que el presidente de la República tiene la obligación en la apertura ordinaria de sesiones de acudir a rendir un informe, igual obligación concierne a los secretarios de Estado y, a los jefes de departamento administrativo, (en la actualidad estos últimos ya no existen), quienes tienen la obligación de rendir un informe sobre la situación que guarda la rama que administran ante el Congreso de la Unión; debemos entender que los secretarios de Estado actúan por disposición del titular del Ejecutivo y no por disposición particular, esto último llevaría a romper la unidad, elemento imprescindible del Poder Ejecutivo; es de destacarse lo que expresa el Dr. BURGOA ORIHUELA, al señalar que el Congreso funge como revisor de los actos que desempeña el Poder Ejecutivo por conducto de sus secretarios de Estado.

El segundo instrumento de control de que dispone el Congreso y que se ejercita por conducto de las cámaras; es que estas pueden citar a los secretarios de Estado, al procurador general de la República, a los jefes de departamentos administrativos, a los jefes o administradores de los organismos descentralizados federales o de las empresas estatales mayoritarias. Dicho supuesto implica un informe técnico en donde las "Cámaras Legisladoras deben estar bien informadas para discutir las iniciativas de ley que se formulen en relación con cualquier ramo de la administración pública, a fin de que el ordenamiento que expidan recoja la

temática y la problemática que se sucite en dicho ramo”,²⁴⁸ además de que los servidores públicos de menor rango tienen la obligación de acudir ante alguna de las cámaras si tuvieran información indispensable en la creación de una ley.

El tercer instrumento de control lo ubicamos en la facultad con que cuenta el Congreso para crear comisiones de investigación; donde la investigación procede por votación de una cuarta parte de la Cámara de Diputados o una mitad de la Cámara de Senadores con la finalidad de indagar el funcionamiento de las empresas de participación estatal mayoritaria y de los organismos descentralizados, y cuyos resultados de la misma, se harán llegar al titular del Ejecutivo para que en su momento tome las medidas necesarias.

Diferentes tratadistas han hecho aportaciones muy valiosas respecto de las instituciones en tratamiento con el objetivo de disponer en un futuro de un mejor instrumento de control político, es así; como podemos destacar las que ha hecho el Dr. FIX-ZAMUDIO con relación a las comisiones de investigación y particularmente sobre quienes se ejerce, sosteniendo lo siguiente: “Habría que hacer notar respecto de las investigaciones, que es un procedimiento todavía limitado, que es necesario ampliarlo para fortalecer la función de control del legislativo sobre el ejecutivo tan necesaria en el país”. En este sentido, el Dr. FIX-ZAMUDIO y el Dr. DE VEGA GARCIA han elogiado al Dr. VALADÉS DIEGO, “al distinguirse por su pluma” y en la forma en que trata de darle solución a los problemas, a lo que le anexo, su forma de abordar la problemática, por lo tanto, sobre el punto el Dr. DIEGO VALADÉS se cuestiona sobre quien puede ser investigado y como se puede realizar la investigación, sobre la primera se pronuncia en que existe el secreto oficial, el profesional y el instructorio que se contraponen con el derecho a saber que tiene la sociedad, lo cual, aunque parezca contradictorio no lo es; señala, si bien es cierto que el secreto en las sociedades abiertas de la que nos habla KARL. R. POPPER es viable en las

²⁴⁸ Ibidem, p. 805.

democracias consolidadas, en tanto que en las sociedades cerradas obstaculiza su desarrollo democrático.

Asimismo, se pronuncia en que quienes deben de ejercer el control deben ser las minorías, algo que ha sido mantenido por el sistema parlamentario inglés, donde las minorías parlamentarias son quienes constituyen la oposición y ejercen el control en el Parlamento con respecto a quienes detentan las mayorías, esperando en un momento dado la caída de la mayoría imperante, para entrar a gobernar, de ahí que se diga que dicha mayoría día con día se gana el cargo.

Las desventajas se han dejado vislumbrar en el Congreso mexicano con mayoría opositora al titular del Ejecutivo, de tal manera, que se han presentado problemas con respecto a las relaciones emergentes, pues “las comparecencias de los secretarios en las cámaras, con motivo de la glosa al primer informe de gobierno del presidente Fox (1 de septiembre de 2001), resultaron desvirtuadas e inútiles, por las repetidas agresiones verbales, que llegaron en algunos casos a la injuria, de que fueron víctima varios secretarios informantes por parte de los legisladores, especialmente el de Hacienda y el de Relaciones Exteriores”.²⁴⁹ Esto ha seguido sucediendo hasta el quinto informe.

Lo cierto, es que debido a las nuevas relaciones entre Legislativo y Ejecutivo, el sistema mexicano es un ámbito factible para que florezcan diversos instrumentos de control o en su defecto, los ya existentes se puedan mostrar eficaces.

De ahí, que nos pronunciamos, porque se fortalezcan los medios de control del Legislativo en contra del Ejecutivo, que pueden consistir en lo siguiente:

²⁴⁹ González Schmal, Raúl, Op. Cit., p. 338.

Ampliar el ámbito de indagación sobre más titulares de órganos o entes pertenecientes a la administración pública federal y dependencias del Ejecutivo.

Prever dos tipos de mecanismos de control de comisiones de investigación; es decir, que cuando exista mayoría en el Congreso diferente a la que tiene el presidente, sea ésta la que conforme las comisiones como hoy en día sucede; pero si el presidente tiene mayoría en el Congreso, en ese sentido que sea la minoría la que detente el control del poder en el Congreso y por conducto de comisiones de investigación.

Con relación al informe de los secretarios, parece conveniente que se tomen medidas serias y severas en contra de los legisladores que injurien a los secretarios incluso al mismo presidente de la República; es cierto no se puede restringir el derecho de pronunciarse sobre la política gubernamental y el desempeño de los que la ejercen, pero esto, no es elemento para que se les denigre en el recinto del Congreso; los congresistas pueden hacer una crítica pero en un ámbito de respeto, con argumentos racionales, no con palabraz soeces, ni dicerios del más bajo nivel; lo primero propio de un Estado constitucional, lo segundo impera en un Estado despótico; no se puede imponer por la fuerza bruta, pero si por la fuerza de la palabra.

El resultado por una mala política gubernamental debidamente publicitada, trae como consecuencia la inclinación del voto del electorado a favor de la oposición, de forma inmediata si se celebran elecciones o de forma mediata si se llevan a cabo con posterioridad, existiendo una responsabilidad política.

f.- Los controles financieros.

Es bien conocido por los doctrinarios del Derecho anglosajón (así nos lo hacía ver el Dr. LOPEZ MONROY en sus clases de Derecho anglosajón, en la Facultad de Derecho de la UNAM) que particularmente, quien detenta el control de las fuerzas armadas es el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial tiene el control en sus resoluciones y el Poder Legislativo tiene el control de la bolsa, de esta forma, coincide totalmente con la línea que ha tomado nuestra Constitución, en donde teórica y prácticamente el control financiero lo ejerce el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

Efectivamente, el Poder Legislativo en México ejerce el control financiero en contra del Poder Ejecutivo por conducto de cuatro instrumentos de control político, de entre los cuales podemos señalar los siguientes: a) aprobar el presupuesto de egresos; b) aprobar la ley de ingresos; c) La fiscalización de la cuenta pública; y d) establecer las bases sobre las cuales puede el Ejecutivo celebrar empréstitos.

Con respecto al presupuesto de egresos el único que puede proponer la iniciativa sobre este, es el presidente de la República, quedando excluida para tal efecto la Cámara de Diputados, ya que, es la única facultada para aprobarlo más no implica su creación; asimismo es de destacarse que por disposición constitucional cualquier órgano se encuentra impedido para hacer un gasto que no se encuentre previsto por el presupuesto, por lo tanto, para efectos de que quiera llevarse a cabo un gasto en un futuro que no se encuentre previsto en el presupuesto de egresos, se tendrá que autorizar por disposición de una ley, de tal manera, que se permitirá la actuación de las dos cámaras. Asimismo cuando se “omita en el presupuesto la remuneración de aquellos empleos establecidos por ley se tendrá por señalada la que hubieren tenido en el anterior”.²⁵⁰

²⁵⁰ Fix-Zamudio-Salvador Valencia, Op. Cit., p. 687.

Sobre la ley de ingresos el único que puede proponer la iniciativa es el Poder Ejecutivo y, el encargado de aprobarlo es el Congreso de la Unión, en este caso participan las dos cámaras, la de Diputados como de origen y la de Senadores como revisora, lo cual nos lleva a deducir que es una verdadera ley, por lo tanto, seguirá los tramites que corresponden a las demás leyes, la única excepcion es la prevista en el artículo 72 inciso h.

En tratándose de la facultad de revisión de la cuenta pública, ésta le corresponde a la Cámara de Diputados, en un principio se hizo por vía administrativa a través de la Secretaria de la Contraloría General de la Federación,²⁵¹ con posterioridad se hará por conducto del Poder Legislativo a través de la Contaduría Mayor de Hacienda, la primera se suprimió porque no tenía la independencia necesaria, la segunda por no contar con la autonomía suficiente, debido a lo anterior, a partir de las iniciativas presentadas en 1995 1996, 1997 por las distintas fracciones partidistas,²⁵² se llevaron a cabo reformas a los artículos 78, 79 y 73 fracción XXIV de tal forma, que hoy la Cámara de Diputados cuenta con la Entidad Superior de Fiscalización, a quien se la ha dado la autonomía técnica y de gestión, la cual encuentra su regulación legal, en la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, publicada el 29 de diciembre de 2000.

La finalidad de la Entidad Superior de Fiscalización, es la de verificar que se hayan recabado las contribuciones cuya obligación recae en los gobernados de forma adecuada y conforme a lo que disponga la ley de ingresos y la erogaciones realizadas se hayan apegado a las permitidas expresamente en el presupuesto de egresos o en su defecto las que hayan sido permitidas por virtud de una ley en un

²⁵¹ “La Secretaria de la Contraloría Mayor de la Federación a la cual se le agrego después la expresión Desarrollo Administrativo, se creo por reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada el 19 de diciembre de 1982.” Ibidem, p. 689.

²⁵² “Para responder a las preocupaciones de un control más estricto de gasto público, se presento, con fecha 28 de noviembre de 1995, una iniciativa presidencial para establecer un órgano que se denominaría Auditoria Superior de la Federación, que estuvo sujeta a un prolongado debate por los partidos y las fracciones parlamentarias. Mas tarde, se presentaron también iniciativas del Partido Acción Nacional y del Partido de la Revolución Democrática, aquella del 2 de abril de 1996 y esta del 2 de abril de 1997.” Ibidem, p. 690.

futuro, pudiendo llevar a cabo visitas domiciliarias o investigar la conducta activa u omisiva que tengan como consecuencia irregularidades o sean ilícitas.

En un mismo sentido, verificará que de los ingresos y egresos se haya hecho un manejo, una custodia y se hayan aplicado de forma adecuada, así, como se hayan llevado a efecto los objetivos contenidos en los programas correspondientes, disponiendo de la atribución para verificar el manejo de los recursos federales que lleven a cabo las entidades federativas, municipios y particulares.

En el desempeño de la verificación, puede requerir información a la Federación, entidades federativas, municipios o particulares sujetos de la fiscalización, por conducto de los representantes correspondientes sobre la materia que se este fiscalizando.

Una vez que ha llevado a cabo la fiscalización debe de entregar su informe a la Cámara de Diputados, teniendo como fecha límite de entrega el 31 de marzo y, en caso de que haya responsables, fijar las penas pecuniarias independientemente de otro tipo de responsabilidades que puedan surgir, de las cuales deberá dar parte a la autoridad competente.

Sobre los empréstitos, el Congreso de la Unión participa en el establecimiento de las bases sobre las que se puede celebrar, en la autorización de estos y en reconocimiento, así, como en el de mandar a pagar la deuda nacional.

En este sentido podemos apreciar como el control del poder se ejerce del Legislativo hacia el Ejecutivo, aprobando el presupuesto de egresos facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, en la aprobación de la ley de ingresos, facultad exclusiva del Congreso, en la fiscalización de la cuenta pública de la Cámara de Diputados por conducto de la Entidad Superior de Fiscalización, así,

como en el establecimiento de las bases y en la aprobación de empréstitos y de mandar a pagar la deuda nacional.

Se han presentado diversas problemáticas respecto de los puntos en tratamiento, sobre el presupuesto de egresos particularmente, debido a que hoy en día se han recrudecido las relaciones entre los poderes constituidos; en la intención de sacar una iniciativa de ley antes del 31 de diciembre se han presentado múltiples conflictos, de tal modo, que ha llevado a presentar a diversos tratadistas soluciones temporales, no definitivas sobre el conflicto entre poderes, con relación a la aprobación del presupuesto, en este sentido se ha pronunciado MIJANGOS BORJA,²⁵³ en el Derecho comparado existen dos mecanismos, la prorroga del presupuesto en el ejercicio anterior, sistema denominado la reconducción del presupuesto o procedimientos alternativos como la concesión de créditos provisionales.

Por otro lado, el Dr. FIX-ZAMUDIO²⁵⁴ se ha pronunciado a favor de compaginar el presupuesto de ingresos y egresos con la finalidad de que este último detente la naturaleza de ley, lo que haría participe al Senado, considerando la posibilidad de rechazo del presupuesto (parece ser que considera el veto del Ejecutivo) lo cual provocaría un conflicto de poderes, proponiendo la vía del diálogo para su solución.

Otra problemática que se presentaba, era que los empréstitos aunque eran efectuados sobre el marco de la Constitución, se hacían de manera discrecional, debido al pronunciado presidencialismo.

Otra de las problemáticas que se había presentado, era con relación a la Contaduría Mayor de Hacienda, hoy Entidad Superior de Fiscalización; confiamos

²⁵³ Mijangos Borja, María de la Luz, *Control del Gasto Público*, Boletín Mexicano del Derecho Comparado, num.87, septiembre-diciembre de 1996, p. 970.

²⁵⁴ Fix-Zamudio-Salvador Valencia, Op. Cit., p. 688.

en que haya sido resuelta por virtud de la reforma a la Constitución y la expedición de su ley reglamentaria.

Sobre la problemática del presupuesto; consideramos necesario que se amplié el plazo de sesiones por un lado y, por otro, que la apertura de los mismos inicie antes del primero de septiembre, lo que generaría que los puntos de contacto se pudieran solucionar por la vía política. Se deberán otorgar plazos específicos en la aprobación del presupuesto de egresos y de ingresos a las dos, un plazo de aprobación para la Cámara de Diputados y otro para la Cámara de Senadores; en el caso de que no se pongan de acuerdo, entonces prever mecanismos de solución ¿porqué no?, considerando que pueda formarse una Comisión Mixta que lleve como finalidad la superación del obstáculo, en el caso de que falle (la comisión mixta) entonces considerar la posibilidad que pueda entrar por virtud de un decreto presidencial.

La nueva problemática que tiene que ver con el presupuesto de egresos, es que en un principio se consideró por la doctrina que no podía ser motivo de veto del Ejecutivo; sin embargo, el titular del Ejecutivo ha hecho lo contrario, presentandose una controversia constitucional, en donde desde nuestra perspectiva se le debió de haber negado la posibilidad al presidente para vetar el presupuesto de egresos; empero, la Corte decidió otorgarsela; aunque también le otorgó a la Cámara de Diputados la potestad para superarlo.

Sobre la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, no hemos podido ver los efectos que se han producido en su totalidad, de tal manera, que sería un poco aventurado establecer soluciones; consideramos ser perseverantes de como se desarrolla el control, si surte los efectos deseados o no los surte llevar a cabo las reformas necesarias en las dos hipótesis, para hacer más eficaz el control.

En materia de empréstitos, sin duda alguna con anterioridad se daban con discrecionalidad, aún cuando estaban los medios de control, estos no se activaban por virtud del presidencialismo hegemónico; en el presente se han actualizado los controles porque se ha terminado la etapa de partido hegemónico y en donde prevalecen mayorías diferentes en el Poder Legislativo y Ejecutivo, tal fenómeno ha traído como consecuencia que se activen los controles. Consideramos que la institución es la correcta, pero se puede mejorar, porque habrá de considerarse que se puede dar un gobierno monista, ante tal hipótesis, considero entonces que se lleve a cabo una reforma constitucional para efectos de que quien autorice los empréstitos no sea el Congreso, sino se exija la ratificación del Poder Judicial.

g.- La suspensión de garantías.

El principio de Estado constitucional debe prevalecer frente a cualquier autoridad, así, como frente a cualquier gobernado, los cuales están; obligados a acatar y conducirse de acuerdo a lo que dispone la norma primaria, en este sentido, nuestra Constitución es la ley fundamental que protege a su vez los derechos humanos de los mexicanos, no obstante y acorde con la misma, estos se pueden restringir o en un momento dado se pueden suspender de conformidad a las condiciones que la Carta Magna establece.

Nuestra Constitución prevé determinadas hipótesis que pueden llevar al Estado a suspender los derechos humanos, dichos supuestos los podemos ubicar en el artículo 29 de la Constitución mexicana, de entre los cuales podemos señalar los siguientes: a) cuando se trate de una invasión; b) en el caso de perturbación grave a la paz pública; c) o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

Un estado de suspensión de los derechos humanos, nos llevaría a hablar de una dictadura temporal, tal criterio es absolutamente insostenible por diversas

medios de control y limitantes a que se enfrenta el titular del Ejecutivo durante la etapa previa a la suspensión de los derechos humanos, en México.

El presidente de la República es el encargado de iniciar el procedimiento de suspensión de garantías individuales, es decir, es quien tiene la iniciativa; con posterioridad enfrentará a dos medios de control, tal vez un poco limitados y subordinados los que ejercen el primer medio, no así hablando del segundo.

El presidente de la República deberá obtener el acuerdo de los secretarios de Estado, los jefes de departamento administrativo y, el del procurador general de la República, en el caso de que no obtenga el acuerdo de alguno no podrá seguir su curso el procedimiento; aunque por lo regular se ha sostenido que ninguno se negará a refrendar el procedimiento de suspensión que ha iniciado el Ejecutivo Federal, si existiese oposición por parte de sus colaboradores bastaría con que los destituyera y nombrara otro.

Así las cosas, el decreto emando del Ejecutivo y acordado en sentido positivo por sus colaboradores deberá ser aprobado por el Congreso o en caso de que no se encuentre en funciones por la Comisión Permanente, es aquí donde se ejerce un verdadero control sobre las determinaciones del presidente de la República, debido a que el Congreso o la Comisión Permanente pueden no aprobar el decreto de suspensión de los derechos humanos.

Además del medio de control intraorgánico administrativo que se ejerce de forma atenuada y se da un medio de control interorgánico por parte del Congreso que si es un efectivo medio de control es donde el presidente en su decreto se ve sometido a diversas limitantes materiales, de entre las cuales podemos señalar las siguientes: a) tiene que señalar en el decreto el tiempo de duración o establecer las bases que lleven al legislador a determinar su expiración;²⁵⁵ b) la suspensión

²⁵⁵ “Ante un fenómeno natural, el decreto de suspensión puede establecer una fecha exacta para levantar el estado de emergencia, por ejemplo: dos meses después del día en que se produjo un terremoto...Sin embargo hay eventos que no permiten definir una fecha precisa, por ejemplo: al

puede realizarse sobre determinado ámbito territorial o sobre todo el territorio;²⁵⁶ c) la suspensión debe prever situaciones generales, no situaciones individuales o de grupo, por lo tanto, deben expedirse prevenciones generales;²⁵⁷ e) se deben de señalar los derechos humanos que se van a suspender.²⁵⁸

El Congreso analizará estos requisitos que deberá cumplir el decreto, si es así, lo aprobará o en su defecto negará la aprobación; en la actualidad consideramos que en caso que se presentara, se efectuaría a cabo un control eficaz.

Considerando que en materia de suspensión de los derechos humanos se cuenta con medios de control eficaces intraorgánicos e interorgánicos, así como con diversas límites materiales a las que se enfrenta un decreto los cuales no son obstáculo para hacer más eficaz nuestra institución incitandonos a que presentemos a continuación mejoras que desde nuestra perspectiva se le pueden realizar.

declararse la guerra contra Alemania, Italia y Japón, en 1942, nadie podía saber el día en que concluiría el enfrentamiento armado ni siquiera si los vencedores serian los aliados o las potencias del eje. En estos casos, la obligación de precisar la limitación temporal de la suspensión se cumple señalando las bases que determinen esa limitación, por ejemplo, el Presidente Manuel Ávila Camacho satisfizo el requisito que examinamos al establecer el plazo de treinta días después de que concluyera la segunda guerra mundial como limite temporal de la suspensión que había decretado.” Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Séptima edición, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 269.

²⁵⁶ “La suspensión de garantías es una medida grave que sólo debe adoptarse en contados casos, por lo que no parece conveniente aplicarla en lugares donde no hay situación de emergencia, o los efectos de esta no son graves. Estas situaciones de peligro pueden amenazar al conjunto del país o sólo a una parte limitada de su territorio.” Los derechos del pueblo mexicano, *México a través de sus constituciones*, Historia Constitucional, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LV Legislatura, Cuarta edición, Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., Tomo V, México, 1994, p. 599.

²⁵⁷ “...está prohibido que se suspendan las garantías para uno o varios individuos determinados y ésto está en consonancia con el artículo 13 de la Constitución, que prohíbe las llamadas leyes privativas.” Ibidem, p. 601.

²⁵⁸ “Para apoyar aún más lo dicho, podemos referirnos al decreto de suspensión de garantías de 1942, última vez que se suspendieron las garantías en nuestro país. Este decreto no suspendió por ejemplo, las garantías relacionadas con la dignidad humana, contenidas en los artículos constitucionales 2 (prohibición de la esclavitud), 8 (derecho de petición), 9 (libertad de asociación y de reunión), 13 (prohibición de leyes privativas y de fueros), 17 (acceso a los tribunales), 22 primeros dos párrafos (prohibición de la tortura y de tratos crueles e inhumanos), 24 (libertad de creencias y de culto).” Loc. Cit.

Actualmente existen mayorías partidistas diferentes en los poderes constituidos que podrían dar pauta a que se detuviera una iniciativa de suspensión de derechos proveniente del Ejecutivo; por lo tanto, consideramos necesario que se deben de estipular plazos para que resuelva el Congreso o en su caso la Comisión Permanente; aunque no se ha presentado el conflicto, debemos de prever la hipótesis que cuando acreditada alguna situación de las previstas en el artículo 29 el Congreso se atreviera a no autorizar la suspensión.

Derivado del conflicto que se puede llegar a dar previsto en el supuesto anterior, pugno porque se le otorgue facultad al Poder Judicial de la Federación para que de forma inmediata se le remita el decreto y tenga la última decisión en materia de suspensión de garantías.

h.- Facultades extraordinarias.

Tres de las excepciones al principio de división de poderes estipulado en el artículo 49²⁵⁹ las podemos ubicar en nuestra Constitución, la primera en el artículo 29, la segunda en el artículo 131²⁶⁰ y la tercera en el artículo 73 F XVI; en tales hipótesis el Ejecutivo puede ser facultado para que ejerza atribuciones que le son propias al Poder Legislativo, es decir, para que pueda emitir leyes; a dichos supuestos se les conoce como legislación extraordinaria o delegada.

²⁵⁹ Dicho precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que: "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 otorgaran facultades extraordinarias para legislar".

²⁶⁰ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su segundo párrafo del artículo citado dispone que: "El ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida".

El Ejecutivo para hacer frente rápida a una situación de emergencia, puede solicitar por virtud de decreto la aprobación de suspensión de los derechos humanos; una vez que se ha cumplido con dicho procedimiento y se ha declarado la suspensión, se puede efectuar la segunda etapa, consistente en el procedimiento de autorización de la legislación extraordinaria.

En tratándose de la legislación de emergencia, el titular del Ejecutivo debe solicitar autorización del Congreso para poder emitir ésta; la autorización la solicitará en el mismo decreto donde solicite la aprobación del Congreso de suspensión de garantías.

En ésta fase es donde el Congreso valorará la situación que impera en el país sopesandola con lo expuesto por el presidente, es decir, que este último debe motivar su petición para expedir legislación de emergencia, llevando como objetivo hacer frente rápida a la situación del momento, en caso de que no se de en este sentido, el Congreso se puede negar a autorizar la emisión de legislación de emergencia.

El único que puede dar la autorización para emitir legislación extraordinaria es el Congreso, nunca la Comisión Permanente y, en caso de que no se encuentre en funciones el primero, la segunda deberá convocar a sesión extraordinaria.

Debemos de tomar en consideración que el Ejecutivo para poder emitir legislación extraordinaria, previamente debe haberse dado alguna de las situaciones del artículo 29 constitucional y la suspensión de los derechos humanos, si no se está ante dicho supuesto, el Ejecutivo estará impedido para hacerlo, así como el Legislativo a autorizar.

En la hipótesis anterior, es posible ubicar un control interorgánico que ejerce el Congreso sobre el Ejecutivo, este último si no precisa de forma adecuada

y expone los motivos en su petición, el Congreso tiene la potestad para no aprobarla.

La segunda hipótesis por medio de la cual el Poder Legislativo puede autorizar al Ejecutivo a emitir legislación extraordinaria, lo es en tratándose del artículo 131 constitucional, el propósito de este artículo “encuentra su explicación en la intensa dinámica que caracteriza al fenómeno económico, específicamente, la que se refiere al comercio exterior”²⁶¹ y en el de “ dar mayor flexibilidad a la política tributaria. Correspondía a la necesidad de sustraer ciertas determinaciones legislativas de carácter eminentemente técnico, a la función deliberativa de un órgano de composición heterogénea y en este tiempo no siempre muy calificado”,²⁶² y la finalidad de la legislación extraordinaria, será que el país obtenga un beneficio, básicamente económico, quedando impedido el Ejecutivo para emitir legislación con otra finalidad distinta.

Los controles que se pueden observar, son dos: El primero consiste en la autorización por parte del Congreso para emitir legislación extraordinaria y, el segundo medio de control se da con posterioridad; el titular del Ejecutivo tiene que dar cuenta al Congreso de las facultades que haya ejercitado, para efectos de que las apruebe o en su caso las desapruebe.

Las hipótesis analizadas cuentan con medios de control: la primera hipótesis, presenta un medio de control interorgánico que va del Congreso hacia el Ejecutivo, ya que, es el único que puede autorizarlo a efecto de emitir legislación extraordinaria, la finalidad es hacer frente a una situación de emergencia, es la única razón por medio de la cual se puede otorgar la misma, en otro sentido, el Congreso puede negarla.

En la segunda hipótesis el Poder Legislativo ejerce control sobre el Ejecutivo, en dos momentos, uno previo porque puede autorizar o puede negar la

²⁶¹ Sanchez Bringas, Enrique, Op. Cit., p. 409.

²⁶² Diego, Valadés, Op. Cit., p. 391.

misma en caso de que la petición para emitir legislación extraordinaria no tenga un fin económico, ni sea en beneficio del país y, el segundo es posterior, radica en aprobar el ejercicio de las facultades que en materia económica se hayan concedido al Ejecutivo.

En materia de legislación extraordinaria parecen suficientes los controles; pero esto no es óbice para insertar mejoras que los lleven a hacer más eficaces; en materia económica se tienen dos tipos de controles uno previo y uno posterior; en materia de situaciones de emergencia, se ejerce un control previo pero se carece de un medio de control posterior, como acertadamente lo hizo notar en su momento el Dr. DIEGO VALADÉS.²⁶³

Sostengo, para efectos de mejorar los controles en materia de legislación de emergencia, que se inserten medios de control que lleve como finalidad verificar el ejercicio de las facultades otorgadas por el Congreso, de esta forma, se limitaría al Ejecutivo y no se excedería en su ejercicio ante el conocimiento de que se le fiscalizará su ejercicio; por otro lado, que se pueda declarar la nulidad si emitió una legislación contraria a los fines para los que pidió la autorización y las razones en que se basó, esto daría lugar a un medio de control jurisdiccional.

La responsabilidad política en estos momentos, sería severa en caso de que el Ejecutivo se excediera en las facultades otorgadas; pero considero que si no se le puede fincar responsabilidad al Ejecutivo que lleve como finalidad destituirlo de su cargo, si puede ser responsable como sujeto, fincándole responsabilidad pecuniaria la cual sería ejemplar.

Sobre las facultades en materia económica:

²⁶³ Ibidem, p. 386.

Creemos prudente que se pueda declarar la nulidad de la ley en caso de que se expida legislación extraordinaria apartada de los objetivos y fines previstos en la Constitución, elementos para otorgar facultades extraordinarias al Ejecutivo.

Que se encuentre impedido para solicitar otra autorización sobre los mismos fines de la solicitud anterior, motivo de la ley anulada.

Que se le pueda fincar responsabilidad pecuniaria al Ejecutivo que a través de otros medios jurídicos haya querido ejercer facultades contenidas en el artículo 131 sin haber sido autorizado por el Congreso para ejercerlas, por ejemplo, lo haya hecho a través de un decreto como en el caso de la fructuosa.²⁶⁴

Que se encuentre impedido para solicitar autorización del Congreso sobre esa materia en particular, durante todo el sexenio, después de haberse probado su actitud contraria a intereses de la nación.

i.- La aprobación de los nombramientos

La participación de la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados en la aprobación de los nombramientos con respecto a los titulares que desempeñan cargos de importancia en los poderes constituidos, se ha incrementado con el transcurso del tiempo; en un mismo sentido y de manera proporcional las facultades de control por el Congreso y en el Congreso, interorgánicas e intraorgánicas, cuya finalidad es una mejor fiscalización y en contra de la discrecionalidad del Ejecutivo sobre nombramientos en cargos significativos para la nación.²⁶⁵

²⁶⁴ El presidente Vicente Fox Quesada a través de un decreto eximio del pago de impuestos a los empresarios que estaban importando la fructuosa, la Corte lo declaró inconstitucional en su momento, sin embargo sólo se anuló el decreto, quedando el presidente listo para ejercitar dicha atribución nuevamente.

²⁶⁵ El autor citando a Eduardo Ruiz, "Fundándose esta facultad, dice don Eduardo Ruiz, en la consideración de la alta categoría de los empleados de que se trata, y en la que el desempeño de sus importantes funciones puede afectar los intereses generales de la República. Se aleja con este precepto el espíritu de favoritismo que pudiera dominar al Presidente de la República y también el

La Cámara de Senadores ejerce facultades de control sobre el Poder Ejecutivo, quien es el encargado de realizar los nombramientos en materia administrativa por lo que respecta a los empleados superiores de Hacienda, de entre los cuales podemos ubicar: Al subsecretario, oficial mayor, tesorero de la Federación, directores generales;²⁶⁶ en materia internacional, a los agentes diplomáticos, cónsules; en materia militar, a coroneles y demás superiores del Ejército y la Fuerza Aérea y Armada nacionales, al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos²⁶⁷ y del gobernador del Banco Central,²⁶⁸ correspondiendo la aprobación de los mismos al Senado de la República.

También ejerce control en el momento en que el presidente propone los nombramientos de la terna de ministros que conformarán la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual deberá ser aprobada por dos terceras partes de los senadores presentes en un plazo de treinta días y en el caso de que no lo haga, ocupará el cargo la persona designada por el presidente; en la hipótesis de que fueran rechazados dentro del plazo puede proponer otra terna; si se repite el acto por segunda ocasión, ocupará el cargo la persona que designe el presidente; podríamos considerar este medio de control como suspensivo, ya que puede ser superable por el Ejecutivo Federal .

temor de que este funcionario, animado de ambición o de otras pasiones igualmente funestas, multiplicase los ascensos en el Ejército y Armada, robusteciendo ese peligro de las instituciones libres que se llama militarismo.” Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Op. Cit., p. 706.

²⁶⁶ “Sobre la facultad de ratificar los nombramientos observamos que en el área de la Secretaría de Hacienda las últimas ratificaciones tuvieron lugar en el año de 1934, razón por la cual podemos concluir que desde la toma de posesión del presidente Manuel Ávila Camacho, en 1940, hasta la de Ernesto Zedillo Ponce de León, en 1994, todos los titulares del Poder Ejecutivo Federal han pasado por alto este imperativo constitucional y, por lo mismo, los nombramientos de los más importantes servidores públicos de la Secretaría mencionada, han carecido de validez constitucional.” Sánchez Bringas, Enrique, Op. Cit., p. 460.

²⁶⁷ De acuerdo con lo establecido por el artículo 10 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se dispone: “El nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, será hecho por el Presidente de la República y sometido a la aprobación de la Cámara de Senadores, o en los recesos de ésta, a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión”.

²⁶⁸ De conformidad a lo establecido por el artículo 28, séptimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que hemos venido examinando: “La conducción del Banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores...”.

El Senado de la República ejerce un control interorgánico sobre el Poder Judicial, porque a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde nombrar a los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de pleno y salas, y su aprobación le está conferida al Senado.

Un control intraorgánico que viene a corresponder con un control en el Congreso y no un control por el Congreso, es el que ejerce la Cámara de Diputados al momento en que los grupos parlamentarios proponen a los magistrados del Instituto Federal Electoral.

Por disposición constitucional el presidente de la República puede remover libremente a los titulares de las secretarías de Estado, a los agentes diplomáticos, y cónsules,²⁶⁹ con excepción de; los militares, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,²⁷⁰ el gobernador del Banco de México,²⁷¹ los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los trabajadores burocráticos federales.

²⁶⁹ El artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: “Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:
Fracción I...

Fracción II. Nombrar y remover libremente a los secretarios de 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 este determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes”.

²⁷⁰ De acuerdo con lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Comisión Nacional de Derechos Humanos, a que hemos venido haciendo alusión “El Presidente de la Comisión Nacional podrá ser destituido y, en su caso, sujeto a la responsabilidad, sólo por las causas y mediante los procedimientos establecidos por el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”.

²⁷¹ El artículo 44 de la Ley del Banco de México, dispone: “Compete a la Junta de Gobierno dictaminar sobre la existencia de las causas de remoción señaladas en el artículo inmediato anterior, debiendo hacerlo a solicitud del Presidente de la República o de cuando menos dos de sus miembros. El dictamen se formulará según resolución de la mayoría de los miembros de la Junta de Gobierno, después de conceder el derecho de audiencia al afectado y sin que este participe en la votación.

El dictamen, con la documentación que lo sustente, incluida la argumentación por escrito que, en su caso, el afectado hubiere presentado, será enviado al Ejecutivo Federal. Este último deberá remitirlo, acompañado con la citada documentación y con su razonamiento de procedencia o improcedencia de remoción, a la Cámara de Senadores o, en su caso, a la Comisión permanente, para resolución definitiva”.

Podemos considerar que la Cámara de Senadores en la actualidad y en virtud de que detenta diversas facultades respecto de diferentes cargos, ejerce facultades de control en forma eficaz; aunque creemos conveniente que nuestras instituciones se pueden mejorar.

Si bien es cierto que en materia de nombramientos sobre autoridades administrativas, (en materia hacendaria) han caído en desuso algunas instituciones previstas a nivel constitucional que han venido a formar precedente como en su momento lo ha podido sostener el Dr. DIEGO VALADÉS,²⁷² también es cierto que no debemos suprimirla como algunos otros constitucionalistas lo han sostenido; consideramos que se puede convertir en eficaz la medida.

Hacemos votos porque el Congreso en su momento pueda expedir la ley que hace falta y que vendría a regular la colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo en materia de nombramientos, de otra forma, estaría incurriendo el Congreso de la Unión, en una inconstitucionalidad por omisión aún no prevista por nuestra Constitución; una omisión que afecta de manera directa la relación de los poderes y va en contra de un sistema constitucional de derecho.

Nos inclinamos en favor del reforzamiento de los controles en materia hacendaria, particularmente en lo que se refiere a los nombramientos de los empleados superiores de hacienda, ya que la economía es un factor fundamental de una nación, no dejando de considerar la posibilidad de insertar un medio de control en cuanto a la libre remoción que tiene el titular del Ejecutivo.

Nos fundamos en la autonomía técnica y administrativa que se le ha dado al Banco de México, así, como su independencia; dichas características han redundado en el incremento de los controles; es por esto que el presidente propone al gobernador del Banco de México y el Legislativo lo aprueba; asimismo

²⁷² Valadés, Diego, Op. Cit., p. 393.

en el caso de remoción se han actualizado los controles, el titular del Ejecutivo no puede destituir libremente al gobernador del Banco de México.

Sin olvidarnos de que el Ejecutivo para el mejor desempeño de sus funciones tiene plenas facultades de nombramiento y destitución sobre las personas que le apoyan en sus actividades; pero hay cargos importantes dentro de la misma donde no se puede permitir una discrecionalidad; en función del principio de colaboración de poderes creemos acertado que pueden contener excepciones, como en materia militar.

Sobre la desaprobación de la terna nombrada por el Ejecutivo Federal, considero adecuado que se puede actualizar un medio de control del Legislativo. Propongo que se le confiera al Legislativo la facultad de desaprobación absoluta de la terna, con esto se ejercitaría un mejor control por el Congreso evitando la discrecionalidad del Ejecutivo, ya que, la potestad de desaprobación suspensiva sobre una terna de ministros puede ser superada, de forma tal, que se priva y se nulifica la eficacia del medio de control, porque de una u otra forma la superará el Ejecutivo nombrando otra; asimismo se reforzaría la independencia del Poder Judicial, porque ahora los ministros requerirían del nombramiento del Ejecutivo y de la aprobación legislativa que los haría alejarse aún más de la influencia del primero, aún latente todavía.

En el caso de que haya una desaprobación absoluta, debe ser superado el punto de contacto a través de un arbitro con un mecanismo de control efectivo, es decir, que un tercero pueda hacer una propuesta de terna y dar un plazo para su aprobación tanto al Ejecutivo como al Senado, si no lo hicieren así, que entrara de pleno derecho.

Aún cuando puede funcionar adecuadamente el control que el Legislativo ejerce en contra del Judicial, en la hipótesis de designación de magistrados del Tribunal Electoral; considero prudente que se le otorgara la facultad de aprobación

a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya propuesta devenga de los tribunales superiores de las 31 entidades federativas y del Distrito Federal; en donde la aprobación sea por selección y que la designación no se politice fundamentalmente sobre quienes tienen el empeño de velar por la justicia.

j.-Tratados internacionales

Es un hecho indudable que los medios de control por el Legislativo sobre el Ejecutivo se han incrementado en diversas áreas sobre las que opera el presidente de la República en su carácter de jefe de Estado, consecuencia de la mayoría que impera en la actualidad en el Congreso de un partido opositor al presidente; todo en beneficio del sistema presidencial derivandose la prohibición y la eliminación de las discrecionalidades que puedan devenir del titular del Ejecutivo.

En materia internacional, en México el Senado ejerce un control sobre el Ejecutivo a partir de la aprobación de los tratados internacionales y del análisis de la política exterior, basado en los informes anuales por parte del secretario de Relaciones Exteriores y el titular del Ejecutivo que presenten al Congreso.²⁷³

Por disposición constitucional el encargado de comprometer al Estado mexicano a través de tratados y convenciones internacionales es el presidente de la República; es el responsable de la negociación con otros estados.²⁷⁴ Sin embargo, una vez que ha sido negociado un tratado o una convención, para que pueda comenzar a regir es necesaria la aprobación de los mismos por el Senado

²⁷³ De acuerdo con lo establecido por el artículo 76, Fracción, 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se refiere a las facultades exclusivas del Senado se dispone: “Analizar la política exterior desarrollada por el ejecutivo Federal, con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario de despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”.

²⁷⁴ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 89, Fracción X, señala una de las diversas facultades del titular del ejecutivo “celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado”.

de la República²⁷⁵ quien puede pronunciarse en ese sentido o rechazar un tratado de forma absoluta, estando impedido para hacer modificaciones al tratado; en cambio no se le restringe, el que pueda hacer observaciones que estime necesarias en el momento de aprobar el tratado.

El control que se venía ejerciendo del Legislativo sobre el Ejecutivo tuvo que complementarse a través de reformas,²⁷⁶ de entre las cuales, la que cumplió con tal finalidad, fue la que vino a establecer la obligación del Ejecutivo de presentar un informe anual sobre la política exterior que desarrolle al Congreso, enfrentándose a limitaciones expresas que tiene que cumplir en la ejecución de dicha empresa²⁷⁷ y ante la fiscalización del Senado basado en el informe sobre la política exterior, así, como ante las objeciones que éste estime oportunas realizar.

Otra de las limitaciones expresas, consiste en que el tratado no puede celebrarse si tiene como objeto algunas de las materias estipuladas en el artículo 15 de la Constitución mexicana, en caso de que lo hicieren los facultados para efectuarla, se podría cuestionar su constitucionalidad.

²⁷⁵ El artículo 133 de la ley fundamental mexicana dispone: “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, será, la Ley Suprema de toda la Unión...”.

²⁷⁶ “El íntimo nexo entre la facultad de aprobar los tratados y las convenciones internacionales y la de analizar la política exterior que asuma el Ejecutivo Federal, se aduce en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de octubre de 1977 que modifico la fracción I del artículo 76 que comentamos, al sostenerse lo siguiente “Por otra parte, la iniciativa propone conferir a la Cámara de Senadores la facultad de analizar la política exterior emprendida por el Ejecutivo Federal. En la actualidad, el Senado de la República tiene a su cargo aprobar los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas que celebre el Presidente de la República; ello es congruente con la naturaleza orgánica que le es propia y que le confiere intervención en los asuntos que involucran al sistema federal en su conjunto. El análisis de la política exterior vendría a complementar ésta facultad que está conferida al senado.” Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Op. Cit., p. 705.

²⁷⁷ “El análisis realizado por el Senado tiene como imperativos los principios de política exterior establecidos por la Constitución en el artículo 89.X, a los cuales el Presidente debe ceñirse de manera absoluta. Estos principios rectores son: 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; la lucha por la paz y la seguridad internacionales.” Sánchez Bringas, Enrique, Op. Cit., p. 459.

El Dr. DIEGO VALADÉS con relación a los tratados destaca el incremento de los controles y hace propuestas sumamente interesantes para hacer mejoras en los medios de control, basado en la problemática actual que presenta nuestro Estado mexicano. Se pronuncia a favor de darle participación a la Cámara de Diputados sobre los tratados internacionales que negocie el presidente de la República; sosteniendo que así como participan en la creación de la ley, así deben de participar conjuntamente las dos cámaras, ya que, estos (los tratados) hoy forman parte de nuestra legislación cuyo contenido es sobre derechos humanos, narcotráfico, es decir, que inciden sobre la esfera de los gobernados.

El análisis de la política exterior le corresponde al Senado en particular, aunque el informe se presenta al Congreso lo cual implica la participación de la Cámara de Diputados y Senadores. Sobre el análisis de la política exterior destaca el Dr. DIEGO VALADÉS, se le quitó participación a la Cámara de Diputados, pero no ha presentado obstáculo para que se desarrollen en el seno de ésta debates sobre materia internacional.

Sostenemos que el medio de control político que ejerce el Senado en relación a los tratados internacionales se debe dejar como se encuentra en la actualidad, porque darle participación a la Cámara de Diputados en su aprobación, implicaría un mayor obstáculo a las políticas gubernamentales internacionales, basta que se discuta por el Senado y se apruebe o desaprobe; darle participación a la otra Cámara no implicaría mayor control, sino obstrucción en el caso de que ya haya sido discutido y aprobado.

Para efectos de que se quiera dar protección al gobernado, debido a que hoy en día las relaciones internacionales de México con otros estados han proliferado, en el entendido y por tratarse de acuerdos que versan sobre derechos humanos, economía, migración, o narcotráfico; habrá que darle mayor protección, pero no a través de darle participación política a la Cámara de Diputados, en nada redundaría para un mejor control y si en perjuicio de las relaciones entre poderes;

sin negar que puede haber vulneración a la Carta Magna; por lo tanto, deben hacerse más eficaces los controles jurisdiccionales.

Aunque, no debemos de ser radicales y negar participación a la Cámara de Diputados, puede darse el caso de que el presidente tenga mayoría partidista en la Cámara de Senadores, en este caso que se permitiera a la Cámara de Diputados ejercer el control sobre los tratados internacionales; ante la disminución de capacidad de control del Senado debería de hacerse efectiva la de la Cámara de Diputados, la finalidad es el control, no es la obstaculización del trabajo del titular del Ejecutivo.

Resultaría adecuado, por un lado que nuestra Constitución prevea mecanismos de control de naturaleza jurídica que lleven como finalidad realizar un control previo sobre el tratado. De esta forma se harían más eficaces las relaciones entre poderes, evitando que un tratado se prestara a intereses políticos a intereses de partido.

Sobre el análisis de la política exterior a favor del Senado; parece necesario que se le de participación a la Cámara de Diputados, lo que sólo implicaría materializar algo que es una realidad, con la finalidad de adecuar nuestra Constitución a las nuevas circunstancias imperantes en México.

k.- La desaparición de poderes

La desaparición de poderes es una cuestión de hecho, que en sí, se refiere a la desaparición de todos los poderes en una entidad federativa,²⁷⁸ es decir, Poder

²⁷⁸ “El C. Machorro Narváez: Para cambiar la redacción de la fracción V, se tuvieron en cuenta dos razones: una, que la discusión de este artículo se había suscitado desde el tiempo de la Constitución de 57, y el debate versó sobre si bastaba la desaparición de uno solo de los poderes o si era necesario que se verificara la desaparición de los tres poderes. La comisión tuvo en cuenta que faltando uno sólo de los tres poderes y quedando los otros dos en cada Estado, faltando el Ejecutivo, por lo general el Legislativo nombra a otro, de cualquiera otra manera, para substituirlo. Si falta el Legislativo, no es completamente esencial para el funcionamiento momentáneo de los poderes de un Estado. Se puede convocar a elecciones, y se substituye de aquella manera; si falta

Legislativo, Ejecutivo y Judicial; ante dicho supuesto el Senado deberá declarar que ha acontecido tal suceso, (acefalia como han expresado los teóricos) de forma tal, que ante el imperio de la anarquía y por ende del desorden, se actualice la falta de autoridades que se hagan obedecer a través de la norma.

Una vez realizada la declaración por parte del Senado, deberá nombrarse un gobernador provisional, en este momento es donde se actualizan los mecanismos de control del Legislativo hacia el Ejecutivo.²⁷⁹ El presidente deberá presentar una terna, correspondiendo al Senado elegir al gobernador provisional²⁸⁰ por el voto de dos terceras partes de sus miembros presentes.

El gobernador deberá convocar a elecciones a fin de que se elija al gobernador definitivo, estando impedido para participar como candidato en las mismas. El procedimiento opera siempre que la Constitución local no prevea algún procedimiento para nombrar al gobernador provisional.

Sobre la problemática de desaparición de poderes, se puede apreciar con gran claridad la finalidad del legislador del diecisiete de dar solución rápida y oportuna a una crisis dentro de una entidad federativa, pero siempre con respeto y

el judicial, naturalmente que para que la Federación intervenga, y hasta cierto punto invada la soberanía, se necesita que falten los tres poderes; éste es un caso enteramente anormal, pero posible, sobre todo en tiempo de convulsiones políticas. Para evitar que la Federación pudiera abrogarse la soberanía, porque faltara alguno de los poderes, se quiso expresar que faltaran todos los Poderes, que no hubiera quien gobernara en aquel momento..." Los derechos del pueblo mexicano, *México a través de sus constituciones*, Historia Constitucional, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LV Legislatura, Tomo VIII., Op. Cit., p. 812.

²⁷⁹ El autor citando a Eduardo Ruiz, "Hecha por el senado la declaración respectiva, el Ejecutivo que tiene el conocimiento practico de las personas y de la localidad, es el que debe hacer el nombramiento del gobernador provisional, pero la Constitución ha querido prevenir todo peligro de favoritismo o de miras bastardas y ha limitado esa facultad, disponiendo que el nombramiento se sujete a la aprobación del Senado, y en su receso, y como el caso puede presentarse urgente, a la aprobación de la Comisión Permanente." Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Op. Cit., p. 710.

²⁸⁰ "Vale ya, en este momento, a ludir al hecho de que esta facultad senatorial se entiende en el marco de la llamada intervención federal, intervención que encuentra su fundamento en virtud de la cesión de soberanía que cada entidad federativa realiza con el fin de dar existencia al Pacto Federal y que, en consecuencia, legitima la supremacía de la Federación así como su papel de guardián del sistema." Los derechos del pueblo mexicano, *México a través de sus constituciones*, Historia Constitucional, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LV Legislatura, Tomo 8., Op. Cit., p. 786.

al margen del pacto federal, de ahí, que se materializara una limitación de la entidad federativa hacia la Federación, evitando que esta última pudiera hacer la declaración cuando quisiera aunque no hayan desaparecido los poderes; porque sólo puede intervenir en el supuesto de desaparición total de los poderes, en este caso se ha dicho que funge como guardián del sistema, algo único dentro del sistema mexicano.

En un mismo sentido se ejerce un control sobre el Ejecutivo; aunque es bien sabido que en tiempos anteriores se utilizaba como un arma por parte de los presidentes de la República en México; sin embargo, en la actualidad tal conducta ha desaparecido, ya no se utiliza. La única participación del Ejecutivo es la de proponer la terna de gobernador provisional cuya designación recae en el Legislativo, quien puede rechazarla, quedando obligado el Ejecutivo a presentar una nueva.

Los mecanismos de control se han reactivado y empezado a funcionar en nuestro sistema, debido principalmente a la mayoría opositora al presidente de la República, en beneficio del Estado constitucional.

Actualmente en un Estado democrático es difícil que se den las hipótesis sobre las cuales tendría que recaer una declaratoria de desaparición de poderes; no obstante, se deben dar los mecanismos adecuados para que en un momento la propia entidad federativa pueda superar la crisis a través de sus documentos locales y ya no se haga desde el centro.

Habrá que conminar a las entidades federativas que regulen todas y cada una de tales situaciones y la forma de resolverlas; hoy en día, no se da la desaparición, más bien las personas que nos representan piden licencia básicamente por cuestiones de acusaciones que se instauran en su contra, con el propósito de llevar a cabo su defensa y hacer frente a las imputaciones de que

son objeto, cuestiones propias de las entidades federativas que deben ser resueltas por ellas.

Creemos prudente que se derogue dicha fracción, ante la falta de uso.

I.- La defensa nacional

El Senado de la República también ejerce el control en materia militar, siendo el único que puede autorizar al presidente para que movilice las fuerzas armadas hacia el exterior; de igual modo, es el único que puede autorizar para que se permita el paso de tropas extranjeras o la estación de embarcaciones dentro del mar territorial.

Aún, cuando tenga la calidad de jefe de las fuerzas armadas en México, el titular del Ejecutivo no puede tomar decisiones importantes de manera discrecional sobre las que necesariamente debe recaer una autorización del Senado, de esta forma, es como se ejerce una importante facultad de control del Legislativo sobre el Ejecutivo. En tratándose de la guardia nacional el Ejecutivo deberá solicitar autorización del Senado para movilizarla fuera de sus estados y en número determinado. El mecanismo de control existe pero no se ha presentado la oportunidad de hacerlo efectivo, ya que, no se ha creado la Guardia Nacional.

En la actualidad se han dado sucesos bélicos, esencialmente de países del oriente en contra de países de occidente, lo que ha originado que gobiernos reúnan tropas para combatirlos solicitando a su vez a otros gobiernos que se unan a su acción. En el caso mexicano por fortuna el presidente está imposibilitado para poder mandar tropas al extranjero con fines de combate sin que se haya hecho algún daño al país mexicano, es ahí donde radica la importancia del control en materia militar que ejerce el Senado, ya que, sólo con la autorización del Senado se pueden permitir al Ejecutivo la salida de tropas. Creo oportuno que el Senado se negará rotundamente a mandar tropas al extranjero a combatir países que en si

no han causado ningún daño al Estado mexicano, más ahora que existe un partido opositor al presidente de la República.

m.- La declaración de Guerra

En materia militar y esencialmente en tratándose de guerra contra otro país extranjero, el único facultado para declararla es el titular del Ejecutivo Federal, no obstante dicha facultad no es discrecional, porque se encuentra sujeta a control por parte del Poder Legislativo, concretamente del Congreso de la Unión.

El Congreso de la unión tiene la atribución de poder declarar la guerra previos datos que presente el Ejecutivo Federal; la declaratoria sería a través de un decreto, el cual no podría surtir de manera plena sus efectos jurídicos, sin la ley que se exige previamente y que debe emanar del Congreso de la Unión.

Un medio de control de importancia para nuestro país que evita que el presidente de la República se exceda y pueda declarar y hacer la guerra en cualquier momento a cualquier país, por cualquier motivo, sin embargo, encuentra serias limitantes que se traducen en mecanismos de control; es por esto, que el titular del Ejecutivo puede comprometer a todo el país en una guerra, sólo, si cuenta de forma previa con la ley emanada del Congreso de la Unión.

Parece acertado el medio de control que se ejerce del Legislativo hacia el Ejecutivo, ya que el Congreso establecería la ley en el caso de que se diera una guerra en contra de México inmediata e inminente, de otro modo, por meras cuestiones políticas o de apoyo a potencias, el Congreso debe negarse a emitir la ley correspondiente que avale actos que llevan como única finalidad vulnerar y causar daño a terceros países por motivos económicos más que de repeler una agresión; debiendo actuar conforme a derecho y respetar la soberanía de terceros estados así como su integridad; permaneciendo neutral; buscando soluciones pacíficas de controversias sobre las cuales no estemos involucrados directamente.

n.- Refrendo ministerial.

Una de las tendencias más importante que ha sido señalada por constitucionalistas de reconocido prestigio, consiste en la parlamentarización de los sistemas presidenciales, la cual implica insertar instituciones que son propias del sistema parlamentario al sistema presidencial.

El sistema presidencial mexicano posee una figura propia de un sistema parlamentario que es el refrendo ministerial, es bien sabido por los teóricos constitucionalistas que dicha figura se insertó con la finalidad de que los actos del gobierno en un momento dado sean sometidos a responsabilidad política individual o colectiva.

En el sistema mexicano el refrendo ministerial ha sido objeto de serias críticas, las más radicales pugnan porque dicha institución desaparezca.

Con respecto a la manera en que opera el refrendo ministerial, cuyo objeto radica en autenticar la firma del titular del Ejecutivo Federal; derivado de esto, los secretarios de Estado no son sujetos de una responsabilidad política como en el sistema parlamentario, independientemente de que se les pueda fincar responsabilidad penal o una responsabilidad personal emanada de la opinión pública como fue sostenido en su momento por el Dr. SANCHEZ BRINGAS.

Pueden sostener posturas a favor y en contra, de tal modo que se ha argumentado que el refrendo ministerial debería ser eliminado porque un secretario puede ser destituido por el titular del Ejecutivo, debido a que son facultades exclusivas del Ejecutivo y porque pueden ser firmadas por los subsecretarios; criterios que no negamos.

Consideramos que puede darse mayor efectividad al refrendo ministerial con la finalidad de que se evite la discrecionalidad del titular del Ejecutivo; aunque efectivamente son facultades exclusivas del Ejecutivo determinadas por jurisprudencia, esto, no quiere decir que sean discrecionales, lo cual nos lleva a sostener que el especialista que es el titular de la Secretaría sabe más que quien detenta el cargo de presidente de la República, de tal modo, que se puede oponer a algunas conductas que afectarían al país en lugar de beneficiarlo.

Estamos de acuerdo en que las facultades son conferidas al Ejecutivo para que cumpla con sus actividades que le han sido encomendadas en la Constitución; pero no puede argumentar que remueve a un secretario de Estado por ser facultades propias y no del removido, porque esto no da certidumbre de que actúe conforme a lo que dispone la norma fundamental.

Estamos plenamente convencidos de que el refrendo en México se puede mejorar en beneficio de las relaciones Ejecutivo-Legislativo y, principalmente en beneficio del pueblo de México en donde el Ejecutivo suele ejercer facultades administrativas discrecionales, sin encontrar oposición alguna.

En la hipótesis de que un secretario de Estado se opusiera a una decisión presidencial, éste estaría ejerciendo un verdadero control intraorgánico de naturaleza administrativa.

Existen personas que pugnan por la supresión de nuestra institución; me parece que lo hacen por el desconocimiento de los instrumentos y la teoría de los controles que mucho ayuda y poco afecta un medio de control adecuado y eficaz; por esto, nos pronunciamos de forma positiva y, a favor de que se actualice el refrendo y pase a formar parte de un verdadero mecanismo de control, sin olvidar y siempre conscientes de que estamos en un sistema presidencial.

En el entendido de que en un futuro los secretarios de Estado seguirán siendo nombrados por el titular del Poder Ejecutivo, proponemos que su destitución pueda hacerla el presidente de la República con la autorización de la Cámara de Diputados, bajo el razonamiento siguiente: en un principio el titular del Ejecutivo deposita su confianza en personas especialistas en la materia, además de otros factores que influyen en el nombramiento, por lo tanto, resulta inconcebible la destitución de un secretario de Estado por no compaginar con las ideas del presidente que por lo regular llevan implícita la discrecionalidad; arbitrariedad que sólo podrá ser frenada en el momento en que participe la Cámara de Diputados en la destitución de los secretarios de Estado.

Consciente de que la Cámara de Diputados ejerce un control político de carácter mínimo, que mejor manera de hacer participe a la Cámara en la destitución de los secretarios de Estado, a efectos de que el control tome un sentido proporcional.

ñ.- La ausencia temporal.

Uno de los mecanismos de control político que se ejerce por el Congreso sobre el titular del Poder Ejecutivo, lo es, en tratándose de ausencias temporales, es decir, para que el presidente de la República pueda ausentarse del territorio nacional deberá obtener autorización del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, sin que haya la necesidad de realizar un nombramiento de alguna persona con el objetivo de sustituir al titular del Poder Ejecutivo en el cargo. Ahora bien, por cuestiones de salud o personales el titular del Ejecutivo puede verse obligado a solicitar una licencia temporal y los encargados de otorgarla son: El Congreso de la Unión y la Comisión Permanente, esta última cuando la licencia a otorgar no exceda de 30 días, en caso contrario lo hará el Congreso de la Unión quien designará al presidente interino, con un quórum de 2/3 partes y por mayoría absoluta de votos; si la licencia se convierte en absoluta se procederá de

conformidad a lo dispuesto en el artículo 84 constitucional o, en su defecto regrese la persona a ocupar el cargo.

o.- Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

El jefe de Gobierno durante el periodo de su encargo puede incurrir en actos u omisiones, que redunden en perjuicio del orden público²⁸¹ o causas graves²⁸² que afecten las relaciones entre los poderes públicos, bajo estos supuestos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Cámara de diputados o en su defecto el presidente de la República pueden solicitar que el servidor público sea removido de su cargo.

Una vez que el Senado hubiese resuelto remover al jefe de Gobierno del Distrito Federal, el presidente de la República deberá proponer a la persona que sustituirá al removido con la finalidad de que concluya el encargo, nombrado por el Senado de la República.

²⁸¹ “De ello se infiere que, teniendo el orden social dos esferas de operatividad, constituidas respectivamente por la comunidad misma y por los individuos que la forman aisladamente considerados, su consistencia o implicación genérica puede perseguir cualquiera de los dos objetivos específicos que acabamos de mencionar; o sea, que si el orden social es uno genéricamente hablando, desde un punto de vista específico, se traduce en dos ordenes distintos: el orden social público y el orden social privado. El primero de ellos, es decir el orden público consistirá, por ende, en el arreglo, sistematización o composición de la vida social con vista a la determinada finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, a procurar un bienestar público o a impedir un mal al conglomerado humano, entendiendo por colectividad pueblo o conglomerado al elemento población que, como ingrediente substancial, forme cualquiera de las entidades político-jurídicas que concurren en la organización del Estado.” Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional Garantías y Amparo*, Quinta Edición, México, Porrúa, 1998, p. 326.

²⁸² El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, dispone lo siguiente: “Artículo 66.- Son causas graves para la remoción del Jefe del Distrito Federal las siguientes:
I. Invadir de manera reiterada y sistemática la esfera de competencia de los Poderes de la Unión;
II. Abstenerse de ejecutar en forma reiterada y sistemática, los actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos que dicten los Poderes de la Unión;
III. No brindar la debida protección a las instalaciones y depositarios de los Poderes Federales, cuando haya sido requerido para ello;
IV.- Utilizar la fuerza pública fuera de las facultades de dirección que en materia de seguridad pública le delegue el Presidente de la República afectando así el orden público; y
V.- Las demás que determinen otras disposiciones legales y que afecten gravemente las relaciones con los Poderes de la Unión o el orden Público”.

Dentro de la figura de remoción podemos advertir con claridad, que se trata de salvaguardar el orden público originado por el titular del Ejecutivo del Distrito Federal, a su vez que se tratan de evitar los roces entre el jefe de Gobierno con los demás poderes públicos.

El control queda a cargo del Senado; un control vertical de naturaleza política, ejecutado por un órgano político, en donde se le hace responsable al titular del Ejecutivo del Distrito Federal cuyo resultado produce la separación del encargo.

Por otro lado, en aras de evitar la discrecionalidad del Senado, el Ejecutivo Federal propone a la persona que concluirá el encargo, claro está, con el nombramiento del Senado, un control interorgánico.

2.- Instrumentos de control jurídico.

a.- Juicio de amparo

De entre los medios de control jurisdiccionales más importantes para el Estado mexicano, podemos mencionar al que ha cumplido con una loable tarea a partir de su configuración durante el siglo XIX, protector de la esfera jurídica de derechos del gobernado y, en contra del abuso de las autoridades jurisdiccionales, administrativas y legislativas, lo ha sido, el juicio de amparo.

Nuestro juicio de amparo es un mecanismo jurisdiccional, el cual tiene como objeto resolver toda controversia que se suscite, por leyes o actos de autoridad que vulneren la esfera jurídica de un gobernado; contra leyes o actos de autoridad que vulneren la soberanía de los estados o viceversa.

Por un lado, el juicio de amparo procede en contra de autoridades nunca en contra de particulares que vulneren la esfera jurídica del gobernado; por otro lado,

el encargado de ejercer el juicio de amparo cuando existe invasión de soberanía, es el gobernado.

Por lo tanto, el objeto del juicio de amparo será el de proteger los derechos del gobernado y salvaguardar a la Constitución, de los actos que emitan por invasión de soberanía, las entidades federativas o en su defecto la Federación, en tales casos se presupone un abuso y exceso de poder.

Podemos decir que el fin del juicio de amparo es evitar que la autoridad vulnere los derechos del gobernado obligando a que las cosas se queden en el estado que guardan, o si los ha vulnerado, restituir las cosas al estado que guardaban antes de su violación en caso de sentencia positiva o, en su caso conminar a la autoridad a que haga algo que se negó hacer.

En nuestra Constitución podemos ubicar el juicio de amparo directo y el juicio de amparo indirecto, el primero es aquel que procede contra sentencias definitivas en el caso de que existan violaciones *in procedendo* o *in judicando*, o contra las resoluciones que den por terminado un juicio, en tanto que el amparo indirecto procede contra todos los actos de autoridad que vulneren los derechos humanos siempre y cuando no se trate de una sentencia definitiva, como así nos lo hacía ver el Dr. BURGOA ORIHUELA en las clases de juicio de amparo; de entre los actos podemos ubicar a los actos de imposible reparación; actos que se llevan a cabo antes de juicio o después de concluido un juicio; contra ordenes, mandatos o decisiones de carácter administrativo o contra tratados internacionales; leyes y reglamentos federales; constituciones de las entidades federativas, leyes locales, y reglamentos.

Del amparo directo conocen los tribunales colegiados de circuito y, excepcionalmente conoce la Corte de éste ya sea de oficio o a través de una petición. Del amparo indirecto conocen los jueces de distrito, excepcionalmente si la autoridad responsable es un tribunal unitario quien conoce del amparo serán los

tribunales unitarios; sin embargo, en tratándose del amparo indirecto en recurso de revisión conocen los tribunales colegiados de circuito y excepcionalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Nuestro mecanismo de control en la actualidad cumple con un sinnúmero de funciones que algunos instrumentos de control en otros países no logran abarcar, de ahí, que nuestro amparo mexicano abarca la protección de los derechos humanos, de los derechos de los campesinos, de la vida y la libertad personal, de la soberanía de los estados cuya vulneración redundaría en una transgresión a la esfera de derechos del gobernado, en contra de decisiones de las autoridades administrativas y leyes que se consideren inconstitucionales.

La tarea que ha desarrollado nuestro mecanismo de control jurisdiccional; no puede negarse, ha sido benéfica, ha cumplido con su tarea; es cierto no podemos negar que falta mucho por hacer, pero desde nuestra perspectiva hasta hoy se ha cumplido con el fin trazado desde el siglo XIX, proteger la esfera de derechos de los mexicanos en contra de los actos de autoridad que continúa y permanentemente han intentado restringirla; debemos de hacer votos porque la institución siga trascendiendo. Hoy encuentra regulación a nivel internacional y ha sido prototipo de otras instituciones a nivel Latinoamericano; e ahí la importancia de nuestro medio de control; debemos trabajar en su actualización los constitucionalistas mexicanos.

Sustentando la mayoría de la doctrina en México que en la sociedad se están viviendo infinidad de cambios, por lo tanto, es lógico que las instituciones se actualicen cuando estas ya no responden a las nuevas necesidades del momento; esencialmente en Latinoamérica las relaciones entre los gobernados y gobernantes han variado a favor de un Estado más democrático, lo que ha originado que se hable de las democracias emergentes, en otros en transición.

Consideramos acertado que en un país para que exista mayor libertad que redunde en beneficio de la democracia, debe de haber no solamente instituciones que prevean los derechos humanos; porque hoy en día no basta para el Estado democrático la declaración de derechos si no existen los instrumentos adecuados para darle protección a los mismos.

En México han cambiado las relaciones entre gobernantes y gobernados, así, como las relaciones entre el Estado mexicano con las entidades federativas; una institución a nivel nacional que ha sido instrumento de estabilidad en nuestro orden jurídico procedente contra arbitrariedades de los entes públicos, ha sido el juicio de amparo.

En la actualidad se necesita que el juicio de amparo se actualice con el propósito de que siga cumpliendo con su finalidad, la de evitar el exceso y abuso del poder por parte de las personas que son los titulares de los órganos públicos y quienes por consecuencia tienden a abusar del poder que ejercen, claro hay excepciones pero son mínimas.

El juicio de amparo es perfectible, esto ha llevado a los estudiosos de la institución a expresar que es urgente actualizarla; de entre las más importantes modificaciones destacan las siguientes:

a) El juicio de amparo procede contra actos de autoridad, pero no procede contra actos de particulares que no ejercen el poder público, es decir, quienes no detentan un cargo.

Por lo tanto, se pugna por abrir el ámbito de procedencia del juicio de amparo no solamente contra las personas que ejercen el poder público, en el entendido que no solamente ellas son susceptibles de emitir actos de poder que llevan como finalidad vulnerar la esfera jurídica de derechos; sino que los particulares que no ejercen el poder público pero que emiten sin duda alguna

actos de poder, contra ellos se dice que deberá de proceder el juicio de amparo; de entre los que han hecho ver de manera acertada la problemática en México, ha sido el Dr. DIEGO VALADÉS, cuando nos habla del Estado Intangible, haciendo alusión a personas que desempeñan el poder público pero que se encuentran fuera de la esfera del mismo, por ser particulares.

b) Se ha dicho que el juicio de amparo por virtud de la formula de Otero se ve limitado, ya que, una sentencia emitida por virtud de una demanda de amparo surte efectos relativos, es decir, que solamente beneficia a la persona que acudió en juicio de amparo.

Por lo anterior, se han pronunciado porque la sentencia que versa sobre una demanda de amparo, en donde se impugna una ley de inconstitucional pueda surtir efectos generales (erga omnes),²⁸³ sustentandose principalmente en que no puede ser posible que tenga vigencia y validez una ley inconstitucional, ya que, esto vulnera el principio de supremacía, así, como el de igualdad.

c) Se ha expresado que existe la problemática en el juicio de amparo, porque este protege contra los intereses de las personas en lo individual, pero que sucede cuando a una persona no se le afecta directamente en su esfera de derechos, existiendo un daño sustentado en un derecho colectivo.

Se han pronunciado, porque a través del juicio de amparo se tutelen los derechos de las personas individuales y, los derechos difusos²⁸⁴ o derechos de las mayorías a través de la insertación de la figura de *interés legítimo*.²⁸⁵

²⁸³ “Artículo 232. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se establezca la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se procederá a hacer la declaratoria general correspondiente” Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, SCJN, México, 2002, p. 195.

²⁸⁴ “Artículo 4.- Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, titular de un derecho o de un interés legítimo...” Ibidem, p. 74.

²⁸⁵ “En términos generales este tipo de interés lo tiene “cualquier persona, pública o privada (moral), reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista más estricto,

d) Una de las propuestas de la Suprema Corte, fue en el sentido de que los tratados sobre derechos humanos que son importantes para el Estado mexicano más ahora, consecuencia de la tesis sustentada por el pleno de la Corte de que se encuentran en un plano superior a las leyes federales, debiendo existir los instrumentos jurisdiccionales para su protección.²⁸⁶

La comisión redactora del proyecto de la nueva Ley de Amparo consideró oportuno señalar los tratados en materia de derechos humanos para efectos de que pasarán a formar parte de su protección, de esta forma, se protegería mejor a la persona en contra del abuso de la autoridades.

Sobre la actualización del juicio de amparo, creemos que son algunas de las propuestas más importantes que evitarán sin duda alguna la extralimitación y abuso del poder, así, como una mejor protección del gobernado, sin dejar de considerar otras reformas sobre diferentes materias de entre las que podemos señalar: suspensión del acto reclamado; plazos de presentación de la demanda;

como concepto técnico y operativo, el interés jurídico es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero si comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de as actuación le deriven. En otras palabras existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación factica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que este no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero si a exigir de la administración y a reclamar a los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés esta legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés.” Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de Amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 20.

²⁸⁶ “Artículo 1 El Juicio de Amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen garantías las individuales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los derechos humanos que protegen los tratados internacionales generales en la materia, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Op. Cit., p. 73.

establecimiento de jurisprudencia; la improcedencia del juicio de amparo; la ejecución de sentencias; los incidentes; puntos que la doctrina y en su momento la comisión que redactó el proyecto de Ley de Amparo, consideró oportunos para su actualización.

b.- La controversia constitucional

La controversia constitucional debe ser vista como un medio de control jurisdiccional caracterizado por ser una garantía constitucional, cuyo objeto es el control constitucional.

La controversia constitucional tiene por objeto proteger las competencias a través de la solución de los conflictos entre los poderes, entes u órganos. Su finalidad radica, en evitar que los anteriormente señalados desempeñen o ejecuten actos que no se les han conferido, en último sentido salvaguardar el Federalismo y la división de poderes. Ante tales supuestos, el defensor de la competencia vulnerada es el mismo órgano, poder u ente.

A partir de las reformas de 1994., se cambió la organización de la Suprema Corte para darle atribuciones inherentes a un Tribunal Constitucional; en este sentido se actualizó el artículo 105 de la Constitución con la intención de hacer más efectivo el control de la constitucionalidad, en beneficio del Federalismo, así, como en favor de cada uno de los gobernados al resentir en último término la discrecionalidad de las autoridades que abusan del poder público que se les ha conferido. Reconocemos que la controversia constitucional a estas alturas del partido necesita igualmente de actualización, pero no podemos dejar de señalar lo importante que ha sido y la forma en como ha ayudado en el control del poder.

En México la controversia constitucional tiene como partes actoras, así, como partes demandadas a los poderes, entes u órganos; así también, y por disposición reglamentaria como terceros interesados a los ya mencionados; de igual manera,

participa el procurador general de la República en “la calidad de representante de los intereses de la nación, y responsable (yo diría corresponsable) en la guarda de la Constitución”.²⁸⁷

Una demanda de controversia constitucional deberá contener los siguientes requisitos: a) La entidad, poder u órgano actor, su domicilio, el nombre y cargo del funcionario que lo represente; b) La entidad poder u órgano demandado y su domicilio; c) las entidades, poderes u órganos terceros interesados, si los hubiere y su domicilio; d) la norma general o acto cuya validez se demande, así como, en su caso el medio oficial en que se hubiere publicado; e) los preceptos constitucionales que se estimen violados; f) la manifestación de los hechos o abstenciones que le consten al actor y que constituyan los antecedentes de la norma general o acto cuya invalidez se demande; y g) los conceptos de invalidez , es decir, las razones por las que se crea que el acto o la norma en general debe ser invalidada. Asimismo, su presentación se hará en función de la naturaleza objeto de la controversia; si es un acto, hay obligación de tramitar la demanda dentro del plazo de treinta días contados a partir del día siguiente en que el acto surta sus efectos, en que se haya ostentado sabedor de los mismos o al que se haya tenido conocimiento de ellos y de su ejecución; si es una norma general, se tiene el plazo de treinta días a partir del día siguiente de su publicación o en su caso a partir del día siguiente de su aplicación; en tratándose de conflictos entre límites, se cuenta con un plazo de 60 días a partir de la entrada en vigor de la norma general o de la realización del acto que las origine.

La improcedencia de una demanda puede darse por diferentes causas; la primera puede ser porque ésta se promueva en contra de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de esta manera, la Corte es el máximo órgano cuya tarea consiste en el control de la constitucionalidad, por lo tanto, a ella le compete la resolución de controversias que surgen entre los demás órganos, pues, sería ilógico que fungiera como juez y parte en el juicio.

²⁸⁷ Castro, v, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho de la UNAM, 1996, p. 113.

Otra causa que da origen a la improcedencia de la demanda, es cuando se impugnan normas o actos generales de derecho electoral materia que es inherente a la acción de inconstitucionalidad y único caso en que conoce la Corte, ya que, el órgano especializado en la materia es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por virtud de lo dispuesto en la Constitución en su artículo 41 párrafo último, así, como el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La improcedencia se podrá dar en el supuesto en que se haya emitido una resolución que tenga el carácter de cosa juzgada,²⁸⁸ es decir, contra actos o normas generales que hayan sido motivo de una ejecutoria o contra resoluciones dictadas con motivo de la ejecución, siempre que se de la identidad de partes, normas generales o actos y conceptos.

Otro motivo de improcedencia de la demanda, se da cuando han cesado los efectos emanados del acto o norma general impugnada objeto de la controversia, en tal sentido, al momento de quitarle vigencia y validez se esta eliminando la materia y como consecuencia sus efectos, por lo tanto, al quedar sin materia el juicio no puede proceder la demanda.

La controversia constitucional prevé el principio de definitividad que al no agotarse, puede dar motivo a la improcedencia de la demanda. Cuando la demanda se presenta fuera de los plazos previstos por la norma también origina la improcedencia.

²⁸⁸ “Cosa juzgada formal y cosa juzgada material.- doctrinalmente se habla de estas clases de cosas juzgadas.

Cosa juzgada formal.- La cosa juzgada es formal, cuando ya no se puede interponer ningún recurso en contra de la sentencia definitiva y, en consecuencia, esta se vuelve firme.

Cosa juzgada material.- Se refiere a sus límites objetivos, y consiste en que la cuestión de fondo del asunto que fue resuelto por la sentencia definitiva que adquirió la autoridad de cosa juzgada, ya no se podrá plantear nuevamente en otro juicio, en virtud del principio que dice: no debe haber dos procesos para un mismo litigio”, Dorantes Tamayo, Luis, *Teoría del proceso*, Quinta Edición, México, Porrúa, 1997, p. 355.

Recibida la demanda, el presidente de la Corte nombrará a un Ministro instructor para efectos de que resuelva según corresponda, quien a su vez, analizará si la demanda adolece de improcedencia o no, en caso de que se de entrada al escrito de demanda, se emplazará al demandado para que en un plazo de treinta días de contestación a la misma, el demandado en su contestación deberá hacer una narración de los hechos y a su vez negarlos, afirmandolos o ignorándolos, o exponiendo como sucedieron, así, como fundamentar sus actos o normas impugnados.

La parte actora puede ampliar su demanda inicial cuando en el transcurso de 15 días aparecieren nuevas pruebas o en su defecto hasta antes de la fecha de cierre de instrucción.

El Ministro instructor puede hacer prevenciones al actor o demandado a modo de que subsanen las irregularidades de sus escritos en un plazo de cinco días, si no lo hacen, dará cuenta al procurador general de la República por un plazo de cinco días si el caso es de importancia y trascendencia y; en vista del pedimento admitirá o desechará la demanda.

Una vez que han transcurrido los plazos de contestación y reconvención, se procederá al periodo probatorio y de alegatos dentro de los treinta días siguientes; se admitirán todo tipo de pruebas excepto la de posiciones y las que sean contrarias a derecho, asimismo el Ministro instructor puede decretar otras pruebas para mejor proveer, elaborando éste último un proyecto de sentencia que someterá al Pleno.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dictará la sentencia que deberá contener al menos, los siguientes requisitos: a) la norma o el acto que se ataca y las pruebas para acreditar la invasión de competencia; b) fundamentarla; c) los preceptos transgredidos y las consideraciones que sustenten su sentido; d) los

efectos de las normas *erga omnes* o relativos; e) los puntos resolutiveos donde se exponga el sobreseimiento, la validez o invalidez, la absolucióon o condena; f) el término en que la parte demandada deba realizar una actuación. Asimismo está obligada la Corte a suplir la deficiencia de la demanda, la contestación, agravios o alegatos.

Una resolución de la Corte tendrá efectos generales cuando haya sido aprobada por una mayoría de ocho votos de sus miembros, en tratándose de una disposición general de un Estado, Municipio o se trate de los casos previstos en los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional;²⁸⁹ la resolución será obligatoria para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales agrarios, militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, administrativos y del trabajo. En las demás hipótesis la sentencia solamente surtirá sus efectos entre las partes.

La sentencia pronunciada, se hará conocer a las partes y se publicará en el Semanario Judicial de la Federación produciendo sus efectos apartir de la fecha señalada por la Corte; en tratándose de invalidez una sentencia no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal.

c.- La acción de inconstitucionalidad.

²⁸⁹ En el citado artículo 105 de su Fracción I de sus incisos, c, h y k, de la Carta Magna se dispone: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

...

c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquel y cualquiera de las Cámaras de este o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;

...

h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

...

k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales".

La acción de inconstitucionalidad viene a constituir un medio de control jurídico, independientemente que se designe como garantía constitucional, cuya finalidad primordial es la protección de la Constitución consecuencia que ha originado que lo designen, como “un medio de control de la constitucionalidad”.

La acción de inconstitucionalidad tiene como objeto el resolver un conflicto entre una norma secundaria y la norma primaria, por virtud de no existir una regulación de adecuación y compatibilidad de la norma secundaria con relación a la norma suprema, dando pauta a que exista la posibilidad de inconstitucionalidad.

Quienes pueden ejercitar la acción son los siguientes: La Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores por conducto del 33% y el procurador general de la República; los antes mencionados pueden establecer la demanda de inconstitucionalidad en contra de las leyes emanadas del Congreso de la Unión que regulen la materia federal o en su defecto que regulen materias que tengan que ver con el Distrito Federal.

Sin embargo, en tratándose de tratados internacionales que contravengan la norma fundamental, los únicos facultados para establecer una demanda de inconstitucionalidad son: El Senado de la República por conducto del 33% de sus integrantes y el procurador general de la República.

El procurador general de la República es quien puede entablar una acción de inconstitucionalidad en contra de leyes emanadas de las legislaturas pertenecientes a las entidades federativas, así, como el 33% de sus integrantes de una legislatura.

El 33% de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal puede impugnar las leyes emanadas de ella misma.

Las dirigencias nacionales de los partidos políticos que hayan obtenido su registro ante el Instituto Federal Electoral, están facultados para impugnar a través de la acción de inconstitucionalidad una ley electoral federal y local. No obstante, las dirigencias nacionales de los partidos políticos que hubiesen obtenido el registro en esa entidad solamente pueden atacar las leyes electorales emanadas de la legislatura.

La demanda puede promoverse dentro de los treinta días naturales contados a partir del día siguiente de la publicación de la ley o el tratado y deberá contener como requisitos básicos: a) El nombre y firma de los promoventes; b) El órgano legislativo y ejecutivo que emitieron y promulgaron la norma general que se impugna; c) La norma general que se reclama y el medio a través del cual se hizo la publicación; d) La fundamentación²⁹⁰ y la motivación;²⁹¹ pero cuando participen como parte actora el 33% de la Cámara de Diputados, Senadores o una legislatura de los estados, tiene que ir firmada por estos, debiendo designar por lo menos a dos representantes; en el caso de que no lo hagan lo hará de oficio el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para efectos de promover incidentes, pruebas, alegatos y recursos; el presidente de la República será representado por el secretario de Estado, el jefe de departamento administrativo o por el consejero jurídico de la presidencia.

Recibido el escrito de acción de inconstitucionalidad, el presidente nombrará al Ministro instructor para que ponga el proceso en estado de resolución; el Ministro analizará la demanda, en caso de que ésta fuese oscura o

²⁹⁰ “Son parte de la Constitución todos los preceptos contenidos en los artículos 1 a 136; pero también forman parte de ella los artículos transitorios, tanto los aprobados por el constituyente de 1917, como los que se acompañan a cada reforma que se ha hecho.” Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad*, México, Editorial Monte Alto, 1996, p. 59.

²⁹¹ “La impugnación puede comprender toda la ley o sólo parte de ella; los motivos de invalidez pueden estar referidos a diversos vicios: a la falta de facultades para emitir la ley de parte del órgano; al hecho de que se excedió en el ejercicio de ellas; a la circunstancia de contradecir algún precepto constitucional. Según el caso, de la declaración puede resultar la invalidez total o parcial de la ley o tratado.” Loc. Cit.

irregular prevendrá a los demandantes a efectos de que hagan las aclaraciones que correspondan, en un plazo de cinco días.

Sin embargo, podrá declarar la improcedencia de una demanda de acción de inconstitucionalidad por impugnar decisiones de la Corte, por conexidad, por tratarse de cosa juzgada, (en el caso de conexidad y cosa juzgada se aplicarán cuando los supuestos contemplados en una demanda se presenten en otra,) cuando hayan cesado los efectos de la norma general, cuando no se haya agotado algún recurso previo, cuando la demanda sea extemporanea; también podrá sobreseerse la demanda cuando sobreviniere alguna causal de improcedencia, cuando por conducto de constancias en autos se demuestra la inexistencia del acto o de la norma materia de la acción.

Una vez transcurrido el plazo, el Ministro instructor dará vista a los órganos que emitieron y en su momento promulgaron la norma, para que rindan un informe en un plazo de quince días donde fundamenten y motiven la validez de sus actos, o la improcedencia de la demanda, empero, cuando sea el Congreso el demandado el informe lo rendirá cada Cámara por separado.

Cuando el objeto de la acción de inconstitucionalidad sean leyes de materia electoral, la aclaración de la demanda debe darse en tres días por la parte actora; para la presentación del informe por parte de la demandada correrá un plazo de seis días en donde deberá sostener la constitucionalidad fundamentando y motivando su proceder.

La admisión de la demanda no dará lugar a la suspensión de la norma general.

El procurador general de la República deberá formular su pedimento antes de dictarse sentencia, para tales efectos el Ministro instructor deberá de enviar la

demanda y los informes presentados por las demandadas, excepto en el supuesto de que el primero sea parte actora.

Una vez que la o las partes demandadas hubiesen presentado sus informes o hubiese expirado el plazo de quince días, el Ministro instructor pondrá los autos a la vista de las partes para que en un plazo de cinco días formulen alegatos; en tratándose de leyes electorales el plazo de formulación de alegatos será de dos días.

El Ministro instructor a fin de mejor proveer, podrá solicitar a las partes los elementos necesarios antes de dictarse sentencia, sin embargo, en tratándose de leyes electorales podrá pedir la opinión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Concluido el procedimiento, el Ministro instructor propondrá el proyecto al Pleno, pero en el caso de leyes electorales deberá someter el proyecto de sentencia al Pleno dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya agotado, teniendo la obligación el Pleno de dictar sentencia dentro de un plazo similar contado a partir de que se le haya sometido el proyecto.

La Corte al momento de dictar sentencia deberá corregir los errores de fundamentación y motivación que se presenten en la demanda, sin que se encuentre impedida para fundamentar la inconstitucionalidad basada en cualquier precepto, haya sido invocado o no por la parte actora en su escrito inicial de demanda. Pero en el caso de leyes electorales, solamente podrá versar la sentencia sobre los preceptos de violación expresados en el escrito de demanda.

La invalidez se podrá decretar por sentencia de la Corte apoyada por lo menos con ocho votos de los Ministros con efectos generales, tratándose de la ley local, federal o el tratado internacional; en caso contrario se desestimará el asunto y se mandará al archivo.

d.- El juicio político.

El juicio político es un instrumento de control que se ejerce por órgano político y donde se lleva a cabo un procedimiento que termina con una resolución de inhabilitación o de remoción con respecto a un servidor público.

La pregunta que nos hacemos con relación al juicio político ¿si es un medio de control político o jurisdiccional ?. A lo que respondemos, estamos ante un medio de control de naturaleza política; aunque si analizamos bien las cosas el control se ejerce por órgano político, basado en un procedimiento netamente jurisdiccional, cuya sanción recae en sujetos denominados servidores públicos.

Debemos hacer hincapié en lo siguiente: En Francia el Consejo Constitucional es un órgano político encargado del control constitucional, cuya materia del control no son los sujetos, sino normas.

Derivado de lo anterior, podemos concluir que el juicio político es un medio de control de naturaleza política, cuya materia de control son los sujetos.

El juicio político, se sigue en contra de los servidores publicos ²⁹² mencionados en el artículo 110 constitucional, primero y segundo párrafo, ²⁹³

²⁹² “Artículo 2. Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.” Herrera Pérez, Agustín, *Legislación Federal sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, México, Miguel Ángel porrúa, 1998, p. 51.

²⁹³ “Artículo 110. Podrán ser sujetos de juicio político los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el Titular del órgano u órganos de Gobierno del Distrito Federal, y el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este

durante su encargo o después de un año en que haya concluido su periodo; se inicia a partir de una denuncia presentada por algún ciudadano, en el caso de que considere que un servidor público se ubica en la hipótesis de procedencia, es decir, que haya cometido un acto u omisión que trae como consecuencia un perjuicio a los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.²⁹⁴

Toda denuncia debe tener identidad no aceptándose las denuncias anónimas, la cual deberá acompañarse de los documentos probatorios para efectos de que se establezca la infracción y se esté en condiciones de presumir la responsabilidad del servidor público, si no tiene las pruebas en su poder, señalará la autoridad que las tiene con el objeto de que le sean requeridas.

La denuncia se presentará ante la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados debiéndola el demandante ratificar dentro de los tres días posteriores, ésta se turnará a la Subcomisión de Examen Previo de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, quien constatará: a) si la persona a quien se le denuncia tiene la calidad de servidor público; b) si de las pruebas se deriva que la conducta en que incurre, causa perjuicio al interés

titulo por violaciones graves a esta constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas locales para que en el ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

...

...

..." Ibidem, pp. 21-22.

²⁹⁴ Artículo 7. Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho:

- El ataque a las instituciones democráticas;
 - El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;
 - Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales y sociales;
 - El ataque a la libertad de sufragio;
 - La usurpación de funciones;
 - Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes Federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;
 - Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior, y
 - Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.
- ..." Ibidem, pp. 54-55.

público o a su buen despacho; c) y de estas, poder resolver sobre la existencia de la infracción, la probable responsabilidad y si amerita juicio político; en caso contrario se desechará la denuncia, pero podrá analizarse nuevamente cuando se trate de pruebas supervinientes por el pleno de las Comisiones Unidas a petición de alguno de sus presidentes o a petición del diez por ciento de los diputados integrantes de las Comisiones.

Si se declara procedente la denuncia, la Subcomisión de Examen Previo la remitirá a la Comisión Unida de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia quienes a su vez la remitirán a la Sección Instructora, ésta última practicará las diligencias adecuadas a efectos de comprobar la conducta, las circunstancias del caso y su participación.

Ratificada la denuncia por el denunciante, se informará al denunciado la materia de acusación fijandose siete días a partir de la notificación, para que comparezca o informe por escrito.

Se abrirá un periodo probatorio, en donde las partes aportarán sus pruebas (denunciante-denunciado) y se aceptarán las que estime oportunas la Sección Instructora, quien podrá ampliar el plazo probatorio y desechar las pruebas que sean improcedentes.

Terminado el periodo de instrucción, el expediente se pondrá a la vista para que las partes formulen los alegatos correspondientes, debiendolos presentar por escrito dentro de los seis días siguientes a la conclusión del plazo anterior, concluido el plazo de alegatos, la Sección Instructora presentará sus conclusiones, las cuales pueden contener alguna de las dos posturas en virtud de todo lo actuado en el procedimiento, por lo tanto, las conclusiones pueden sostener que se declare que no ha lugar o que está comprobada la conducta materia de la denuncia, es decir, la responsabilidad del servidor público y, resolver sobre la

destitución e inhabilitación; en caso de ser aprobadas, se envíen a la Cámara de Senadores.

Las conclusiones se remitirán a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de ésta y pueda convocar a reunión para efectos de resolver; la decisión se toma por mayoría absoluta de sus miembros.

Si la resolución es positiva no se procederá a acusar al servidor público, pudiendo continuar en su encargo; en caso de que le sea contraria la resolución, es decir, que ha lugar a proceder, se remite la acusación a la Cámara de Senadores y se designan tres diputados que sostendrán la acusación en el Senado.

Recibida la acusación en el Senado, esta se turnará a la Sección de Enjuiciamiento, quien emplazará a la comisión de tres diputados, al servidor público y defensor para que presenten alegatos en un plazo de cinco días siguientes a este. Puede escuchar a las partes si lo considera conveniente o, a solicitud de estas realizar diligencias a efecto de apoyar mejor sus conclusiones. Concluido el plazo de alegatos, la Sección de Enjuiciamiento presentará sus conclusiones de acuerdo a las consideraciones hechas en la acusación y los alegatos presentados por las partes, proponiendo la sanción fundando y motivando.

Recibidas las conclusiones por la Secretaria de la Cámara, esta las remitirá al presidente de la Cámara de Senadores para que proceda a convocar dentro de las 24 horas a partir de que fueron recibidas, a la Cámara misma, citando al acusado y defensor; la Cámara se erigirá en Jurado de Sentencia; se dará lectura a las conclusiones, acto seguido se le otorgará el derecho de palabra a la comisión de tres diputados, al defensor y, al acusado; una vez realizado lo anterior, todos se retirarán pudiendo quedarse la Comisión.

La aprobación se hará por conducto de mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros presentes.

En tratándose de servidores públicos locales, la Cámara se erigirá en Jurado de Sentencia dentro de los tres días siguientes a la recepción de conclusiones, cuya resolución sólo tendrá efectos declarativos.

Las sanciones que se podrán imponer a un servidor público, serán la de destitución del cargo o en su caso la inhabilitación para poder ocupar empleos cargos o comisiones en el servicio público durante veinte años.

e.- Juicio de procedencia.

El juicio de procedencia es un medio de control político llevado a cabo por órgano político, con un procedimiento que no termina con una sanción directa sobre el sujeto y; en donde sólo se le separa de su función para que enfrente una acusación penal que se le ha hecho con anterioridad.

El Poder Legislativo ejerce sobre diferentes sujetos titulares de los poderes federales y locales, individuos de alta jerarquía que detentan el poder público, un control político, a través del juicio de procedencia. Diferente, sin duda, al juicio político un medio de control político como en su momento pudimos apreciarlo.

El juicio de procedencia, básicamente lleva como finalidad separar del cargo a un servidor público para efectos de que en su momento pueda enfrentar una imputación penal por las autoridades competentes; por lo tanto, lo único que se logra con dicha institución es quitar la inmunidad procesal que en ese momento detenta por desempeñar el cargo, ya que, se protege la función y no al sujeto.

Debido a lo anterior, la hipótesis de procedencia se actualiza cuando un servidor público comete un delito durante el desempeño de su encargo, no así en

el supuesto de flagrancia o cuando el servidor público se encuentra separado del mismo, siendo innecesario el juicio de procedencia distinto al primer supuesto, en donde, para que la autoridad jurisdiccional pueda fincar responsabilidad penal al servidor público, deberá incoar el juicio de procedencia.

A quienes se les puede seguir un juicio de procedencia, son: a los servidores públicos federales, del Distrito Federal²⁹⁵ y en materia local a los servidores públicos que cometan delitos federales.²⁹⁶

La encargada de declarar si ha o no lugar a proceder en contra de los servidores públicos, lo es la Cámara de Diputados por mayoría absoluta de sus miembros presentes; la resolución puede tener dos sentidos. Que no se alcance la votación que se necesita y por lo tanto se declare no ha lugar a proceder, lo cual no será obstáculo para que una vez que expiren sus funciones, se le pueda fincar responsabilidad penal, pues la misma no prejuzga los fundamentos de imputación; sin embargo, puede ser contraria la resolución al servidor público, en tal supuesto, se le separará de su encargo y quedará a disposición de las autoridades jurisdiccionales para efectos de que se sujete al proceso penal.

En tratándose de servidores públicos locales a quienes se les haya seguido un juicio de procedencia, la resolución de la Cámara de Diputados solamente tendrá efectos declarativos para que las legislaturas locales procedan según corresponda.

²⁹⁵ El artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone: "...los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal...".

²⁹⁶ El artículo 111; párrafo Quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: "los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales...".

La resolución de las autoridades jurisdiccionales a las cuales quedo sujeto el servidor público puede ser absolutoria o condenatoria, en el primer caso deberá de reasumir su función, en el segundo, no se le concederá la gracia del indulto en la hipótesis de que el delito sea cometido durante el periodo de su encargo.

Las resoluciones de la Cámara de Diputados y Senadores son inimpugnables, es decir, que no se puede atacar la resolución de la Cámara de Diputados a través de ningún recurso jurisdiccional.

La declaración de procedencia no procede en tratandose de opiniones de senadores y diputados en el desempeño de sus funciones, ya que, es un principio básico que el Congreso para llevar a cabo sus actividades principalmente la de discutir las leyes, no se les pueda exigir responsabilidad.

El juicio de procedencia que se sustancia ante la Cámara de Diputados, presenta una excepción, cuando se trata del presidente de la República, solamente se le puede acusar durante el tiempo de su encargo por traición a la patria y delitos graves del orden común en el cual se seguirá el procedimiento previsto para el juicio político, es decir que la Cámara de Diputados actuará como Cámara de acusación y la de Senadores es quien resolverá en base a la legislación aplicable.

f.- Facultad indagatoria en el caso de vulneración a las garantías individuales y del voto público.

La facultad indagatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido estudiada por diversos teóricos que han sostenido su naturaleza en diferentes vertientes, así, podemos mencionar a los principales estudiosos de la institución y

los más relevantes, los juristas: TENA RAMIREZ,²⁹⁷ IGNACIO BURGOA,²⁹⁸ JORGE CARPIZO,²⁹⁹ FIX-ZAMUDIO,³⁰⁰ y ARTEAGA NAVA.³⁰¹

Para nosotros constituye un medio de control jurídico porque la indagación es realizada por nuestro máximo tribunal en materia judicial, aún, cuando no termina con una decisión, es decir, no emite ninguna sentencia la cual no es necesaria en este tipo de medios y; no puede ser político porque no es de oportunidad. La investigación se realiza entratándose de vulneración a las garantías individuales; donde se lleva a cabo un análisis, sopesando los actos de poder con la esfera jurídica de derechos vulnerada dentro del margen constitucional.

El supuesto que da pauta al medio de control, cobra vigencia cuando las autoridades han desplegado actos arbitrarios contrarios a la Constitución los cuales vulneran gravemente la esfera de derechos de los gobernados, actos que debieron sancionarse en su momento pero que no se hizo. El inicio de la investigación se le encomienda a efectos de sancionarlos a la Suprema Corte de

²⁹⁷ “Solamente por la importancia que en ciertas épocas se ha querido dar al párrafo tercero del artículo 97, mencionaremos dos de las facultades que dicho precepto otorga a la Suprema Corte de Justicia, como posibles defensas subsidiarias de la Constitución.” Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigésima Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 550.

²⁹⁸ “La facultad de nombrara a un juez de distrito, aun magistrado de Circuito o a uno de sus propios miembros para que practique las investigaciones a que el artículo 97 constitucional se refiere, y su misma averiguación oficiosa, se antojan un señuelo para que dicho alto tribunal cayera en la trampa del desprestigio y del ridículo, rebajándolo a la condición de agente de averiguaciones políticas y penales y desplazándolo del augusto sitial en que la doctrina y la Constitución lo han colocado.” Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Op. Cit., p. 843.

²⁹⁹ “Ahora, asentamos nuestro criterio sobre la naturaleza jurídica del párrafo tercero del artículo 97 constitucional: en primer lugar es una de las garantías constitucionales que integran el contenido de la justicia constitucional mexicana, de carácter judicial porque la realiza e interviene la Suprema Corte de Justicia, pero no implica naturaleza jurisdiccional porque sólo es una función investigadora en la cual la Suprema Corte no tiene ninguna atribución de decisión. El expediente que forma la Corte es de documentación y no es de sentencia.” Ferrer Mac Gregor, Eduardo, (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 522.

³⁰⁰ “El tercero de los instrumentos de garantía establecida por la carta constitucional vigente es el que se conoce con el nombre de procedimiento investigatorio.” Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional ombudsman y derechos humanos*, Primera Reimpresión, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1997, p. 183.

³⁰¹ “en el fondo no, se trata de una investigación policiaca, sino de un asunto de naturaleza indefinida, indeterminada y, en el mejor de los casos, especial; se investiga lo obvio.” Ferrer Mac Gregor, Eduardo, (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Op. Cit., p. 479.

Justicia de la Nación con el objeto de poder apaciguar el clamor nacional e internacional y el aborrecimiento por parte de la opinión pública hacia aquella autoridad arbitraria.

De esta manera, si se cometió la violación grave por conducto de actos positivos o negativos actualizándose el exceso de poder, los cuales por negligencia de las autoridades competentes para sancionarlos no lo hicieron, se sancionen ahora.

El supuesto que puede llevar a la Corte a ejercer facultades de investigación, se da cuando una autoridad federal o local viola garantías individuales, pero, no solamente las contenidas en los primeros 29 artículos, sino también, las previstas como dogmáticamente se ha dicho en la parte orgánica, las que a su vez deberán ser graves³⁰² y cuyos efectos se hayan dado.

También, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede indagar la violación al voto público en la hipótesis en que se ponga en riesgo la legalidad de las elecciones de diputados y senadores federales, así como del presidente de la República. La doctrina ha puesto en consideración que si puede darse en materia local,³⁰³ otros han sostenido que no puede darse en esta.³⁰⁴

³⁰² GARANTIAS INDIVIDUALES. CONCEPTO DE VIOLACIÓN GRAVE DE ELLAS PARA LOS EFECTOS DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. Las violaciones graves de garantías a que se refiere dicho artículo, son hechos generalizados consecuentes a un "estado de cosas", acaecidos en una entidad o región determinados, y su averiguación tiene lugar cuando ocurren acontecimientos que debiendo ser afrontados y resueltos por las autoridades constituidas con estricto apego al principio de legalidad, esos acontecimientos no se logran controlar por la actitud de la propia autoridad, produciéndose, en consecuencia, violaciones a los derechos fundamentales de los individuos. Por ende la grave violación de garantías individuales se actualiza cuando la sociedad no se encuentra en seguridad material, social, política o jurídica, a consecuencia de que: a) Las propias autoridades que deben proteger a la población que gobiernan, son las que producen o propician los actos violentos, pretendiendo en tal forma obtener una respuesta disciplinada, aunque aquellos sean violatorios de los derechos de las personas y de las instituciones; b) Que frente a un desorden generalizado las autoridades sean omisas, negligentes o impotentes para encauzar las relaciones pacíficas de la comunidad, o bien que sean totalmente indiferentes en obtener el respeto a las garantías individuales, Tesis aislada numero LXXXVII/1996, Pleno.

³⁰³ "Están excluidas de investigarse por esa vía las violaciones al voto público que se dan en los procesos de los estados, del Distrito Federal y los municipios." Ferrer Mac Gregor, Eduardo, (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Op. Cit., p. 482.

Los entes, órganos o poderes que pueden solicitar la investigación son: El presidente de la República, la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados por mayoría absoluta en el voto de sus miembros y los gobernadores de los estados, estando impedidos para solicitarla los particulares o cualquier otro órgano no previsto por la Constitución;³⁰⁵ a diferencia de otros autores que consideran que sí procede por virtud del artículo 8 de la Constitución.³⁰⁶ En tratándose de violación al voto público, la Corte podrá proceder de oficio en la investigación, sin que sea necesaria la solicitud de otros sujetos.

La Corte atendiendo a la solicitud que se le hacía hasta antes del diecinueve de marzo de 1996, podía proceder de la siguiente manera; en un inicio debía actuar de manera potestativa cuando la solicitud provenía de un sujeto legitimado para pedir la indagatoria o, discrecionalmente cuando la solicitud se hacía por sujetos no legitimados,³⁰⁷ sin embargo, tal criterio se modificó; ahora la

³⁰⁴ "...también existen razones para pensar que la función investigadora de la corte no se limita a violaciones del voto en materia federal por las siguientes razones: a) La Corte sólo investiga, realmente no está aplicando ninguna ley. B) se faculta al gobernador de un estado para pedir la investigación, y no se ve porque no la va a poder solicitar respecto a violaciones locales. C) La ratio del párrafo: que en momentos de especial gravedad se oiga la voz de la Corte. Bien puede acontecer que violaciones locales del voto público se conviertan en verdadero escándalo nacional. D) La Corte en estos casos está actuando no como órgano del Poder Judicial Federal, sino como órgano de la unidad, del Estado federal es decir de la unidad del orden jurídico." Ibidem, p. 526.

³⁰⁵ "No pueden solicitarla los particulares; tampoco autoridad diversa, incluido el Jefe del Distrito Federal. Las Legislaturas de los estados no pueden formular la petición en ausencia o defecto del gobernador de un Estado; no puede hacerlo la Comisión Permanente del Congreso de la Unión ni la Asamblea Legislativa del Distrito Federal." Ibidem, p. 487.

³⁰⁶ "Ahora bien, si la Corte puede ejercer su facultad, ya de oficio o a instancia de parte expresamente legitimada, siempre y "cuando así lo juzgue conveniente", es evidente que no riñe con la Lógica-jurídica concluir que los gobernados, ciudadanos o no, individual o colectivamente considerados, formalmente organizados o no, también están legitimados para elevar su solicitud al más Alto Tribunal de la República, en ejercicio de su inalienable derecho político de petición, que satisfaga los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley Suprema, caso en el cual la Corte, a su prudente arbitrio, debe decidir si realiza o no la averiguación solicitada, con el correlativo deber de motivar y fundamentar debidamente su resolución negativa." Ibidem, p. 550.

³⁰⁷ SUPREMA CORTE, FACULTADES DE LA, EN MATERIA POLITICA. Es incuestionable que la facultad que atribuye el párrafo tercero del artículo. 97 de la Ley Fundamental de la República, es de aquellas que se ejercitan necesariamente en cualquiera de las tres hipótesis que prevé el mandamiento mencionado, es decir: a) cuando lo solicite el gobernador de algún Estado. En tales casos, no es potestativo de la Suprema Corte de Justicia, nombrar alguno de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito o comisionados especiales para averiguar la conducta de un Juez o Magistrado Federal, o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual o la violación del voto público o algún otro delito castigado por la Ley federal,

Corte actúa de manera discrecional independientemente que la solicitud de indagación sea hecha por sujetos legitimados o no.³⁰⁸

Para tal propósito nombrará a una Comisión; el nombramiento podrá recaer en un Ministro, Magistrado, Juez en la hipótesis de violación grave de garantías individuales y de violación al voto público, ya que, se deben interpretar conjunta y sistemáticamente como ha sido sostenido por la Corte.³⁰⁹

sino que la Constitución está atribuyéndole competencia para hacerlo y semejante atribución no se basa en un criterio de oportunidad calificado por la misma Corte, sino que en cualquiera de dichas hipótesis, deberá practicar la averiguación correspondiente. Diverso es el caso cuando la solicitud emana de un particular, pues tratándose de una situación de esta índole, debe afirmarse que falta al particular la titularidad del acto para excitar a la Suprema Corte para que abra la averiguación, titularidad que por mandato constitucional, corresponde exclusivamente a cualquiera de los órganos comprendidos en las hipótesis señaladas”, Tomo CXLL, petición 86/52, Joel Leyva Díaz, Macrino Corres y Socios, p. 379.

³⁰⁸ FACULTAD DE INVESTIGACIÓN PREVISTA POR EL ARTICULO 97, SEGUNDO PARRAFO, CONSTITUCIONAL, SU EJERCICIO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ES DISCRECIONAL. Este Tribunal Pleno abandona el criterio indicado que había establecido al resolver, con fecha veintidós de abril de mil novecientos cincuenta y dos, la petición 86/52, formulada por Joel Leyva y Socios, atento a que el artículo 97 constitucional vigente en esa época, establecía el imperativo de nombrar algún Ministro, Magistrado de Circuito o Juez de Distrito, para realizar la investigación de un hecho que pudiera constituir violación de garantías individuales cuando así lo solicitara el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión o el Gobernador de alguno de los Estados; sin embargo, con posterioridad, se incorporó en la redacción del dispositivo constitucional la locución “podrá”, que gramaticalmente entraña la facultad de hacer una cosa, de lo que debe concluirse que conforme al texto constitucional en vigor, el procedimiento indagatorio de que se trata, es discrecional para la Suprema Corte aun cuando exista petición de parte legítima; sin que esto implique que la resolución en que se ordene o niegue la investigación, sea arbitraria, pues la decisión de ejercer o no la facultad conferida constitucionalmente, debe ser razonada en todos los casos. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo III. Instancia: Pleno. Abril de 1996, p. 66.

³⁰⁹ GARANTIAS INDIVIDUALES. EL RESULTADO DE LA AVERIGUACIÓN PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL, DEBE HACERSE DEL CONOCIMIENTO DE LAS AUTORIDADES QUE SE ESTIMEN COMPETENTES. La interpretación literal del párrafo segundo del artículo 97 no es operante para estimar que una vez concluida la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual, después de informar al Pleno de la Suprema Corte, proceda el archivo del informe respectivo como asunto concluido, bajo el argumento de que el precepto citado no establece cuál deberá ser el destino de ella. En efecto, los párrafos segundo y tercero del artículo 97 constitucional prevén la facultad extraordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para averiguar: en el primer caso, la existencia de una violación grave y generalizada de las garantías individuales; y en el segundo, la violación al voto público, pero sólo en el caso de que a su juicio pudiera oponerse en duda la legalidad de todo el procedimiento de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Sin embargo, en el segundo párrafo se señala quienes deben llevar a cabo la averiguación, y los designa como “comisionados”; en el tercer párrafo no se hace tal precisión. Por ello, si en el segundo párrafo no se indica el manejo de los resultados de la averiguación, debe entenderse que es aplicable lo dispuesto en el tercero, el cual indica que se hará llegar oportunamente el informe a los órganos competentes. Estas diferencias permiten establecer la necesidad de interpretar conjunta y sistemáticamente ambos párrafos, pues no podría decirse que

Efectuada la investigación por los comisionados o comisionado, deberán presentar un informe al Pleno de la Corte cuyo contenido debe versar sobre si se vulneraron las garantías individuales o expresar que no ha ocurrido tal acto, siendo remitido el informe a las autoridades que hayan hecho la solicitud y, estas, en su caso de que constituya algún delito darán parte a las autoridades competentes, a la Cámara de Diputados para efectos de juicio de procedencia o quien consideren conveniente remitir el informe cuando la Corte ha sido instada por alguno de sus miembros.

Los informes deberán hacerse llegar a las autoridades competentes; en materia electoral al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y al Instituto Federal Electoral, al primero porque es quien se encarga de calificar las elecciones de presidente de la República y, al Instituto Federal Electoral porque es el encargado de llevar a cabo las elecciones federales, de presidente, senadores y diputados.

g.- El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.

A partir de las reformas del 22 de agosto de 1996., se hicieron cambios en la estructura del Poder Judicial, se creó el órgano especializado en materia electoral y se insertaron figuras que sin duda alguna vinieron a dar participación al Poder Judicial en materia política.

por la sola circunstancia de que en el párrafo tercero no se precisa la designación de comisionados para llevar a cabo la averiguación, esta no pudiera efectuarse, sino que, entendiéndose de manera concordante con el ejercicio de igual facultad a la que alude el párrafo segundo resulta inconcuso que para su desarrollo debe la Suprema Corte comisionar a alguno o algunos de sus miembros. Consecuentemente, por identidad de razón, y bajo el mismo sistema de interpretación, aun cuando en el párrafo segundo no se precise el destino final del resultado de la averiguación, esa omisión ha de interpretarse a la luz del párrafo tercero, en el sentido que los resultados del mismo deberán hacerse llegar oportunamente a los órganos que en principio pudieran resultar competentes. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo III. Instancia: Pleno. Junio de 1996, p. 515.

El juicio, objeto de nuestro estudio, es consecuencia de aquellas reformas. Se regula actualmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 99 párrafo cuarto, fracción V., y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral en su libro tercero, título único, capítulo primero, artículos 79 al 85.

Sobre la naturaleza del juicio de protección de los derechos políticos y electorales, se han pronunciado distinguidos especialistas en la materia, de entre los cuales podemos mencionar a ORTIZ MARTINEZ,³¹⁰ CASTELLANOS HERNANDEZ,³¹¹ GALVAN RIVERA,³¹² FIX-ZAMUDIO;³¹³ la mayoría coincide al considerarlo como un medio judicial de control de la constitucionalidad, otros como una garantía constitucional correspondiente al juicio de amparo.

Desde nuestra perspectiva, resulta oportuno sostener que se trata de un medio de control jurídico procedente en contra de los actos de poder que tratan de sobrepasar al principio de legalidad estricto sensu y que generan una vulneración a la esfera de derechos políticos, propios de los ciudadanos mexicanos e imprescindibles en una democracia emergente, siendo ahí, donde el juicio y el

³¹⁰ “El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano es el instrumento procesal para la salvaguarda de una serie de prerrogativas señaladas en la Constitución como mecanismos de participación política de los ciudadanos.” Barraza Arturo-Gallo Álvarez Gabriel-Rebollo Fernández José L. Elías Musi Edmundo, (Coordinadores), *Apuntes de Derecho Electoral*, Libro II, “Justicia Electoral”, México, Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación, 2000, p. 1123.

³¹¹ “...surge el juicio para la protección de los derechos político-electorales como un medio de control del cumplimiento de las disposiciones constitucionales.” Castellanos Hernández, Eduardo, *Derecho Electoral en México*, México, Trillas, 1999, p. 204.

³¹² “Como una novedad de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, actualmente existe el denominado juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, cuya finalidad consiste en garantizar judicialmente el respeto y libre ejercicio de los derechos políticos del ciudadano, que trascienden directamente al ámbito electoral y que están expresamente previstos en la Constitución Federal.

La otra finalidad de este medio de control constitucional es restituir al ciudadano, cuando ello sea factible, en el goce de sus derechos político-electorales violados por el impugnado acto o resolución de autoridad electoral.” Orozco Enríquez, Jesús, (compilador), *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 1092.

³¹³ “Este instrumento introducido en las reformas constitucionales de 1996 debe considerarse como un mecanismo paralelo del juicio de amparo, en su función primordial de protección de los derechos humanos.” Fix-Zamudio-Valencia Carmona, Op. Cit., p. 867.

Tribunal Electoral juegan un papel importante, adoptando el Tribunal Electoral el papel de guardián de la Constitución y protector de los derechos políticos electorales a través del instrumento en estudio.

El juicio de protección de los derechos políticos y electorales, puede promoverse por los siguientes sujetos: Los ciudadanos titulares de los derechos políticos y los representantes de las agrupaciones u organizaciones políticas.

Los supuestos en que procede el Juicio son los siguientes: a) Habiendo cumplido los requisitos y trámites correspondientes, no hubiere obtenido oportunamente el documento que exija la ley electoral respectiva para ejercer el voto; b) Habiendo obtenido oportunamente el documento a que se refiere el inciso anterior, no aparezca incluido en la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio; c) Considere haber sido indebidamente excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio; d) Considere que se violó su derecho político electoral de ser votado cuando, habiendo sido propuesto por un partido político, le sea negado indebidamente su registro como candidato a un cargo de elección popular. En los procesos electorales federales, si también el partido político interpuso recurso de revisión o apelación, según corresponda, por la negativa del mismo registro, el Consejo del Instituto o la Sala Regional, a solicitud de la Sala Superior, remitirán el expediente para que sea resuelto por ésta, junto con el juicio promovido por el ciudadano; e) Habiendose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política, y; f) Considere que un acto o resolución de la autoridad es violatorio de cualquier otro de los derechos político-electorales a que se refiere el artículo anterior, (art. 80 de la Ley General de Sistemas y Medios de Impugnación); g) “la negativa a otorgar la constancia de mayoría o de asignación respectiva, cuando la autoridad competente considere que el candidato triunfante es inelegible; y la revocación de

la constancia de mayoría o de asignación, por inegibilidad del candidato triunfador”.³¹⁴

La demanda de juicio para la protección de los derechos políticos y electorales se deberá interponer dentro de los cuatro días siguientes a que se haya tenido conocimiento del acto o resolución impugnado o se hubiese notificado de conformidad con la ley aplicable.

Para interponer el juicio de protección de derechos políticos y electorales, la parte actora debe de cumplir con el principio de definitividad, es decir, debe agotar los medios jurisdiccionales necesarios; en un mismo sentido y tratándose de los casos a) al c) del párrafo primero del artículo 80, se deberá agotar la instancia administrativa adecuada. En materia local, si la ley electoral prevé algún recurso que proceda en las hipótesis anteriores, se tendrá que agotar; aunque en el supuesto de que no contemple la ley electoral ningún medio jurisdiccional o contemplando los recursos adecuados no se logre la reparación constitucional reclamada, procederá el juicio, pero sólo en tratándose de caso de ineligibilidad de candidato, en donde las autoridades hayan decidido no otorgar o revocar la constancia de mayoría o de asignación respectiva.

El órgano encargado de conocer del juicio es el Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación por conducto de su Sala Superior y salas regionales; las salas regionales conocerán de las impugnaciones que hagan los legitimados en función del ámbito territorial de la circunscripción plurinominal en que ejerce su jurisdicción: En el caso de que se les niegue su credencial de elector, no aparezcan en la lista nominal o se les haya excluido indebidamente de las mismas, con motivo y durante los procesos electorales federales ordinarios. De los demás casos, conocerá la Sala Superior del Tribunal Electoral, teniendo sus resoluciones el carácter de definitivas e inatacables, es decir, que no existe medio

³¹⁴ Galván Rivera, Flavio, Derecho Procesal Electoral Mexicano, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 177.

jurisdiccional alguno por medio del cual se pueda, revocar, modificar o confirmar la resolución emitida, alcanzando la naturaleza de cosa juzgada.

h.- El juicio de revisión constitucional electoral.

Con respecto a la naturaleza del juicio de revisión constitucional, se han dejado escuchar las voces más preclaras y autorizadas en la institución, TERRAZAS SALGADO,³¹⁵ CARRILLO RODRÍGUEZ³¹⁶ y GALVAN RIVERA³¹⁷.

Un medio de control jurídico, lo constituye el juicio de revisión constitucional, quien tiene como objetivo primordial la protección del gobernado, que es, quien resiente la vulneración a sus derechos políticos por actos o resoluciones concretos emanados de la autoridad local, considerados como inconstitucionales, abarcando aquellos actos previstos en una norma secundaria inconstitucional, así, como una violación directa a la Constitución; lo anterior ha venido a enfrentar las tesis sostenidas por la Sala Superior y el Pleno de la Corte, la primera sustentando que tiene facultad para inaplicar una norma secundaria inconstitucional J.05/99 y el Pleno sustentando que el artículo 133 desautoriza el control difuso de la constitucionalidad 74/1999.

Procede contra actos y resoluciones que se emitan en la organización y calificación de los comicios; contra la resolución de controversias que guarden relación con las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades

³¹⁵ "...el control de la constitucionalidad en materia electoral se desarrolla por medio de las autoridades judiciales y de las vías impugnativas siguientes:

...

e) El juicio de revisión constitucional electoral." Orozco Enríquez, Jesús, Op. Cit., p. 1269.

³¹⁶ "En esa virtud, es claro que la reforma que se analiza es producto de la soberanía de los estados y fueron éstos lo que otorgaron a un órgano del Poder Judicial de la Federación, la facultad y responsabilidad de ejercer el control constitucional sobre los actos y resoluciones de las autoridades electorales locales, mediante el análisis de su constitucionalidad por medio del juicio de revisión constitucional electoral, buscando dar eficacia en este campo al principio de supremacía constitucional." Barraza Arturo-Gallo Álvarez Gabriel-Rebollo Fernández José L. Elías Musi Edmundo, Op. Cit., p. 1188.

³¹⁷ "En tan sólo un párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, al determinar la competencia específica del Tribunal Electoral, quedo establecido este medio de control constitucional..." Orozco Enríquez, Jesús, Op. Cit., p. 1096.

municipales, el Jefe de Gobierno, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal.

Procede contra actos de las autoridades electorales de las entidades federativas, cuyos requisitos de procedibilidad son los siguientes: Ser definitivos y firmes;³¹⁸ que violen algún precepto de la Constitución;³¹⁹ que la violación reclamada sea determinante para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones;³²⁰ que la reparación sea posible dentro de los plazos electorales y antes de los plazos de instalación de los órganos o de toma de posesión de los funcionarios electos;³²¹ que se haya cumplido con el principio de definitividad.

Si el demandante no cumple con los requisitos que debe tener el acto su demanda será desechada, igualmente por falta de legitimación o personería de parte de quien demanda.

Los legitimados para instaurar una demanda de revisión constitucional, son: Los partidos políticos por conducto de sus representantes;³²² ésta se deberá

³¹⁸ “lo cual significa que no ha de existir la posibilidad de modificación, revocación o anulación, ya por un acto realizable de oficio o bien a petición de parte interesada.” Ibidem, p. 1098.

³¹⁹ “...que el juicio en comento sólo debe ser procedente cuando el demandante argumente y demuestre que el impugnado acto de autoridad es presuntamente violatorio de un precepto de la Constitución Federal, pues de lo contrario, el juicio de revisión constitucional se tornaría en simple medio de control de la legalidad.” Ibidem, p. 1099.

³²⁰ “lo que significa que el juicio de revisión constitucional procede únicamente durante el desarrollo de un procedimiento electoral, ordinario o extraordinario, siendo improcedente en el periodo interprocedimental, esto es, el que transcurre entre dos procedimientos electorales.” Ibidem, pp. 1098-1099.

³²¹ “Existe estrecho vínculo entre los dos requisitos transcritos con anterioridad, ya que el primero, básicamente exige que exista el tiempo suficiente para la tramitación y resolución del juicio de revisión constitucional, que es el único mecanismo de defensa con eficacia para reparar el perjuicio legal sufrido por el partido político recurrente; y el segundo, prácticamente establece como exigencia, que el juicio de revisión, sea factible de ser resuelto antes de que se instale el órgano electo, o se haya tomado posesión material y efectiva del supuesto de elección popular de que se trate, respecto de éstos.” Barraza Arturo-Gallo Álvarez Gabriel-Rebollo Fernández José L. Elías Musi Edmundo, Op. Cit., p.1192.

³²² De acuerdo con lo establecido por el artículo 88 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se dispone: “...entendiéndose por estos:

Los registrados formalmente ante el órgano electoral responsable, cuando este haya dictado el acto o resolución impugnado;

promover en un periodo de cuatro días contados a partir del día siguiente a aquel en que haya tenido conocimiento del acto o resolución impugnado o hubiese sido notificado de acuerdo a la ley aplicable.

La autoridad responsable dará aviso de que se ha presentado una impugnación al Instituto o a la Sala del Tribunal Electoral: Señalando a la parte actora, el acto o resolución que le agravia, fecha y hora en que se recibió la demanda y dentro del plazo de setenta y dos horas darle publicidad a través de la vía que se tenga, estrados o cualquier otra; igualmente dentro del mismo plazo las partes deberán rendir sus alegatos y en su defecto el tercero interesado su comparecencia. De inmediato la autoridad responsable remitirá la demanda de juicio de revisión constitucional a la Sala Superior del Tribunal Electoral: Junto con sus anexos, el expediente que contenga la resolución impugnada, el informe circunstanciado donde se indique si el que promueve o quien comparece tienen acreditada su personería, fundando y motivando la constitucionalidad o legalidad de su acto o resolución, y firmando su informe; recibida la demanda y demás documentos, el presidente de la Sala turnará el expediente al Magistrado electoral que corresponda, agregando a los autos para los efectos legales a que haya lugar. Durante el juicio queda impedido aportar u ofrecer prueba alguna, excepto se trate de pruebas supervenientes que sean determinantes para acreditar la violación reclamada.

Las sentencias que se emitan, serán definitivas e inatacables y pueden ser de revocación, confirmación o modificación del acto o resolución, teniéndose que notificar al día siguiente de emitida a la autoridad responsable, por oficio y acompañada de copia certificada de la demanda, al actor y tercero interesado de

Los que hayan interpuesto el medio de impugnación electoral jurisdiccional al cual le recayó la resolución impugnada;

Los que hayan comparecido con el carácter de tercero interesado en el medio de impugnación jurisdiccional al cual le recayó la resolución impugnada, y

Los que tengan facultades de representación de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo, en los casos que sean distintos a los precisados en los incisos anteriores”.

forma personal, si señalaron domicilio, si no lo hicieron se les hará por correo certificado.

i.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Aún cuando no detenta facultades jurisdiccionales, es un organismo que lleva a cabo un fin de trascendencia impensable, el resguardara los derechos humanos y como consecuencia ejercer el control del poder, evitando que se lleguen a vulnerar o en su caso si se han vulnerado por actos de poder, buscar que sean reparados.

La creación de una Comisión de los Derechos Humanos en México, no fue sencilla, sino que tuvieron que antecederle infinidad de hechos y acontecimientos, aunado a esto la participación de todos los factores académicos, políticos y sociales que fueron de real trascendencia.

En el proyecto de instauración de tan noble institución tuvieron que converger en un inicio, todas y cada una de las entidades federativas; se tuvieron que formular proyectos de ley en materia de protección a los derechos humanos;³²³ tuvieron que crearse diversas instituciones; se trabajo en la academia a través de innumerables conferencias donde el principal tema siempre fue un

³²³ “Su antecedente más lejano es la Ley de Procuraduría de Pobres de Ponciano Arriaga, creada en 1847...Dentro de estos intentos, que no tuvieron gran eficacia práctica, se pueden mencionar la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos de Nuevo León, establecida por una ley del Congreso local del 3 de enero de 1979, así como el procurador de vecinos creado por acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley orgánica Municipal del Estado de Colima publicada el 8 de diciembre de 1948.

El primer organismo que ha funcionado en realidad, aun cuando con una competencia restringida, lo ha sido la Defensoría de los Derechos Universitarios, cuyo estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985. Le siguieron varias instituciones a nivel estatal y municipal, así en orden de aparición: Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca, 26 de septiembre de 1986; Procuraduría social de la Montaña de Guerrero, 29 de abril de 1987; Procuraduría de Protección Ciudadana en Aguascalientes, 28 de agosto de 1988; Reglamento General de la Defensoría de los Derechos Humanos de los vecinos del Municipio de Querétaro, 22 de diciembre de 1988; Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, 23 de enero de 1989; Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, 13 de febrero de 1989; Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos, 5 de abril de 1989, y Ley sobre la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California, 31 de julio de 1990.” Fix-Zamudio-Valencia Carmona, Op. Cit., pp. 467-468.

organismo que se encargara de proteger la violación a los derechos humanos,³²⁴ no obstante, se tuvo que acudir al derecho comparado a fin de mantenernos identificados con las formas de salvaguarda a los derechos humanos en otros países, particularmente del continente europeo; todo esto ayudo en la instauración de la Comisión de los Derechos Humanos en nuestro país.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se creó por virtud de decreto del presidente de la República de 5 de junio de 1990; con posterioridad se elevaría a rango constitucional de fecha 28 de enero de 1992 y, encontraría su regulación en el artículo 102 del apartado “B” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuyo contenido es de seis títulos, setenta y seis artículos y ocho transitorios, siendo publicada el 29 de junio de 1992., en el Diario Oficial de la Federación.

En cuanto a su naturaleza, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo autónomo por disposición constitucional y reglamentaria.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conoce por conducto de quejas, de los actos y omisiones, de las autoridades y de los servidores públicos de la federación, de las entidades federativas y de los municipios que vulneren los derechos humanos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se integra por: Un Presidente, una Secretaria ejecutiva, de hasta 5 Visitadores Generales, así como

³²⁴ “En este sentido, merece destacarse la tarea pionera que desarrollo el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al realizar el Primer Seminario Internacional de Derechos Humanos, de diciembre de 1968 a marzo de 1969, en el cual participaron connotados profesores nacionales (dirigió el Instituto en aquel entonces Héctor Fix-Zamudio, y el coordinador del evento fue don Niceto Alcalá-Zamora), y extranjeros, entre estos últimos juristas de la talla de René bassin, Robertson, Vasak y Loewenstein; más tarde, del 11 al 22 de agosto de 1980, el propio Instituto celebró una sesión de enseñanza sobre “La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas, a la que siguieron diversos eventos que han tenido notable trascendencia en el medio jurídico del país. Precisamente, a través de varios estudios doctrinarios publicados en aquellos años, se fue conociendo la institución de origen sueco denominado *ombudsman*, en la que se funda nuestra Comisión Nacional.” Ibidem, pp. 468-469.

del número de visitadores adjuntos y personal profesional, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones. Y, en el desempeño de sus responsabilidades contará con un Consejo.

La competencia de la Comisión es la siguiente: Recibe quejas, realiza investigaciones, formula recomendaciones, conoce y decide en última instancia respecto de inconformidades sustanciadas en un principio en una entidad federativa o, sobre las inconformidades por la omisión en que incurran las comisiones locales; ejecuta, promueve e impulsa la enseñanza y programas sobre derechos humanos e impulsa reformas a los ordenamientos jurídicos para una mejor protección de los mismos.

Sin embargo, encuentra serias limitaciones; no puede conocer de quejas en contra de asuntos de materia, electoral, laboral, o de resoluciones jurisdiccionales; también, está impedida para conocer sobre consultas en donde se plantee un asunto que tenga que ver con la interpretación de las normas secundarias o la norma primaria.

Quienes se encuentran legitimados para promover la queja son: Los gobernados quienes resienten el acto de autoridad de manera directa y; de forma indirecta pueden plantearla los parientes, vecinos o menores de edad, en la hipótesis de privación de la libertad o por desconocimiento del paradero de un afectado. De igual forma las organizaciones no gubernamentales están legitimadas para hacerlo, cuando se encuentre impedida una persona por cuestiones de cultura, económicas o físicas.

La presentación de la demanda de queja por violación a los derechos humanos, se debe hacer en el plazo de un año a partir del primer acto de violación o en que se tuvo conocimiento de este, pudiendose ampliar el plazo cuando se esté ante violaciones graves a través de resolución razonada de la Comisión, pero en tratandose de violaciones de lesa humanidad no hay plazo, este es indefinido.

La demanda deberá presentarse por escrito o en caso grave a través de vía electrónica o de forma oral en el caso de personas que no sepan escribir, sean menores de edad o no entiendan el español, proporcionándoles en este último caso un traductor; si el denunciante se encuentra recluido, su queja deberá promoverla de manera directa ante el personal visitador o en su caso, por conducto del personal del reclusorio quienes tienen obligación de remitirlo a la Comisión debiéndose identificar quien promueve, si no lo hace en el momento, debe presentarse a ratificarla dentro de los tres días siguientes de haberse interpuesto.

La Comisión puede resolver de la siguiente manera; cuando la demanda sea infundada o manifiestamente improcedente la queja se rechazará al momento o si no se deducen elementos que permitan la intervención de la Comisión, pedirá al quejoso que la aclare, si no lo hace después de dos requerimientos, la queja se mandará al archivo; asimismo puede resolver y tener por admitida la demanda.

Una vez que ha sido admitida la demanda, debe dar parte a la autoridad responsable para que en un plazo de quince días naturales emita un informe; en tratándose de urgencia se le notificará a través de la vía más rápida y la Comisión podrá decidir el plazo en que se debará de rendir el informe, a su vez, el informe deberá contener los antecedentes del asunto, fundamentar y motivar los actos u omisiones si admite que existieron y los elementos necesarios para la documentación del caso, si no presenta su informe, si lo presenta pero le falta la documentación o lo presenta extemporáneamente, se tendrán por ciertos los hechos materia de la queja.

El Presidente, los Visitadores Generales o adjuntos, el personal técnico y profesional, pueden ponerse en contacto con la autoridad responsable a fin de que llegue a una conciliación con el quejoso, si llegan a una conciliación o en su caso se allana la autoridad responsable, quedará constatado y se mandará al

archivo el expediente, dando un plazo de 90 días a la autoridad responsable para que cumpla, si no lo hace, el quejoso puede acudir a la Comisión nuevamente para que en un plazo de setenta y dos horas resuelva lo que corresponda.

Si las partes no llegan a una conciliación, se continúa con el procedimiento ante los Visitadores, quienes pueden llevar a cabo actos de investigación para resolver satisfactoriamente o solicitar a las autoridades que se tomen las precauciones restitutorias o de conservación y las pruebas que presenten las partes, así, como las que logre obtener y recabar la Comisión, las cuales serán valoradas conjuntamente apegándose a los principios de lógica, experiencia y legalidad; en un mismo sentido, la Comisión puede dictar acuerdos de trámite solicitando a las autoridades responsables su comparecencia o información y documentación, si no lo hacen, se les fincará responsabilidad.

Las conclusiones estarán fundamentadas en documentos y pruebas que obren en el expediente. Asimismo, para emitir alguna de las siguientes resoluciones, se analizarán los hechos, las pruebas, argumentos y elementos de convicción con el propósito de determinar si se vulneraron los derechos humanos del quejoso a través del acto u omisión de la autoridad responsable.

Y el visitador una vez concluida la investigación podrá resolver lo siguiente:

a) Emitir un proyecto de recomendación o; b) Emitir un acuerdo de no responsabilidad.

En el primer caso, la resolución deberá contener las medidas a efecto de restituir los derechos humanos vulnerados, la reparación de los daños y perjuicios que se ocasionaron al quejoso. La segunda se emitirá, cuando de todo lo actuado se compruebe que no se violaron los derechos humanos del quejoso.

Una vez emitida la recomendación, la cual es pública pero no imperativa, se hará de su conocimiento a la autoridad responsable, quien tiene quince días para aceptarla, teniendo otros quince días para entregar las pruebas de que ha dado cumplimiento a la resolución; contra dichas resoluciones no procede recurso alguno.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos no es un organismo jurisdiccional, ya que sus resoluciones no pueden modificar los actos y no puede obligar de forma coactiva a las autoridades o servidores públicos que han violado los derechos humanos, es decir, que sus resoluciones no tienen carácter vinculante.

Aún, cuando no es un órgano jurisdiccional, esto no es obstáculo para que llegue a declarar a través de recomendaciones que una autoridad o servidor público ha cometido violación a los derechos humanos; tal vez no existe una sanción jurídica directa, pero el que la resolución se haga pública por conducto de los medios de mayor circulación, trae para la autoridad vulneradora consecuencias políticas de gran magnitud que redundan en castigo por parte del electorado, en el caso de que quiera acceder a un cargo de elección.

Así las cosas, la Comisión es un organismo de control del poder, en favor del gobernado, como tutelador de sus derechos básicos y en contra de las autoridades o servidores públicos que permanentemente tratan de vulnerarlos; el mecanismo de control consistente en recomendaciones, se ha considerado no muy eficaz, pero esto, no es obstáculo para que en un momento dado el incumplimiento de una recomendación pueda traer consecuencias políticas mayores.

Hacemos votos en el sentido de que a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con una finalidad y un proyecto que inicio hace años y que aún no ha acabado, en un futuro, puedan alcanzar fuerza a su resoluciones, es

decir, que puedan ser vinculantes para todo tipo de autoridades y servidores públicos; todo esto conjugado en un único fin, hacer del Estado mexicano un autentico Estado de derecho, con una democracia no formal, sino material, donde el derecho se imponga siempre en la conciencia del gobernante y gobernados por encima del poder.

Conclusiones

El sistema francés evolucionó en contra de las críticas que se emitieron por los estudiosos de la ciencia constitucional, e incluso por el Constituyente del 58, que dicho sistema no funcionaría; pero las instituciones fueron capaces de resolver todos y cada uno de los problemas políticos en el momento en que se han ido presentando, jugando un papel fundamental el presidente de la República como garante de la Constitución, quien a su vez desarrollo funciones arbitrales; en un mismo sentido, el Primer Ministro ha funcionado como un arbitro en los diversos conflictos que pueden surgir entre los poderes constituidos; lo cierto y, que no se puede negar, es que el sistema constitucional francés prevé diversos medios de destrabe en caso de puntos de contacto entre las instituciones, es ahí, en donde radica el éxito del sistema semipresidencialista.

El papel que ha desempeñado el Consejo Constitucional, al ejercer un control jurisdiccional sobre los actos emanados de los poderes Ejecutivo y Legislativo, esencialmente sobre la legislación, llamense leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas o tratados internacionales, ha sido exhaustivo y eficaz.

No obstante, en el sistema francés, podemos ver un Senado disminuido con poca o casi nada de participación relevante, que la de presidir la presidencia interinamente, o participar en la realización de las leyes, aún así disminuido, tal vez, entendido por la representación de los territorios, no emanados de una legitimidad popular; empero, se le puede dar más participación, particularmente en los medios de control o como un órgano arbitral en cuestiones de contacto entre los demás poderes, esto llevaría a darle mayor participación de la que ahora tiene

el senado, por un lado y; por otro, ayudaría a resolver cuestiones de conflicto, apoyando a un mejor funcionamiento de las instituciones y haciendo más eficaz a la Constitución francesa, de forma tal, que se pueda hablar de una Constitución normativa de la que nos hablaba KARL LOEWENSTEIN.

Dicho régimen de Gobierno oscilatorio por teoría y alternativo en práctica, ha sabido superar las crisis políticas a partir de 1958., con unas instituciones eficaces, pero con algunos ajustes, lo pueden ser más aún; sin duda alguna un prototipo para los sistemas presidenciales latinoamericanos, que hoy en día, quieren adoptar en sus formas de Gobierno, figuras propias de los regímenes parlamentarios, o en su defecto, los parlamentarios quieran retomar figuras de los sistema presidenciales, en cualquier posición que se pudieran encontrar los países europeos o latinoamericanos, deben por un lado proceder con cautela, sopesando ventajas y desventajas de un sistema, no mostrándose radicalmente contrarios a una parlamentarización de un sistema presidencialista o viceversa, pero siempre, teniendo en cuenta, como elemento de prioridad, la libertad del ser humano, el pasado de las instituciones, la regulación en el presente y el futuro de las mismas.

Los medios de control políticos y jurídicos en el Reino Unido, cumplen con una función diferente; por un lado, los medios de control político cumplen la función de evitar la obstaculización de las políticas gubernamentales y sirven de destrabe en el caso de que se presenten puntos de contacto entre los poderes constituidos, a dicha finalidad, le es inherente la responsabilidad política que se le puede exigir al primer ministro conjuntamente con su gabinete o, a cada uno de los ministros a través de la responsabilidad individual, de esta forma, es como ha avanzado el sistema constitucional, al contar con instrumentos políticos que dan celeridad a cuestiones de importancia para el Reino Unido; pero otro lado, es loable la función que tienen las interpelaciones parlamentarias sobre la fiscalización de las políticas gubernamentales, aún cuando no son un medio de control que tenga resultados directos, si tiene resultados indirectos, pues la crítica

a una política gubernamental puede inclinar al electorado para que vote por el candidato del partido opositor.

Debemos recordar que los momentos políticos, sociales y económicos han cambiado en el Reino Unido, de tal modo que no se pueden mostrar todavía un tanto tradicionalistas y hasta herméticos al momento de las reformas; ya no pueden seguir teniendo a un Ejecutivo disminuido con una preeminencia por parte de la Cámara de los Comunes. Se ha dicho que es un gobierno de gabinete, es decir, en donde el primer ministro tiene la preeminencia al ser el líder del partido que tiene mayoría en dicha Cámara, sin embargo, sus facultades de control sobre el Legislativo son mínimas o casi nulas, con excepción de que puede pedir la disolución de la Cámara de los Comunes.

De igual modo, habrá de someterse a debate la reforma de la Cámara de los Lores, sobre si debe seguir siendo una Cámara con personas que no representan al pueblo por no tener su origen en el voto directo, y como consecuencia se le haya disminuido en sus facultades de control en materia legislativa, como por ejemplo; no poder participar en los proyectos de leyes financieras señaladas por el primer ministro; es momento de darle una nueva organización a la Cámara de los Lores, ¿porque no ahora?, que se puedan elegir a través del voto popular, esto implicaría que pudiera participar en cuestiones de interés para el Reino Unido y, a su vez, se vería compensado en mayores medios de control.

Los medios de control jurisdiccionales, particularmente la Revisión Judicial, deberá proceder en contra de los actos del Parlamento, entrando a cuestionar la validez formal y material de los mismos; si en realidad, quieren ser un Estado constitucional de derecho, deben poner por encima a la Constitución, aún cuando no es unificada; y dejar viejos dogmas como lo son la soberanía parlamentaria, que lo único que ha generado es impunidad y libertad de actuación por parte de los miembros parlamentarios. Como son para nosotros de mayor importancia los

controles jurídicos, pugnamos porque estos se inserten en el sistema constitucional del Reino Unido y porque los consideramos medios idoneos para anular los actos y a su vez evitar que se vuelva a incurrir por parte del sujeto en nuevos excesos y abusos de poder. Hoy se debe poner en debate, la posibilidad de que el Reino Unido implemente nuevos medios de control del poder en su sistema político.

Estados Unidos, cuenta oficialmente con un instrumento jurisdiccional de control como lo es la Revisión judicial, donde la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes; dicho medio vino a darle solidez a su carta magna, en tanto que los controles políticos solamente han hecho notar la omnipotencia del titular del Ejecutivo, porque en la mayoría de los casos en que se le han pretendido aplicar, ha podido eludirlos o ejerce una influencia extrema en su aplicación; reflejada en el cúmulo de facultades superiores a la de los otros dos poderes Legislativo y Judicial; en la intención del titular del Ejecutivo de eludir los controles cuando se le han pretendido aplicar o ha tendido a la búsqueda de la negociación de los mismos; su influencia desmedida con respecto a los controles políticos, ha sido respaldada por las diversas resoluciones de la Corte sustentando interpretaciones evolucionistas.

En Estados Unidos, los controles políticos y jurídicos han estado a disposición del Ejecutivo federal, por lo tanto, también resulta necesario a fin de limitar el poder político, que a los instrumentos de control regrese la objetividad, y no siga imperando la subjetividad en su aplicación, de otra forma, sería un Estado democrático, pero no tendría nada de constitucional.

En México, los medios de control jurisdiccional hasta antes de 1994, no permitían el control del poder político eficazmente, ante tal situación, la incorporación de la acción de inconstitucionalidad y la reforma adecuada a efecto de darle aplicación a la controversia constitucional, permitieron un avance bondadoso y un apoyo al juicio de amparo; aunque el camino se ha acortado, falta

mucho por hacer y mecanismos por diseñar, con motivo del surgimiento de nuevos centros de poder.

Ahora, contamos con una Suprema Corte independiente de los dos poderes (Ejecutivo-Judicial) pero todavía no es posible hablar de un Tribunal Constitucional, por el hecho de que todavía conoce de cuestiones de legalidad, como en su momento oportuno lo hizo notar el destacado constitucionalista español **FERNANDEZ SEGADO**.

Los medios de control político que no se habían activado y su utilización era poco frecuente; ante la existencia de un partido hegemónico en el gobierno ahora es distinto, un presidente emanado de un partido diferente, un Congreso con miembros de partidos distintos y con sectores divididos, en sí, un gobierno de cohabitación que ha propiciado la activación de los controles políticos, ¿pero con los fines para los que fueron creados o con intenciones disimuladas?, esto último, parece ser que es lo que priva en nuestro sistema, la utilización de los medios de control con objetivos distintos; un sistema que ha quedado estático, ante la nueva conformación de poderes que no logra superar las diversas irregularidades; y personas que se muestran intolerantes en su avance.

El Estado mexicano, requiere de reformas en sus instrumentos de control político previstos en su Carta Magna que lleven como objetivo: Hacer compatible en sus actividades a los poderes de la unión, a las de las entidades federativas y al Distrito Federal, y eliminen todo tipo de medidas que lleven a enfrentar a los poderes por un erróneo entendimiento de los controles, esta es, consideramos, una de las pruebas más difíciles a las que se deberá someter el Estado y la sociedad.

CAPÍTULO V UN EMERGENTE CONTROL DEL PODER Y LOS ORGANISMOS SUPRANACIONALES.

SUMARIO CAPÍTULO V UN EMERGENTE CONTROL DEL PODER Y LOS ORGANISMOS SUPRANACIONALES. A Latinoamerica. 1.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. a.- Origen. b.-Organización. c.- Facultades. d.- Procedimiento ante la CIDH. I) Legitimados para presentar una denuncia o queja ante la CIDH. II) Procedimiento previo a la admisibilidad de la demanda de petición. III) Requisitos que deben cubrirse para que una petición sea admitida por la Comisión. IV) Resolución sobre admisibilidad e inadmisibilidad. V) Procedimiento sobre el fondo. A) Apertura del caso. B) Decisión sobre el fondo .C) Seguimiento de las resoluciones de la Comisión. 2.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos. a.- La función jurisdiccional. I) Procedimiento de la (función Jurisdiccional). A) Procedimiento escrito. B) Procedimiento oral. C) De la prueba . D) Terminación anticipada. E) La sentencia. F) Demanda de interpretación. b.- La función consultiva. I) Procedimiento de la función consultiva. c.- México ante un control del poder emergente por organismos supranacionales. **B Europa y el control del poder a través de organismos supranacionales.** 1.- El control del poder en y por organismos supranacionales, como lo es la Unión Europea (lato sensu). a.- Controles políticos. I) La moción de censura .II) Las preguntas al Consejo, a la Comisión y otros. III) La obligación de informar. IV)La facultad de petición. V) Comisiones de investigación. VI) El control del presupuesto. VII) El control en los acuerdos internacionales. VIII) Derecho de acudir al Defensor del Pueblo. IX) La Comisión (El guardian del derecho comunitario). X) El Consejo como el Protector de los principios fundamentales. XI) El control sobre los ingresos y egresos de la Unión Europea por conducto del Tribunal de Cuentas. b.- Controles jurídicos.I) Recurso de anulación. II) La cuestión de ilegalidad. III) Recurso por inactividad. IV) El recurso por incumplimiento. V) Recurso por responsabilidad extracontractual. VI) La cuestión prejudicial. VII) El control previo de la legalidad sobre los acuerdos internacionales. c.- La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales.

Diversos países se han preocupado por la protección a los derechos humanos internamente como internacionalmente, esencialmente desde la instauración de la Carta Magna de 1215 en Inglaterra, la cual no fue universal más bien de corte interno y sobre algunas personas determinadas, pero al fin y al cabo fue un instrumento básico para la salvaguarda de los derechos; con posterioridad se vendrían a dar en ese sentido y como influencia de una modernidad en su

apogeo, diversos documentos en Europa como en America, de entre los cuales podemos señala: la *Petición of Rights* de 1627, el *Habeas Corpus* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689, la declaración de derechos del 14 de octubre de 1774 del Congreso de Filadelfia, la declaración de derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, la Constitución de 1787 y por primera vez se daría un instrumento a nivel global que fue la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en Europa; independientemente de que su inspiración ha levantado encarnizadas polémicas, como la protagonizada entre Boutmy y Jellinek.¹ En cambio, a partir de la segunda posguerra motivado por la crisis que le antecedió a nivel internacional; debido a la vulneración grave en casi todos los países de los diversos continentes a los derechos humanos, todo esto, aunado a regímenes caracterizados por la limitación a la esfera de derechos de las personas, como el nacionalsocialismo, fascismo o el franquismo, dieron pauta al surgimiento de la Carta de Naciones Unidas en 1945 y con posterioridad la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, consecuentemente se darían diversos instrumentos a nivel regional, como lo son, sin animos de ser exhaustivos: La Carta de organización de los Estados Soberanos de America de 1948; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en América, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y la adopción de la misma por un organismo, tal vez, hoy por hoy, el más importante del Continente Europeo, la Unión Europea de fecha 7 de diciembre de 2000; la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 con posibilidades máximas de un pronto Tribunal Africano que

¹ Jellinek mantiene la siguiente postura, “la declaración de derechos francesa está tomada en su conjunto de los Bills of Right o declarations of Rights. Pág. 92, Boutmy contestando a Jellinek expresara lo siguiente “todo lo que puedo reconocer como acertado en las conclusiones de Jellinek es que el ejemplo de América y su Declaración de independencia, más que las constituciones mal conocidas de los estados, hayan podido influir en algo en la idea de reunir en un solo texto los derechos del hombre y del ciudadano y de colocarlos al comienzo de la constitución. Esto no indica ni prejuzga nada, debe señalarse, sobre los modelos, si es que los hubo, que hayan podido ser imitados en la redacción de este documento y sobre la fuente de inspiración de la que surgió. Respecto a las demás afirmaciones de Jellinek, no encuentro ninguna acorde con una visión sana de los hechos y de los textos, con la cual pudiera estar de acuerdo: todas me parecen igualmente discutibles.” Jellinek, George, (Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, Estudio introductorio, Carbonell Miguel), *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 144.

tutele los derechos humanos de los pueblos del Continente Africano, un Tribunal Penal Internacional y lo más novedoso, el proyecto de Constitución para la Unión Europea que puede pasar a formar parte del avance más importante de los últimos tiempos y la muestra de control del poder por organismos de naturaleza supranacional.

La protección por los diversos instrumentos contenidos en documentos, así como los organismos anteriormente anunciados, juegan un papel trascendental en la lucha por hacer del ser humano un ser digno de este mundo; sin embargo, el hombre tiende en ocasiones a limitar o restringir los derechos de los demás cuando detenta una fuerza superior, es decir, cuando detenta el poder, económico, social o político, ante tal actitud demostrada hoy en día particularmente por el poder público que ejercen las personas en México denominadas servidores públicos y, en todos los países, aún cuando se les denomine de distinta forma, se ha podido ver con claridad la amenaza que representan en la actualidad este tipo de personas, ante la cual, el derecho por conducto de los diversos instrumentos internos, sustantivos y jurisdiccionales y, las declaraciones a nivel internacional, han mostrado un avance importante en la protección a los derechos individuales y colectivos, en todas las partes del orbe; aunque consideramos que se puede dar una mejor protección al ser humano en contra de los actos arbitrarios de poder, a través de organismos supranacionales, a favor del ser humano y en beneficio de un mejor sistema de derecho, es decir, que hoy en día se puede hablar de organismos emergentes como controladores del poder público en los estados nacionales, uno de ellos lo es la Unión Europea; hacemos votos, tal vez catalogados por algunos de ambiciosos, pero es el momento de apoyar la idea de crear organismos supranacionales, cuyo propósito básico sea el control del poder público nacional.

En la actualidad el control del poder en Latinoamérica es emergente como lo señalamos en el título, debido a que se ejerce un control del poder de manera parcial, es decir, que solamente operan a nivel regional como lo son: La Comisión

Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, cuyo objeto de protección son los derechos de las personas nacionales de un Estado ratificante de la Convención Americana de Derechos Humanos 1969.

Para poder hablar de control del poder en Latinoamérica, es necesario hablar de los organismos que lo ejercieron en un principio, y la forma de cómo han ido evolucionando; en esa tesitura, se puede decir que el control del poder supranacional regional americano, tiene su origen en la Organización de Estados Americanos, cuya génesis se produce en la IX Conferencia Internacional del Continente Americano, en Bogota Colombia el 2 de mayo de 1948; cuyo preámbulo contempla que la unión regional de Latinoamérica se realizaba con la finalidad de consolidar las instituciones democráticas, en un ámbito de libertad y justicia, cuya base deberían ser los derechos humanos; asimismo basados en la paz, el desarrollo, la independencia, el respeto a la soberanía y destacandose principios esenciales como: buscar la paz entre estados, solucionar los conflictos políticos, jurídicos o económicos, y en donde, se proponen propósitos hasta ahora incumplidos, una cooperación económica y la proclamación de los derechos fundamentales.

A Latinoamérica.

1.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

a.- Origen.

La Carta de la OEA no reguló a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su origen, es decir desde que se creo ésta en 1959 en la Quinta reunión de Ministros de Relaciones Exteriores por resolución de número VIII, hasta antes de la enmienda a la Carta por virtud del Protocolo de Buenos Aires de 1970; la cual vino a darle una naturaleza institucional y constitucional que antes no

gozaba, como lo sostuvo en su momento el Dr. FIX-ZAMUDIO² viniendo a definir su función; en adelante se encargaría de dar promoción a la observancia de los derechos humanos en los diferentes Estados de la OEA y servir como órgano consultivo de estos.

La materia sobre la que ejerce de órgano promotor y de consulta, la ubicamos en la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de la cual, es competente para conocer sobre su cumplimiento.

b.-Organización.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lleva a cabo facultades de representación de los miembros de la OEA, la cual se integra de siete personas con alta integridad moral y conocedoras de derechos humanos; dichas personas son electas de entre las propuestas que presentan los Estados miembros, quienes a su vez tienen la potestad para proponer por lo menos tres miembros nacionales o que sean nacionales de otro país que pertenezca a la OEA; aunque el Estado proponente deberá designar de entre las tres personas una que no sea nacional. Son electos por un periodo de cuatro años con posibilidad de reelección por única vez y dos nacionales de un mismo Estado no pueden formar parte de la Comisión. En el caso de que se presenten vacantes en el encargo anormales, diversos a la expiración del mandato, los colmará el Consejo Permanente.

c.- Facultades.

La Comisión desempeña facultades legislativas, siendo la encargada de preparar su estatuto y dictar su reglamento, el primero con anuencia de la Asamblea General.

² Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Segunda Edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 17.

Sin embargo, la empresa más importante de la cual se deriva su denominación, consiste en promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, es decir, que es un organismo supranacional cuya finalidad es hacer que los derechos humanos se respeten en los diversos países que se han sometido a su jurisdicción, esencialmente por parte de los hombres que ejercen el poder político y en su momento evitar que sean flagelados por estos, ya que, tiene la naturaleza de organismo protector.

De conformidad con el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptado en La Paz Bolivia de 1979 y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podemos destacar las siguientes funciones y atribuciones de la Comisión Interamericana.

Las atribuciones de la Comisión en relación a los Estados miembros de la OEA, son las siguientes:

Estimular la conciencia de los derechos humanos.

Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos y disposiciones, para fomentar el respeto a los mismos.

Preparar estudios e informes convenientes para desempeñar sus funciones.

Solicitar a los gobiernos informes sobre medidas adoptadas en su país en materia de derechos humanos.

Atender las consultas que le hagan los gobiernos sobre derechos humanos y asesorar en caso de que se lo soliciten.

Rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Practicar observaciones *in loco*, en un Estado, con anuencia del gobierno respectivo.

Presentar el programa de presupuesto al Secretario General para efectos de que este lo someta a la Asamblea General.

La Comisión tendrá las siguientes atribuciones, en relación a los Estados que son parte de la Convención Americana:

Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, conforme a los artículos 44 al 51 de la Convención.

Comparecer ante la Corte Interamericana en los casos establecidos en la Convención.

Hacer la solicitud a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que adopte medidas provisionales, en tratándose de asuntos graves y urgentes, que puedan causar un daño irreparable.

Consultar a la Corte sobre interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos.

Someter a la Asamblea General proyectos de protocolo cuya finalidad es ir salvaguardando los nuevos derechos y libertades, así; como propuestas de enmienda a la Convención.

La Comisión tendrá las siguientes atribuciones con relación a los países que son miembros de la OEA, pero que no son parte en la Convención Americana:

Prestar particular atención en la observancia en los derechos humanos estipulados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, expresos en el capítulo primero, cuyos artículos que hacen referencia del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, derecho de igualdad ante la ley, derecho de Libertad religiosa y de culto, derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, derecho de justicia, derecho de protección contra la detención arbitraria y el derecho a un proceso regular.

Examinar las comunicaciones que se le dirijan y cualquier información que se ponga a su disposición y dirigirse a los gobiernos

a fin de obtener información y realizar las recomendaciones, para hacer efectiva la observancia de los derechos.

Analizar si los procesos y recursos internos se han agotado, antes de acudir a la medida anterior.

d.- Procedimiento ante la CIDH.

l) Legitimados para presentar una denuncia o queja ante la CIDH.

La Comisión conocerá de las peticiones que le formulen las personas, grupo de personas o entidad no gubernamental, legalmente reconocidas en el Estado miembro de la organización que versen sobre quejas o denuncias por violación a los derechos humanos contenidos en diferentes instrumentos de naturaleza internacional³ por un Estado parte, cuya naturaleza es compulsoria.

Los Estados pueden presentar una comunicación, en el momento de la ratificación, adhesión o con posterioridad; el Estado puede declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue (en virtud del principio de reciprocidad) que otro ha incurrido en violaciones a los derechos humanos, contenidos en la Convención (jurisdicción facultativa), si no han hecho tal declaración, la Comisión no recibirá ninguna comunicación; la declaración puede operar por tiempo indefinido, tiempo determinado o para casos específicos, depositándose la misma ante la Secretaría General, remitiendo ésta, copia a los demás Estados parte.

³ De conformidad con el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 109- periodo extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, el cual entro en vigor el 1 de mayo de 2001, el cual dispone "...en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención interamericana sobre la Desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer".

II) Procedimiento previo a la admisibilidad de la demanda de petición.

Presentada ante la Secretaria Ejecutiva, y una vez cumplidos los requisitos de la demanda de petición,⁴ se dará trámite a la misma y se remitirán las partes pertinentes de ésta al Estado demandado solicitándole información (sin que comprometa la admisibilidad o inadmisibilidad) sin que pueda revelarse la identidad del peticionario, excepto exista autorización de su parte.

Contados a partir de la fecha de transmisión, dentro de dos meses el Estado debe dar respuesta, pudiendo a su vez solicitar a la Comisión que le prorrogue el plazo, ésta última podrá hacerlo previa evaluación de la Secretaria Ejecutiva, debiendo la solicitud estar debidamente fundada; por otro lado, la Comisión podrá negar la prórroga del plazo cuando esta exceda de tres meses contados a partir de la primera solicitud de información que se le hubiese enviado. Asimismo, la Comisión podrá solicitar pronta respuesta del Estado, en las siguientes hipótesis; cuando se trate de un caso grave, urgente, cuando la vida de una persona o integridad personal se encuentren en peligro real o inminente.

⁴ De acuerdo con el artículo 28 del reglamento de la Comisión interamericana que hemos venido examinando “ Requisitos para la consideración de peticiones:

Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener la siguiente información:

- a) el nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciante o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales;
- b) si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado;
- c) la dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico;
- d) una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas;
- e) de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada;
- f) la indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción u omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga referencia específica al artículo presuntamente violado;
- g) el cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento;
- h) las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento;
- i) la indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento.

Antes de resolver sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda de petición, puede convocar a las partes para que presenten observaciones adicionales por escrito o, a través de audiencia de acuerdo a lo previsto en el Capítulo VI del Reglamento; recibidas o no, analizará si subsisten los motivos, si no subsisten, se archivará el expediente.

III) Requisitos que deben cubrirse para que una petición sea admitida por la Comisión.

Para que la Comisión resuelva sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda de petición, se deberán agotar los recursos jurisdiccionales internos, excepto cuando se trate de las hipótesis previstas en el apartado dos del artículo 31 del Reglamento de la Comisión. Cuando el peticionario alegue no poder comprobar que los recursos internos han sido agotados, corresponde al Estado demostrar que no se ha cumplido con el principio de definitividad; excepto se deduzca del expediente.

Las peticiones deben presentarse a partir de la notificación de la decisión definitiva y dentro de los seis meses siguientes, si resultare aplicable alguna excepción (sobre el no cumplimiento del principio de definitividad), se debe presentar la demanda en un plazo razonable a criterio de la Comisión, considerando la fecha de la violación y sus circunstancias.

La Comisión no admitirá una petición, si la materia motivo de ésta está pendiente en resolverse ante organismo internacional o, ya ha sido resuelta, excepto no haya una decisión sobre casos específicos sometidos a la Comisión, ante la existencia previa de un examen general respecto del mismo asunto ventilado ante un organismo internacional o, el peticionario (víctima o familiar) ante la Comisión no sea el mismo que establece una petición (tercera persona o ONG) ante un organismo internacional.

De conformidad con la convención, la Comisión podrá declarar inadmisibles una petición, si carece de: el nombre del peticionario, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de las personas físicas y, en caso de que sea un Estado, la firma del representante legal.

La Comisión podrá declarar inadmisibles una petición cuando; no se expongan los hechos que caracterizan una violación de derechos, por ser infundada o improcedente, derivadas de la exposición del peticionario, del Estado o, de una información o prueba sobreviniente o, ya haya sido examinada por la Comisión u organismo internacional la reproducción sustancial de una petición.

El peticionario puede desistirse dando parte a la Comisión por escrito; la cual después de examinarla, puede resolver mandarla al archivo o estimarla procedente y continuar el trámite de acuerdo al encargo que le ha sido encomendado; proteger y resguardar los derechos humanos.

Un grupo de trabajo se reunirá antes de la sesión ordinaria de sesiones, con el objetivo de hacer recomendaciones a la Comisión sobre la admisibilidad de las peticiones.

IV) Resolución sobre admisibilidad e inadmisibilidad.

Una vez que hubo considerado las peticiones de las partes, emitirá su resolución (informe de admisibilidad o inadmisibilidad), la cual será pública y publicada en su Informe Anual que presente a la Asamblea General de la OEA.

Emitido el informe de admisibilidad, se registra la petición y se da inicio al procedimiento sobre el fondo. Pero en circunstancias excepcionales, la Comisión podrá diferir el asunto sobre admisibilidad o inadmisibilidad y, declarará la apertura del caso comunicando a las partes de tal hecho.

V) Procedimiento sobre el fondo.

A) Apertura del caso.

Declarado abierto el asunto, la Comisión solicitará al gobierno del Estado de la autoridad responsable de que se trata, los informes oportunos y el de observaciones remitiendo las partes pertinentes de la petición, las cuales deben ser en dos meses; de igual forma dará dos meses al peticionario a fin de que presente sus observaciones; asimismo podrá invitar a las partes para que presenten informes adicionales por escrito y se presumiran como verdaderos los hechos vertidos en la demanda de petición si en el plazo de dos meses el Estado no proporciona información que puedan contravertirlos; si estos fueren remitidos o en su caso no se presente el informe solicitado, se analizará si existen los razonamientos jurídicos de la petición o comunicación; ante la inexistencia de estos mandará archivar el expediente.

En la hipótesis de que no se haya archivado el expediente, la Comisión puede llevar a cabo una investigación con conocimiento de y solicitando a las partes las facilidades necesarias a fin de comprobar los hechos, estando facultada para solicitar a los Estados interesados información oportuna, recibiendo en forma oral o escrita de acuerdo a como lo haya solicitado; de igual manera, en la situación de urgencia y gravedad, puede llevar a cabo una investigación en el territorio del Estado donde se cometió la violación con la sola presentación de petición o comunicación que reúna los requisitos de admisibilidad.

La Comisión podrá fijar un plazo y se pondrá a disposición de las partes a fin de solucionar la controversia por la vía amistosa y sobre la base de un respeto a los derechos previstos en la Convención; si las partes llegasen a un arreglo amistoso, la Comisión redactará un informe cuyo contenido versará sobre los hechos y la solución lograda que se transmitirá al peticionario y, a los Estados parte por un lado quienes estarán facultados para solicitar los informes necesarios

y, por el otro, dará comunicación de la resolución al Secretario General para efectos de que lo publique.

De igual forma, puede convocar a las partes a una audiencia de acuerdo al Capítulo VI del Reglamento, para un mejor avance del caso.

B) Decisión sobre el fondo.

La Comisión examinará los alegatos, las pruebas de las partes, la información obtenida durante las audiencias o, a través de observaciones *in loco* o de público conocimiento.

Se procederá a la deliberación, la cual será secreta y confidencial y, se pasará a votación a fin de emitir un informe, en donde expondrá los hechos y las conclusiones; en la hipótesis de que el informe no represente unanimidad, los miembros pueden agregar su opinión, anexando la información de los Estados interesados si se les ha solicitado y que hayan rendido

El informe puede darse en dos sentidos; el primero que determine que no existió violación a los derechos humanos, el cual será remitido a las partes y publicado en el informe anual ante la Asamblea General de la OEA; el segundo, que determine que hubo dos o más violaciones, dándose parte al Estado violador de los derechos; fijándole un plazo para que informe de las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones; notificándose al peticionario del informe y de su transmisión al Estado vulnerador de derechos; si el Estado se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, la Comisión fijará el plazo de un mes al peticionario para que adopte una posición sobre el sometimiento o no del asunto ante la Corte Interamericana, en el caso de que fuese de interés para el peticionario en someter el asunto ante la Corte, deberá presentar los requisitos previstos en el artículo 43 del Reglamento, de su apartados 3, incisos a,b,c y d, el

informe se transmitirá a los Estados interesados, quedando impedidos para efectuar su publicación.

El Estado vulnerador de los derechos humanos que ha incurrido en incumplimiento de las recomendaciones emanadas de la Comisión, cuya actividad omisiva puede dar pauta a que se someta el caso ante la Corte Interamericana excepto exista resolución fundada y contraria de la mayoría absoluta de sus miembros.

En un plazo de tres meses a partir del informe, si no se ha solucionado el caso o no se ha sometido éste al conocimiento de la Corte; la Comisión por mayoría absoluta puede emitir un informe definitivo, el cual debe contener su opinión, conclusiones y recomendaciones; por otro lado, señalará un plazo para que el Estado tome las medidas oportunas a fin de dar solución al asunto, decidiendo con posterioridad si el Estado ha cumplido o ha incurrido en omisión, y si publica o no su informe; es dable decir como lo afirma el Dr. FIX-ZAMUDIO sustentándose en opiniones consultivas, que existen dos tipos de informes el preliminar y el definitivo, este último es el que se puede publicar, además de que la Comisión se encuentra impedida para modificar sus opiniones conclusivas y recomendaciones excepto en tratándose de casos excepcionales,⁵ el cual será remitido a las partes para que en un plazo establecido por la Comisión, informen sobre su cumplimiento; la Comisión las evaluará y decidirá su publicación y su inclusión anual en el informe ante la Asamblea General de la OEA.

C) Seguimiento de las resoluciones de la Comisión.

Resuelto el caso por solución amistosa o emitido un informe sobre el fondo del asunto del que se derivaron recomendaciones, la Comisión podrá solicitar

⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Op. Cit., pp. 22-23.

informes y realizar audiencias con la finalidad de fiscalizar el cumplimiento de su resolución, informando de los avances.

Por otro lado, los informes serán depositados en los archivos y, los remitidos a las partes serán certificados por la Secretaria Ejecutiva.

2.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, sin duda, ha desempeñado un papel trascendental dentro de la consolidación de los Estados democráticos en Latinoamérica, de tal forma, que hoy se reafirma como un organismo supranacional, considerado por nosotros como un organismo cuyo objetivo es el control del poder político, derivado de su papel esencial, proteger los derechos humanos.

Conjuntamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, representan a nivel regional los más destacados organismos jurisdiccionales en pro de la protección de los derechos humanos; empero, hacemos votos porque en un futuro, se amplíe su control sobre otras cuestiones que en la actualidad laceran y vulneran al ser humano, así, como a los diversos órganos que forman parte de las diversas formas de gobierno en Latinoamérica.

La Corte ha desarrollado como lo hemos venido insistiendo una labor loable en la salvaguarda de los derechos humanos de las personas de Latinoamérica.⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se materializa a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos cuya aprobación data de 1969,

⁶ “Últimamente se han presentado casos de derechos de primera generación en los que ya se plantean nuevos temas a la consideración del tribunal...” “Comienzan a aparecer litigios correspondientes a derechos de segunda generación o que incorporan componentes que lindan con estos...” “Por otra parte, se ha iniciado el examen de temas novedosos que han requerido amplio análisis e importante desarrollo jurisprudencial, y que pueden fijar rumbos para el porvenir.” García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 99 y ss.

entrando en vigor hasta 1978,⁷ además encuentra su regulación en el Estatuto y en su Reglamento; la Convención contiene un preámbulo y 82 artículos, el Estatuto contiene 32 artículos; y, el Reglamento 66 artículos.⁸

De conformidad con el Estatuto, la Corte es una institución judicial autónoma, con un objetivo, la aplicación e interpretación de la Convención.

La Corte Interamericana se conforma de siete jueces, electos en función de su calidad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, por mayoría absoluta de votos y en votación secreta de los Estados parte en la Convención, por la Asamblea General de la OEA.

Cada Estado puede proponer tres candidatos y, al menos uno debe ser de nacionalidad diferente al Estado proponente; serán elegidos para un periodo de seis años con posibilidades de reelección por única vez; los jueces electos permanecerán en funciones hasta el término de su mandato; no obstante, seguirán conociendo de asuntos de los cuales hayan tenido conocimiento y estuvieren en periodo de sentencia y, no podrán ser sustituidos por los nuevos jueces.

Si un asunto es sometido al conocimiento de la Corte, de manera que uno de sus miembros es nacional del Estado parte, el juez conocerá del asunto, el otro Estado parte, podrá designar a un juez *ad hoc* de su elección a efectos de integrar la Corte; si ninguno es nacional de un Estado parte, los dos nombrarán un *Juez ad hoc*, los jueces deben reunir los requisitos ya señalados.

⁷ “En 1979, la Corte Interamericana quedó establecida e inicio sus funciones. El 22 de mayo de ese año, la Asamblea General de la OEA eligió a los primeros jueces. La Corte tuvo su reunión inicial los días 29 y 30 de junio; el 3 de septiembre se realizó la ceremonia de instalación en el Teatro Nacional de San José.” Ibidem, pp. 64-65.

⁸ El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue aprobado por la Corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, entrando en vigor el 1 de junio de 2001.

El quórum para que pueda deliberar la Corte es de cinco jueces y, las decisiones se tomarán por mayoría de los jueces presentes, para el caso de empate, el presidente tendrá el voto decisivo, estando obligada la Comisión a comparecer ante la Corte y, será tenida como parte en todos los casos que se relacionen con la función jurisdiccional.

Asimismo, cuenta con un presidente y un vicepresidente, los cuales son elegidos de entre sus miembros para un periodo de dos años, los cuales pueden ser reelectos, el primero representa a la Corte y dirige las sesiones de esta y, el segundo, lo puede sustituir en caso de ausencia temporal.

En concordancia con los objetivos de la Corte podemos ubicar dos, la interpretación y aplicación de la Convención, como consecuencia de lo anterior cumple con las siguientes funciones: **la jurisdiccional y la consultiva**.

a.- La función jurisdiccional.

La función jurisdiccional; quienes tienen legitimidad para promoverla son los Estados miembros y la Comisión Interamericana, previo agotamiento del procedimiento ante la propia Comisión, estando impedidos para accionar los particulares, es decir, los que resienten la violación a sus derechos humanos directamente.⁹

⁹ “Un asunto de gran importancia es este orden de consideración es el relativo a la víctima de la violación cometida, que puede ser por supuesto, sólo una “presunta” o “supuesta” víctima... En este punto se plantea una cuestión crucial del orden jurídico y de las funciones del Estado, con su correspondencia en la vida de las personas: el acceso a la justicia... El acceso a la justicia, en el ámbito internacional, depende de una serie de condiciones que podríamos resumir en los siguientes términos, recogiendo conceptos mencionados hasta aquí y anticipando otros de los que adelante me ocuparé: a) que existan los instrumentos en los que funda su ejercicio; b) que estos adquieran vigencia universal o regional; c) que se admitan lo más ampliamente posible- es decir, con las menos reservas, siempre discutibles en el campo de los derechos humanos o sin ellas-; d) que se construya en ese marco un sistema de jurisdicción contenciosa; e) que se acepte el pleno despliegue de ésta, sea porque tenga aplicación inmediata, sea porque se ponga en juego una cláusula facultativa; f) que se reconozca seriamente el imperio de sus resoluciones; g) que haya firmeza en la admisión de la competencia, por encima del debate-inevitable, por lo demás- que suscite algún caso concreto: en suma, “estar a las resultas del juicio” que emite la Corte, más allá

La facultad jurisdiccional es facultativa, es decir, que los Estados parte deben reconocer la competencia de la Corte sobre asuntos de jurisdicción contenciosa, interpretación y aplicación de la Convención, en el momento de la ratificación, adhesión o, con posterioridad.

La declaración se puede hacer, por declaración o convención especial, con o sin condición, por un plazo determinado o en casos específicos, presentándose al Secretario General de la OEA, quien transmitirá a su vez copias de ésta a los Estados miembros y al Secretario de la Corte.

La Corte puede determinar medidas provisionales, ya sea por decisión propia o en su caso a petición de parte de la Comisión, en tratándose de situaciones de extrema urgencia o gravedad, así, como en el caso de daños de naturaleza irreparable.¹⁰

I) Procedimiento de la función Jurisdiccional.

A) Procedimiento escrito.

del "prejuicio" implícito en la pretensión de las partes; h) que los individuos puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales, con amplios derechos procesales para obtener satisfacción de las pretensiones correspondientes a todos sus derechos sustantivos; i) que haya vías internas de recepción y ejecución de los pronunciamientos internacionales, y j) que existan medios para supervisar y exigir el cumplimiento, hasta obtenerlo.

La convención acoge un amplísimo régimen de acceso a la Comisión Interamericana...En el periodo de tutela jurisdiccional -que supone un litigio encauzado hacia la jurisdicción a través de una acción procesal- sucede otra cosa: aquí la legitimación corresponde solamente a un Estado parte del sistema o a la Comisión interamericana." Ibidem, pp. 115,119-120 y 121.

¹⁰ "Estas medidas provisionales han resultado muy fructíferas en la práctica de la Comisión Interamericana, en cuanto las ha ordenado en numerosas ocasiones, ya sea de oficio o a petición de parte en los asuntos que conoce, pero también, y ello con mayor frecuencia, en asuntos que se encontraban o se encuentran en tramitación ante la Comisión Interamericana, con resultados muy satisfactorios, pues en casi todos los supuestos los Estados respectivos han adoptado las medidas que se les han pedido, y han informado periódicamente tanto a la Corte como a la Comisión interamericana de sus resultados, lo que ha impedido que las personas en peligro sufran daños" Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Op. Cit., p. 29.

Los Estados que se han adherido o han ratificado la Convención, así como la Comisión Interamericana, están legitimados para someter una controversia ante la Secretaría de la Corte Interamericana por conducto de una demanda la cual expresará: las pretensiones, las partes en el caso, la exposición de los hechos, las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión, las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versará, la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes, la Comisión deberá expresar el nombre y dirección del que denunció originalmente, de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes si fuere posible, el nombre del representante del Estado (Agente) o del representante de la Comisión (Delegado), con el informe provisional de la Comisión.

El Presidente de la Corte, analizará si se cumplen con los requisitos, si es así, admitirá la demanda, en caso contrario mandará a que se subsanen los defectos en un plazo de 20 días.

Admitida la demanda, el Secretario General notificará al Presidente, a la Comisión y jueces, al Estado demandado, a la Comisión si no es parte actora, al denunciante original si se conoce y, a la presunta víctima,¹¹ informándose de la presentación de la demanda a los Estados partes, al Consejo Permanente por conducto de su Presidente y, al Secretario General de la OEA, debiendo nombrar el demandado, Agente o Delegado en el plazo de treinta días para efectos de representación; notificada la demanda a la víctima, familiares o representantes, estos disponen de 30 días para presentar ante la Corte solicitudes, pruebas y argumentos.

¹¹ “Un nuevo paso hacia delante dio el Reglamento del año 2000, vigente en 2001 y consecuente con la tendencia de la propia Corte y con la recomendación formulada por la Asamblea General de la OEA a favor de la participación de la víctima en el proceso...” “Al legitimarse a la víctima para actuar en todas las etapas del proceso-una vez promovido este, y no sólo en la etapa de reparaciones, aquella puede realizar varios actos inherentes a la condición de parte procesal, salvo el ejercicio de la acción: su derecho está subordinado, pues, a la actuación de la Comisión-o de un Estado-que insta la apertura del proceso.” García Ramírez, Sergio, Op. Cit., pp. 123-124.

Notificada la demanda, en un plazo de dos meses pueden oponer por conducto de escrito las excepciones ante la Secretaria de la Corte, la cual debe contener: hecho, derecho, pruebas y conclusiones, comunicandose sobre su presentación a las personas a quienes se les notificó en la demanda en un inicio, y no suspenderá el procedimiento o algún plazo.

Sobre el escrito de excepciones, las partes pueden presentar alegatos en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la comunicación; asimismo la Corte puede fijar una audiencia especial para decidir sobre éstas.

La contestación de la demanda debe hacerse en un plazo de dos meses posteriores a la notificación, la cual debe contener los mismos requisitos que se piden en el escrito inicial de demanda, comunicandose de su presentación al Presidente y jueces, a la parte actora, a la Comisión si no es parte actora, al denunciante original si es conocido, a la víctima o familiares.

Constestada la demanda y antes de la apertura del procedimiento oral, el Presidente puede abrir plazos para la presentación de documentos, si es solicitado por las partes.

B) Procedimiento oral.

En el procedimiento oral, el Presidente de la Corte detenta múltiples facultades, de entre las cuales es oportuno mencionar las siguientes: es el encargado de fijar fecha de apertura y las audiencias que sean necesarias, de dirigir los debates y determinar la secuencia en que tomarán la palabra las personas que intervengan; tomará las medidas oportunas para su mejor realización; asimismo las víctimas, presuntas víctimas, sus familiares o representantes, podrán actuar y, en el supuesto de que exista pluralidad, deberán designar a un interviniente común que será el único autorizado para audiencia pública.

Las personas que comparezcan podrán ser cuestionadas por los jueces. Así las cosas, los Agentes, Delegados o los representantes de las víctimas, peritos y, toda otra persona podrán ser oídas por la Corte, cuya moderación estará a cargo del Presidente, quien resolverá sobre la pertinencia de las preguntas formuladas, pudiendo dispensar de responderlas, excepto la Corte resuelva lo contrario.

Sobre las audiencias se levantará acta la cual deberá contener, el nombre de las partes que participen, jueces, representantes de los Estados, de la Comisión, de las presuntas víctimas, de los testigos, de los peritos, las declaraciones de los Estados parte, la Comisión, y por las víctimas o presuntas víctimas sus representantes o familiares, de los testigos y peritos, así; como las preguntas y respuestas que se hayan formulado y las realizadas por los jueces; también las decisiones que haya emitido la Corte.

A los delegados, representantes, peritos, testigos, presuntas víctimas o víctima, familiares, se les otorgará copia de todo lo actuado (audiencia) a todos los participantes y bajo el control del Secretario, pudiendose corregir los errores materiales; las actas deberán ir firmadas por el Presidente y Secretario quien dará fe del contenido, y se les enviará copia a los participantes.

C) De la prueba.

Las pruebas para su admisibilidad deberán señalarse en la demanda, en la constestación de la demanda, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación, las cuales serán incorporadas al expediente y recibidas en procedimiento contradictorio, podríamos decir de algún modo que es la regla general; sin embargo, la recepción de pruebas admite excepciones, es decir, que existen otros casos en que se pueden admitir estas; tratandose de fuerza mayor, de impedimento grave o hecho superviniente, garantizandose a la contraparte el derecho de defensa, además de que la víctima o presunta víctima, familiares o

representantes pueden aportar pruebas, siendo las partes quienes deban de cubrir los gastos que la prueba ocasione, en el caso de que la hayan propuesto.

La Corte en cualquier estado de la causa podrá procurarse de oficio toda prueba que considere útil; para ésto, podrá oír declaración, opinión, explicación, solicitar informe o dictamen, información o, comisionar a alguno de sus miembros para que efectúe alguna investigación.

Si la Corte considera necesario escuchar, señalará la oportunidad y citará a las partes para que presenten a sus peritos y testigos; el citatorio contendrá nombre y los hechos sobre el que versará el interrogatorio y el peritaje; los testigos deberán prestar juramento; así, también los peritos ante la Corte, los testigos antes de presentar su declaración podrán ser objetados por cualquiera de las partes y podrán ser escuchados por la Corte si estuvieren impedidos para rendir su declaración, resolverá la Corte sobre las declaraciones y objeciones. Los peritos podrán ser recusados en los siguientes casos: si tuvieren un interés directo, hubieren intervenido como agentes, consejeros o abogados, hubieren fungido como miembros de un tribunal nacional o internacional o, de una comisión investigadora, cuando presente su excusa al Presidente por estar impedido para conocer o por motivo calificado considere no debe participar, por impedimento o por motivo calificado en que considere no debe participar a juicio del Presidente.

La recusación de peritos deberá presentarse en un plazo de quince días siguientes a la designación de perito, si este contradijere la recusación, la Corte decidirá. Si no se encuentra reunida la Corte, el Presidente puede ordenar que se evacúe la prueba previa consulta con la Comisión permanente, se dará cuenta a la primera para que resuelva sobre su valor. La Corte decidirá sobre la designación de nuevo perito, pero en caso de urgencia puede designarlo el Presidente en consulta con la Comisión permanente, y resolverá en definitiva la Corte.

Los testigos y peritos están protegidos, bajo el impedimento de los Estados de enjuiciarlos, así, como el de ejercer represalias, por sus declaraciones o dictámenes. Si los testigos o peritos han violado su juramento, no comparecieron o se rehusaren a deponer sin motivo legítimo, la Corte puede solicitar que se le aplique la sanción que corresponda al Estado parte.

D) Terminación anticipada.

El proceso puede terminar de manera anticipada, por sobreseimiento derivado de un desistimiento de la parte actora o por allanamiento de la parte demandada, igualmente por solución amistosa comunicado por las partes. Pero la Corte puede continuar el proceso aún cuando se den las hipótesis mencionadas, sustentándose en su finalidad esencial, la observancia y protección de los derechos humanos.

E) La Sentencia.

Concluido el procedimiento escrito y oral. Cerrada la etapa de admisión de pruebas de las partes y las oficio de la Corte. Una vez que se hubiesen promovido la prueba testimonial y pericial, así como la tramitación de su objeción y recusación, no encontrándose ante hipótesis de sobreseimiento, la Corte emitirá su resolución definitiva.

La Corte tomará la decisión en privado a través de votación, en donde se aprobará la redacción de la sentencia, la cual deberá contener lo siguiente: el nombre del Presidente, Secretario, jueces y Secretario Adjunto, se indicarán las partes y sus representantes de las víctimas o familiares, la relación de los actos del procedimiento, los hechos, las conclusiones de las partes, derecho, la decisión

sobre el asunto, las costas en caso de que procedieren, el resultado de la votación, y la indicación de cual de los textos hace fe; fijándose la fecha de sesión pública en que se comunicará a las partes la sentencia, mientras tanto quedarán en secreto los textos, razonamientos y votaciones.

La sentencia deberá ser firmada por jueces y Secretario, siendo válida si es firmada por la mayoría de los jueces, además de que pueden sustentar un voto disidente, razonado, suscribiendolo el juez y el Secretario.

Concluirá con una orden de comunicación y ejecución,¹² quedando los originales en los archivos de la Corte; no obstante, el Secretario deberá expedir copia certificada a la parte interesada que lo solicite, comunicando la sentencia a los Estados parte.

La Corte solamente se ciñe a resolver sobre las violaciones cometidas por los Estados, y en la hipótesis de que se resuelva que hubo violación a los derechos, la Corte podrá decidir lo siguiente: a) Que se garantice al lesionado el goce de sus derechos; b) que se reparen las consecuencias originadas por la medida o situación; c) que se otorgue una indemnización al lesionado.¹³ Las

¹² “Es cierto que la convención americana, no prevé un mecanismo formal para hacer ejecutar las decisiones de la Corte Interamericana en contra de un Estado que se niegue a hacerlo, pero con todo y todo, la convención prevé que en cada periodo de sesiones la Corte someterá a consideración de la Asamblea General de la OEA, un informe sobre sus labores, pero, “de manera especial”, señala el artículo 65, la Corte indicará los “casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”, con las recomendaciones pertinentes.” Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 41.

¹³ “El sistema de responsabilidades internacionales del Estado, una vez que se ha establecido judicialmente la existencia de una violación de derechos humanos, culmina en el régimen de reparaciones...” “Sin este principio, sería muy corto el alcance práctico de esa jurisdicción, refugiada en declaraciones que apenas proporcionarían satisfacción moral en un número limitado de casos...” “En el catalogo de las reparaciones posibles-que se actualizan según la naturaleza y características del caso- figuran dos categorías: preventivas, que se concentran en evitar -como dice la convención- la reiteración en continuidad del agravio, y restitutivas, que se refieren a las consecuencias de este. Desde luego, aquí aparece la tradicional figura de las indemnizaciones por daño material y moral sufrido por la víctima. Al respecto la Corte Interamericana ha caminado un largo trecho en la elaboración de los criterios adecuados para estimar esos daños en términos necesariamente pecuniarios. Otra forma de reparación puede consistir en la reposición del individuo en el trabajo o función que desarrollaba antes del agravio. A la misma especie de reparaciones económicas corresponde el pago de gastos y costas, que anteriormente examiné. A esta serie de medidas puede añadirse la condena a reparaciones por la cancelación del proyecto

sentencias de la Corte tienen el carácter de definitivas e inapelables y contra las cuales no procede ningún medio de impugnación a través del cual se pueda modificar, confirmar o ratificar la resolución emitida.

F) Demanda de interpretación.

Una vez emitida la sentencia y conocida por las partes participantes, en contra del principio de cosa juzgada y, aún, cuando las resoluciones de la Corte son definitivas e inapelables, esto no es absoluto. En el caso en que las partes se encuentren en desacuerdo con la resolución, pueden solicitar dentro de noventa días a la Corte una interpretación; de igual forma se podrá promover contra las reparaciones; la demanda de interpretación se presentará ante la Secretaria, la cual lo comunicará a los demás Estados parte y a la Comisión para que presenten sus alegatos por escrito en un plazo fijado por el Presidente; la parte que solicite la

de vida de la víctima, un concepto al que supra me referí, que aun no se ha cuantificado en término monetarios-si ello fuera factible-en la jurisprudencia de la Corte.

Tienen otra naturaleza las satisfacciones honoríficas -es decir las que proporcionan un alivio moral, una atención al honor herido- con las que pretende reconocerse la dignidad de la persona y recuperar para ella el prestigio mellado por la violación, o traer al conocimiento de la población hechos que jamás debieron suceder, y suscitar en consecuencia el rechazo hacia violaciones similares y el desarrollo de una cultura de la solidaridad y legalidad. La sentencia misma, se indica, puede ser suficiente satisfacción por el daño moral sufrido, aunque no siempre lo es.

La investigación y sanción de los presuntos responsables-invariablemente dispuesta en las sentencias de la Corte-figura también en el conjunto de las reparaciones. En este caso, no se trata de una reparación disponible para la víctima: corresponde al Estado en virtud de su poder-deber general de persecución penal, llevar adelante esta actividad independientemente del parecer de la víctima. Para ello, la sentencia de la Corte es suficiente. Tampoco podría el Estado refugiarse, para no investigar y procesar, en limitaciones que fije su propio sistema jurídico. Los Estados no pueden desembarazarse de sus obligaciones internacionales alegando consideraciones de derecho interno.

Una forma de reparación de particular importancia-que también mencione líneas arriba -es la supresión de los efectos que pudieran tener ciertos actos jurisdiccionales: desde la anulación del proceso- que no necesariamente implica la sustracción del sujeto a la acción de la justicia: podría emprenderse un nuevo procedimiento; esta vez ante, tribunal competente, independiente e imparcial -hasta la liberación de la víctima detenida. Otra vertiente reparadora se halla en la revisión legislativa, tanto de naturaleza positiva- expedición de normas como negativa- supresión de disposiciones que contravienen la Convención Americana. Finalmente, en algún caso, la Corte acordó medidas de carácter social a favor de las víctimas, y con resonancia necesaria y favorable sobre la comunidad a la que aquéllos pertenecen." García Ramírez, Sergio, Op. Cit., pp. 145,149,150-151.

interpretación deberá indicar las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia.

La Corte se podrá reunir similarmente como lo hizo al momento de emitir la sentencia definitiva, para resolver a través de sentencia sobre la demanda de interpretación, aunque ésta no suspenderá la ejecución de la sentencia. La Corte determinará el procedimiento.

b.- La función consultiva.

La función consultiva de la Corte Interamericana,¹⁴ los legitimados para ejercer dicha facultad son los Estados miembros de la OEA, los Estados que son parte de la Convención y órganos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre otros órganos de la OEA.

La interpretación no se limita a la mera Convención, también pueden ser objeto de la misma, los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Así las cosas, pueden realizar una opinión consultiva para que la Corte se pronuncie sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la legislación interna de un Estado miembro de la organización, con relación a los instrumentos internacionales tuteladores de los derechos humanos.

Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana carecen de fuerza obligatoria; aunque por el sólo hecho de ser emitidas por un órgano de un peso legal, así, como moral, pueden sus opiniones ejercer efectos importantes sobre los Estados.

¹⁴ Hasta el 28 de agosto de 2002, se habían solicitado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 opiniones consultivas.

I) Procedimiento de la función consultiva.

Los requisitos esenciales de una opinión consultiva, respecto de la interpretación de la Convención, tratados o leyes internas, son diferentes; en este sentido, la solicitud que se haga sobre la Convención deberá contener: las preguntas específicas sobre las que se pretende obtener la opinión de la Corte; en el caso de un Estado miembro o de la Comisión se deberán indicar las consideraciones que originan la consulta, así como el nombre y dirección del Agente o los Delegados; si se trata de un órgano de la OEA que no sea la Comisión, deberá indicar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia. Si la solicitud de interpretación se hizo respecto de otros tratados que tengan que ver con la protección a los derechos humanos en los Estados americanos, deberán señalar el tratado y las partes de él, las preguntas específicas y las consideraciones que originaron la solicitud; si quien hace la solicitud es un órgano de la OEA, deberá indicar la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia. Si la interpretación versa sobre la compatibilidad de leyes internas respecto de instrumentos internacionales, se deberán señalar las disposiciones internas y externas acompañadas de sus respectivas copias, las preguntas específicas, nombre y dirección del Agente que lo solicita.

La solicitud de opinión de consulta, una vez presentada al Secretario, éste remitirá copias a los Estados miembros, a la Comisión, al Secretario General de la OEA y órganos, a su vez el Presidente fijará un plazo para que realicen los interesados observaciones por escrito, y podrá invitar o autorizar a alguna persona para que emita una opinión sobre la materia objeto de consulta, si la materia es sobre una ley interna compatible con un instrumento internacional, para hacerlo, deberá consultar previamente al Agente.

Concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si continúa el procedimiento oral, fijando audiencia, pero puede delegar tal facultad en el

Presidente, si la solicitud versa sobre compatibilidad de ley interna y un instrumento internacional, consultará previamente al Agente.

Sobre las opiniones consultivas, la Corte puede aplicar el título segundo que se refiere al proceso, el procedimiento oral y escrito, el plazo probatorio y las pruebas que se admiten, las formas anticipadas de terminación del proceso y de la sentencia, siempre y cuando sean compatibles.

La Corte tomará la decisión en privado a través de votación, en donde se aprobará la redacción de la opinión consultiva, cuyo contenido debe ser el siguiente: Nombre del Presidente; jueces, Secretario y Secretario Adjunto; las cuestiones sometidas a la Corte; la relación de los actos del procedimiento; derecho; la opinión de la Corte; la indicación de cual de los textos hace fe; fijándose la fecha de sesión pública en que se comunicará a las partes la opinión consultiva, mientras tanto quedarán en secreto, los textos, razonamientos y votaciones.

La opinión consultiva tiene que ser firmada por jueces y Secretario, siendo válida si es firmada por la mayoría de los jueces,¹⁵ además de que pueden sustentar un voto disidente o razonado, en el plazo que fije el Presidente, suscribiendolo el juez y el Secretario; la opinión consultiva se hará del conocimiento a los jueces pudiendo leerla en público, antes de comunicarla.

Quedando los originales en los archivos de la Corte; empero, el Secretario deberá expedir copia certificada a la parte interesada que lo solicite, comunicando la opinión consultiva a los Estados parte.

¹⁵ “En virtud de lo anterior las opiniones emitidas por la Corte, además de poseer un gran valor, tanto por venir de este importante órgano, como por la precisión con que se aborda el alcance de los derechos humanos en el ámbito internacional, poseen además una fuerza jurídica en lo general, ya que son susceptibles de propiciar conjuntamente ciertos efectos jurídicos, a la par que ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.” Vallarta Plata, José, G., *La Corte Interamericana de justicia y los derechos humanos en México*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 101.

c.- México ante un control del poder emergente por organismos supranacionales.

El control del poder en México a través de organismos supranacionales. Podemos afirmar que se da partir de que nuestro país decide realizar el depósito de ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1982 y reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, sosteniendo como única reserva lo dispuesto en el artículo treinta y tres de nuestra Carta Magna.¹⁶

Es bien conocido por los teóricos, así lo ha demostrado la praxis internacional, que México antes de reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como miembro de la Organización de los Estados Americanos, podía promover opiniones consultivas.¹⁷

En el mundo existe una tendencia remarcada en proteger los derechos humanos, tratense de primera, segunda, tercera y cuarta generación, a través de los diversos sistemas y de la categoría que adopten los tratados sobre derechos humanos respecto a la legislación interna de cada país, ya sea supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal.

¹⁶ DECLARACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62, 1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la explicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” Fix-Zamudio, Hector, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Op. Cit., pp. 65-66.

¹⁷ “El 17 de noviembre de 1997, el gobierno de México, a través de la Secretaria de Relaciones Exteriores, sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de opinión consultiva en relación a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

La materia de la consulta guarda relación con las garantías mínimas y los requisitos de debido proceso, en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a personas de nacionalidad extranjera, a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse, y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.” Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, Op. Cit., p. 227.

Así las cosas, la posición que ha tomado nuestra Suprema Corte de Justicia a través de las diversas tesis que ha sustentado es la siguiente: en principio acepto la tesis de que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución mexicana y en un mismo nivel respecto de los tratados internacionales”,¹⁸ no obstante, la Corte con posterioridad vendría a sostener una postura contraria y diversa a la anterior, con la tesis de 1999., le da una jerarquía superior a los tratados internacionales respecto de las leyes federales y ubicados solamente por debajo de la Constitución,¹⁹ ésta última interpretación que ha

¹⁸ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional. Tesis P.C/92, consultable en la página 27 del Tomo 60, Diciembre de 1992, Octava Época, Pleno.

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUIA. El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo. Página 196 del Tomo 151-156, Sexta parte, Séptima Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

¹⁹ TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas de nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, ésta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante

sustentado la Corte particularmente del artículo 133 de nuestra Constitución, ha presentado una nueva problemática; si un tratado internacional que es contrariado por una norma federal, local o cualquier otra que le está subordinada, puede ser el origen para plantear un acción de inconstitucionalidad; la Corte ha sustentado en tesis que la contradicción entre dos normas secundarias no puede ser motivo de una acción de inconstitucionalidad, solamente si la norma secundaria ha contrariado un precepto de la Constitución mexicana de forma directa, en este caso si es procedente promover la acción.²⁰

La falta de claridad en su interpretación del artículo anteriormente citado, puede llegar a colisionar, sin duda, con la competencia de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de múltiples resoluciones ha ido contruyendo su competencia, como acertadamente lo ha

de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la Tesis P.C /92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA.”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

²⁰ LEY. PARA ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE PLANTEARSE SU OPOSICIÓN CON UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN. Para que se pueda analizar si un ordenamiento es constitucional o no, debe plantearse su oposición con un precepto de la Carta Magna con el cual pugna; requisito que no se satisface en un concepto de violación en el que se sostiene que la ley combatida se encuentra en contradicción con otra ley ordinaria. Tesis P/J.108/99, consultable en la página 29 del Tomo X, Noviembre de 1999, Pleno, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación*.

LEYES, INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS. La inconstitucionalidad de una ley surge de su contradicción con un precepto de la Constitución y no de oposición entre leyes secundarias. Tesis P./J25/2000, consultable en la página 38 del Tomo XI, marzo de 2000, Pleno, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación*.

sostenido la Lic. GOMEZ PEREZ,²¹ al hacer un análisis de los asuntos que han sido resueltos, como lo son el de Barrios Altos y la Última Tentación de Cristo, derivandose del primero la facultad de la Corte de declarar la invalidez de una norma jurídica interna y por ende no poder surtir efectos jurídicos en el país donde ha sido emitida por violación a los derechos humanos; en el segundo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por virtud de que las autoridades administrativas (basandose en resoluciones de sus tribunales nacionales y fundandose en el artículo 19, punto 12 así como en el Decreto Ley 679,) prohibieron la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, se impugnó tal resolución ante la Corte, quien resolvió, que el país de Chile vulneraba el derecho de expresión y pensamiento, y como consecuencia debía de modificar su ordenamiento interno a fin de permitir la exhibición de la cinta el 5 de febrero de 2001.

Hasta hace poco se sostenía que la Corte Interamericana no había conocido de algún caso en particular en contra del Estado mexicano por violación a los derechos humanos; no obstante, nuestro país ya ha dado motivo a la primera demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos siendo la siguiente: se presento una queja ante la Comisión Interamericana el 21 de enero de 2003., resolviendo de manera contraria al demandado, en este caso el Estado mexicano no acató la resolución, por lo tanto, se procedió conforme a la Convención, Estatuto y Reglamento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentandose el primer caso.

Nuestro país con la intención de darle una mayor protección a la esfera de derechos de los gobernados en México, además de instaurar instrumentos de control jurídicos y políticos nacionales como lo hemos podido constatar cuya finalidad es limitar y controlar el poder, evitando particularmente que una autoridad pueda vulnerar la esfera de derechos, y con el afán de hacer más eficaz e integral la protección de la persona, se han firmado documentos de indole internacional

²¹ Cfr. Gómez Pérez, Mara, La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional, México, Editorial Porrúa, 2003. pp. 29 y ss.

con el objeto de darle competencia a organismos supranacionales de defensa de los derechos humanos y en contra de los que detentan el poder público en México, ya que es innegable que existen infinidad de autoridades que tienden a abusar del mismo.

B Europa y el control del poder a través de organismos supranacionales.

Europa sigue siendo un laboratorio de donde pueden emerger las más paradigmáticas y diversas instituciones jurídicas, políticas, así como sociales de disímil naturaleza, claro, siempre respondiendo a las diferentes problemáticas que surgen en el tiempo; es así, como a raíz de la segunda posguerra los incitadores a la creación de las Comunidades y de la Unión Europea fueron el Ingles Winston Churchill, Robert Schuman y Jean Monnet entre otros.

Es necesario diferenciar la naturaleza de las Comunidades y de la Unión Europea; las primeras son organizaciones de carácter internacional con personalidad jurídica propia e independiente pero vinculadas en cuanto a que comparten la misma organización e instituciones; a diferencia de la Unión Europea, ésta es una organización intergubernamental, pero no es persona jurídica de derecho internacional, así también, no tiene instituciones propias, sino que su actividad la realiza por conducto de instituciones inherentes a las Comunidades como: El Parlamento, el Consejo, el Tribunal, etc.

Con respecto al derecho de la Unión Europea, coincidimos con los teóricos europeos, quienes expresan que es un derecho autónomo que se ubica por encima de los ordenamientos nacionales y que tuvo su origen en la transferencia de competencias de los Estados miembros a favor de las Comunidades y de la Unión Europea, las cuales detentan un doble sentido, han sido creadas por normas y se rigen por normas, trayendo como consecuencia que el Derecho comunitario se imponga a los órganos de los Estados miembros.

Las normas que crearon a las Comunidades en un inicio y que con posterioridad darían origen a la Unión Europea, son las siguientes; (también conocidas como derecho originario) los Tratados constitutivos,²² los Tratados de reforma puntual²³ y los Tratados de reforma sustancial,²⁴ pero también podemos ubicar el Derecho derivado que “es el conjunto de normas y actos comunitarios emanados de las instituciones de la Unión Europea, en virtud de las habilitaciones genéricas o específicas contenidas en el Derecho originario”.²⁵

La Unión Europea, un proyecto no acabado sino abierto que se ha enfrentado en su realización a desventajas particularmente provenientes de los Estados nacionales; aunque también tiene bondades, las cuales están ubicadas en cada una de las instituciones inherentes a las Comunidades. A través de estas ejerce sus actividades: la Comisión, el Consejo de la Unión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Comité consultivo de la CECA y el Banco Europeo de Inversiones. Teniendo la Unión Europea como órgano

²² Tratado de París, de 18 de abril de 1951 por virtud del cual se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero CECA, la cual entró en vigencia el 23 de julio de 1952; Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957 que creó la Comunidad Económica Europea CEE y la Comunidad Europea de la Energía Atómica CEEEA, la cual entró a regir el 1 de enero de 1958, con posterioridad la primera Comunidad modificó su denominación a través del Tratado de la Unión Europea, por Comunidad Europea CE.

²³ La convención de Roma de 1957, la cual entro en vigor el primero de enero de 1958 la cual ha sido derogada por el Tratado de Ámsterdam, Tratado de Brúcelas, el primero de 8 de abril de 1965, que entro en vigor el 1 de julio de 1967, ya derogado por el Tratado de Ámsterdam, el segundo de 10 de julio de de 1975, que entro en vigor el 6 de abril de 1978. el tercero de 22 de julio de 1975, que entro en vigor el 1 de julio de 1978, Tratado de Luxemburgo de 22 de abril de 1970, el cual entro en vigor el 1 de enero de 1971.

²⁴ El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en la Haya el 28 de febrero de 1986, el cual entro en vigor el 1 de julio de 1987; el Tratado de la Unión Europea conocido como de Maastricht el 7 de febrero de 1992, el cual entro en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado relativo a la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia a las Comunidades Europeas, firmado el 24 de junio de 1994, el cual entro en vigor el 1 de enero de 1995; el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, el cual entro en vigor el 1 de mayo de 1999; el Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001, en el 2004 se anexarían diez países europeos mas, a lo que se conoce la Unión Europea, por lo que en la actualidad son veinticinco países los que la conforman, y se está, en espera de la aprobación de lo que vendría a ser un prototipo de gran magnitud, la ratificación del proyecto de Constitución por cada uno de los estados miembros que actualmente conforman a la Unión Europea.

²⁵ Linde Paniagua-Prado Mellado, *El sistema político de la Unión Europea*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1999, p. 131.

superior al Consejo Europeo, cuyas políticas que le han sido conferidas son: La de política exterior y seguridad común, la de cooperación en los asuntos de justicia y asuntos de interior.

Las Comunidades, organismos supranacionales no planeados surgidos de la praxis ordinaria entre los Estados de Europa y la Unión Europea como órgano *lato sensu* integrador de las primeras que en la actualidad desempeña funciones importantes a favor de múltiples objetivos, de entre los cuales, el que es de importancia para nosotros, lo son los órganos e instrumentos de control de naturaleza supranacional que benefician las relaciones entre los Estados miembros, de estos con los gobernados y, a su vez, favorecen la relación entre los mismos gobernados, siempre con la finalidad evitar que se pueda vulnerar su esfera de derechos y en contra de una autoridad o un particular que tienda a excederse en el ejercicio del poder o haga un uso indebido del mismo; en este sentido, en beneficio de la democracia y de una libertad humana, con la intención de hacer un mejor país en el presente, y preparando al ser humano para el futuro, no se podría lograr todo lo planteado, si, no se tienen los medios de control del poder adecuados y eficaces.

1.- El control del poder en y por organismos supranacionales, como lo es la Unión Europea (*lato sensu*).

El Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea se encuentra integrado por el Derecho originario y el Derecho derivado, un Derecho al que deben subordinar todas sus actividades, la propia Unión Europea y sus instituciones, los Estados miembros, los poderes contituidos de los mismos, los gobernados de estos; no obstante existen ocasiones en que tienden a desapartarse de las normas comunitarias; para efectos de hacer que se acate el Derecho, fue necesario establecer un cumulo de garantías tendientes a hacerlo eficaz y respetable.

El control del poder en la Unión Europea; es aquel que se lleva a cabo entre los mismos órganos que son inherentes a ésta *lato sensu*, en tanto que el control

del poder por la Unión Europea; es aquel que se ejerce por los órganos o instituciones que forman parte de ésta, en contra de los Estados miembros, personas físicas y morales, el control del poder de la Unión Europea; es aquel que se da por los individuos o Estados miembros, en contra de la Unión Europea.

Derivado de lo anterior, la doctrina se ha referido sobre los diversos medios de control que corresponden a las Instituciones comunitarias; es así, como en algunos casos los clasifican, en medios de control jurisdiccionales y no jurisdiccionales, o algunos otros los clasifican en medios de control políticos, jurídicos y jurisdiccionales.

Desde nuestro punto de vista, los podemos clasificar en controles políticos y controles jurídicos, de entre los primeros podemos ubicar a: La moción de censura, las interpelaciones, los informes, el control del presupuesto, en la celebración de tratados con terceros, la suspensión del ejercicio de derechos, la fiscalización de los ingresos y egresos, la vigilancia de aplicación del Derecho comunitario e incumplimiento del mismo, y de entre los segundos, se subdividen en competencia contenciosa y prejudicial, la primera abarca a su vez : el recurso de anulación, el recurso por inactividad, el recurso por incumplimiento, la excepción de ilegalidad, el recurso por responsabilidad extracontractual de la Comunidad, la segunda comprende: el recurso de interpretación y el recurso de apreciación de validez.

Es bien conocido por los doctrinarios europeos que la Unión Europea no se fundo en el principio de división de poderes, es decir, en un poder ejecutivo, legislativo y judicial plenamente identificables, pero si, sobre un principio de equilibrio de poderes haciendo más compleja la composición y competencia de cada una de las cinco instituciones.

Así las cosas, el control del poder particularmente y como lo podremos constatar, se ejerce por las diversas instituciones y órganos, de entre los que es

posible ubicar, al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Justicia y el Consejo.

a.- Controles políticos.

l) La moción de censura.

La regulación de la figura la podemos ubicar en los; (arts. 24 CECA, 144 CEE, 114 CEEA y 201 del tratado de la CE), la cual es un medio de control interorgánico.

La moción de censura tiende a fiscalizar la actuación gubernamental, en este caso la fiscalización de la gestión de la Comisión por conducto del Parlamento Europeo.

Legitimación: El parlamento es el legitimado para presentar en contra de la Comisión una moción de censura, por conducto del diez por ciento de los diputados que lo conforman, de manera escrita y sustentada en razonamientos jurídicos.

Procedimiento: Una vez presentada y comunicada a los diputados, podrá ser materia de debate pasadas las 24 horas, la cual podrá ser votada nominalmente pasadas las 48 horas en que se dio inicio al debate en el periodo parcial de sesiones siguiente a su presentación. Para que proceda la moción de censura necesita ser aprobada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que representen a su vez la mayoría de los miembros que componen el Parlamento Europeo.

Resolución: Si no se alcanza la mayoría prevista con anterioridad, los integrantes de la Comisión seguirán en su cargo, en cambio, si es aprobada por la mayoría de dos tercios, los integrantes de la Comisión deberán renunciar a su encargo de manera colectiva, es decir, se da una responsabilidad solidaria,

excluyendo que se pueda dar una responsabilidad individual, hasta la fecha se han presentado seis mociones de censura.

El proyecto de Constitución Europea regula la moción de censura en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección I, artículo III-340.

II) Las preguntas al Consejo, a la Comisión y otros.

Su regulación la podemos encontrar en los; (arts. 23 del CECA, 140 del CEE, 110 CEEA y el 197 de CE).

Legitimación: El Parlamento es quien se encuentra legitimado para hacer preguntas de forma oral o por escrito, es decir, de interpelar por conducto de una comisión parlamentaria, un grupo político o 32 diputados. Las instituciones y órganos sobre los cuales se ejerce el control y que deberán dar respuesta son: La Comisión, el Consejo de Ministros y la Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores.

Procedimiento: La Comisión contestará oralmente o por escrito a las preguntas que le sean formuladas y, el Consejo será oído de conformidad a las condiciones que establezca en su reglamento interno; asimismo, las preguntas orales pueden ir seguidas de un debate y una propuesta de resolución, en tanto que las preguntas con respuesta escrita pueden ser planteadas por cualquier diputado de manera individual.

A propuesta de la Conferencia de Presidentes, en cada periodo parcial de sesiones tendrá lugar un lapso de preguntas al Consejo y a la Comisión.

Es posible apreciar el control interorgánico que realiza el Parlamento por conducto de sus integrantes unitaria y colegiadamente, sin duda, que llega a tener

efectos políticos sobre los miembros de cada una de las instituciones u órganos sometidos a control.

El proyecto de Constitución Europea regula las preguntas a los Consejos y a la Comisión en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección I, artículo III- 337.

III) La obligación de informar.

La obligación que tienen las instituciones de informar, encuentra su fundamento en los; (arts. 24 CECA, 143 CEE y 113 CEEA, 200 CE).

Legitimación. Quien se encuentra legitimado para solicitar información a las instituciones lo es el Parlamento, y quienes deben de entregar los informes es el presidente de la Comisión, el presidente del Consejo de Ministros de la Unión Europea, y el presidente del Banco Central Europeo, el Consejo Europeo.

Procedimiento: Deben presentar un informe general al Parlamento de sus actividades, el cual procederá a la discusión en público de los mismos.

Un medio de control político del Parlamento Europeo sobre diversas instituciones que repercuten en una mejor realización y efectividad en su desempeño, en beneficio de la Comunidad.

IV) La facultad de petición.

Encuentra sustento en los; (arts. 194 TCE, 174.10 Y 175.6 del RPE).

Legitimación: los legitimados para presentar ante el Parlamento una petición son: Los ciudadanos de la Unión, las personas físicas y jurídicas que residan o tengan su domicilio social en un Estado miembro, igualmente los que no

sean ciudadanos de la unión, ni fijen su residencia o domicilio en un Estado miembro.

La petición es presentada respecto de un asunto inherente al ámbito de actuación de la Comunidad que haya afectado directamente al sujeto que realizó la petición.

Procedimiento: Las peticiones presentadas ante el Parlamento son remitidas a la Comisión de peticiones, ésta última determinará si inciden o no sobre el ámbito de competencia de la Unión informando en cada semestre al pleno, y muy especialmente de las medidas que adoptaron la Comisión o el Consejo en función de las peticiones. Asimismo, informará a quienes ejercieron el derecho de petición sobre las decisiones que se adoptaron conjuntamente con su motivación.

Las peticiones representan un mecanismo para verificar la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros, en efecto, es un medio eficaz más que permite la relación entre la Comunidad y los gobernados de cada uno de los países miembros; permite la fiscalización de la forma de cómo los Estados miembros aplican el Derecho comunitario y quien mejor que los ciudadanos para realizar la labor de petición.

El proyecto de Constitución Europea regula la facultad de petición en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección I, artículo III-334.

V) Comisiones de investigación.

Encuentra su regulación en el; (art.193 del TCE).

Legitimación: Los legitimados para formular una petición a fin de que se constituya una comisión de Investigación corresponde a la cuarta parte de los

miembros del Parlamento Europeo. Las hipótesis ante las cuales es susceptible plantear dicha petición lo son: En tratándose de fiscalizar las alegaciones que se formulen por virtud de una infracción o mala administración en la aplicación del Derecho comunitario que se cometieren por las instituciones u órganos de las Comunidades Europeas, la administración pública de un Estado miembro, o por personas que apliquen el Derecho comunitario.

Procedimiento: La creación de las comisiones de investigación corresponde al Parlamento, el plazo de actuación de éstas es de doce meses a partir de su creación; sin embargo, el aspecto temporal puede ser prorrogable hasta por dos veces con un periodo de tres meses, siempre que sea razonable la prolongación de su funcionamiento.

Las comisiones temporales no podrán conocer de un hecho cuando sobre el mismo esté conociendo un órgano nacional o de la Comunidad.

El control se realiza de manera horizontal y vertical, la primera interorgánica y la segunda de manera descendente, en contra de los Estados miembros o de las personas particulares que apliquen el Derecho comunitario.

El proyecto de Constitución Europea regula la potestad que tiene el Parlamento para crear comisiones temporales de investigación, en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección I, artículo III-333.

VI) El control del presupuesto.

A partir de las reformas de 1970 y 1975 encuentra su fundamento en el; (art. 272 del TCE).

Legitimación: las instituciones legitimadas, que participan en la creación, y aprobación son: La Comisión, el Consejo y el Parlamento.

Procedimiento: El anteproyecto de presupuesto es elaborado por la Comisión y sometido ante el Consejo en primera lectura debiéndose llevar a cabo antes del 31 de julio mediante dialogo entre el Parlamento, Comisión y el Consejo; estando obligado a realizar una consulta previa a la Comisión en el supuesto de que se pretenda separar del anteproyecto. El proyecto deberá aprobarse por el Consejo mediante mayoría cualificada, teniendo como límite el 5 de octubre. A mediados de octubre el Parlamento lleva a cabo su primera lectura pudiendo resolver de la siguiente forma: aprobar el proyecto de presupuesto y no presentar enmiendas, ni modificaciones dentro de 45 días, ante dicha situación quedará aprobado definitivamente; o en su caso proponer enmiendas o modificaciones al proyecto de presupuesto, las cuales las remitirá al Consejo antes del 25 de octubre.

El Consejo disponía de diez días para tomar una resolución en segunda lectura, plazo que se ha ampliado a diez días más, debido a esto cuenta con un plazo de 25 días.

El Consejo puede adoptar dos posturas, la primera de omisión; es decir, que no se pronuncie dentro del plazo que le ha sido concedido sobre las modificaciones o enmiendas que el Parlamento le ha hecho al proyecto de presupuesto en primera lectura, el cual se considerará aprobado de forma definitiva y pudiendo el presidente del Parlamento declararlo así; la segunda postura que puede adoptar es la de acción; en dicha situación procede a debatir en segunda lectura las modificaciones y enmiendas realizadas por el Parlamento durante el plazo concedido, pudiendo adoptar las siguientes resoluciones: inclinarse por el aumento o el no aumento de los gastos en el presupuesto, debiéndose adoptar cualquier resolución por mayoría cualificada.

En caso que la modificación promueva el aumento del gasto de una institución, el Consejo deberá aprobarlo por mayoría cualificada, y si no se pronuncia sobre el mismo, se entiende que ha sido rechazada.

En el supuesto de que la modificación no promueva el aumento del gasto de una institución, el Consejo puede rechazarla por mayoría cualificada, y si se mantiene en silencio se entiende por aceptada

Puede rechazar las modificaciones realizadas por el Parlamento, ratificando el gasto original o estableciendo cualquier otro, los que deberán ser aprobados por mayoría cualificada.

La última hipótesis obliga a que el Consejo remita el proyecto de presupuesto al Parlamento antes del 4 de noviembre, aún cuando en la praxis este se remite hasta el 20 de noviembre.

El Parlamento en segunda lectura puede adoptar las siguientes resoluciones, en la hipótesis de que el Consejo haya propuesto modificaciones, en el plazo de un mes.

Si decide rechazar las modificaciones realizadas por el Consejo o en su defecto decide modificar estas, deberá de contar con la mayoría de sus miembros que represente como consecuencia las tres quintas partes de los votos emitidos.

Si el Parlamento se mantiene en silencio, entonces se entiende que ha sido aprobado de manera definitiva por el presidente del Parlamento.

Pero en el caso de que no se apruebe en tiempo el presupuesto, el ejercicio se iniciara sin presupuesto.

El proyecto de Constitución Europea regula el control sobre el presupuesto, en su parte tercera, título VI, capítulo II, sección II, artículos III- 403, 404, 405 y 406.

VII) El control en los acuerdos internacionales.

Su regulación se encuentra en los artículos (251, 252, 300, 310 del TCE, 228 del TUE).

Legitimación: El Consejo tiene facultades de decisión, en este sentido es quien decide sobre la celebración de acuerdos internacionales, sobre la admisión de Estados miembros, así como la conclusión de acuerdos internacionales.

Para que el Consejo pueda emitir una resolución en los anteriores supuestos, forzosamente necesita solicitar de forma previa al Parlamento su dictamen conforme²⁶ o consultivo,²⁷ es así; como el Parlamento realiza un control interorgánico. Algunos tratadistas han visto en la facultad de emitir su dictamen conforme, un mecanismo de control a través del cual el Parlamento Europeo detenta una facultad de veto.²⁸

Por otro lado, con relación a algunos tratados excepto los de naturaleza comercial, el dictamen consultivo debe darse previamente y emanar del Parlamento; hoy en día se ha ampliado la materia de este a partir del Tratado de Amsterdam.

²⁶ "Es el instrumento o medio de expresar la opinión del PE sobre las cuestiones que se le someten." Díez-Moreno, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996, p. 78.

²⁷ "el PE debe emitir su opinión sobre una propuesta de la Comisión antes de que el Consejo adopte una decisión sobre ella" Closa Montero, Carlos, "Sistema Político de la Unión Europea", Madrid, Complutense, 1997, p. 44.

²⁸ "Ha sido, sin embargo, a partir del Acta Única cuando se ha dotado al Parlamento de un autentico derecho de veto en relación con los acuerdos de asociación a través del llamado (dictamen conforme)" Peláez Marón, José M., *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 185.

Procedimiento: El plazo para que el Parlamento Europeo emita su dictamen será fijado por el Consejo en función de la urgencia o no; en el supuesto que el dictamen requerido no fuese emitido por el Parlamento Europeo en el plazo que se le ha fijado, el Consejo tomará la resolución ante su inexistencia.

El proyecto de Constitución Europea regula los acuerdos internacionales y el control sobre los mismos, en su parte III, título V, capítulo VI, artículo III- 323, 324, 325 y 326.

VIII) Derecho de acudir al Defensor del Pueblo.

En contra sustento jurídico en los arts. (195 del TUE y 177 del RPE).

El Defensor del Pueblo es nombrado por el Parlamento Europeo por mayoría de votos.

Legitimación: Quienes se encuentran legitimados para acudir al Defensor del Pueblo son: Cualquier ciudadano de la unión o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro.

Supuestos de Procedencia: La causa que motiva que una persona física o jurídica puede acudir ante el Defensor del Pueblo, lo es: En el supuesto de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, excepto se trate del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

Procedimiento: El Defensor del Pueblo llevará a cabo una investigación sobre la probable mala administración de las instituciones y órganos, ya sea que lo decida hacer el mismo, ya sea en virtud de las reclamaciones que le fueron presentadas, a través de un miembro parlamentario, excepto se trate de reclamaciones objeto de un procedimiento jurisdiccional.

Las instituciones y órganos tienen la obligación de apoyar en la investigación, para estos efectos deben de suministrar la información y documentación que les fuere requerida, pudiéndose abstener por secreto.

El Defensor del Pueblo anualmente deberá presentar un informe al Parlamento sobre los resultados obtenidos.

El proyecto de Constitución Europea regula la figura del Defensor del Pueblo, en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección I, en su artículo III-335.

IX) La Comisión (El guardián del Derecho comunitario).

La regulación de dichas facultades la podemos ubicar en los (arts. 88 de la CECA, 124 del TCEEA y 211 del TCE).

El guardián del Derecho comunitario lo es la Comisión, ya que tiene el encargo de velar por el cumplimiento y aplicación de los Tratados, del Derecho derivado creado por las instituciones de la Comunidad de forma esencial y acorde con el sentido de los diferentes Tratados que le atribuyen competencia.

Legitimación: En tratándose del Tratado de París, la Comisión se encarga de fiscalizar y de sancionar el incumplimiento respecto de las normas de parte de los Estados miembros; asimismo, tiene el encargo de fiscalizar y en su defecto sancionar a las empresas que hayan vulnerado el Tratado.

Procedimiento: En caso de incumplimiento, la Comisión lo comunicará al Estado miembro a fin de que en un plazo considerable presente las alegaciones y observaciones oportunas, estableciendo un plazo para el cumplimiento de la obligación.

Ante tal actitud de la Comisión, el Estado miembro puede determinar lo siguiente: No proceder a cumplimentar la obligación en el plazo concedido, o en su defecto plantear el recurso de plena jurisdicción ante el Tribunal de Justicia y si este hubiese sido rechazado, con el dictamen conforme del Consejo aprobado por dos tercios, la Comisión podrá: suspender el pago de las sumas debidas, adoptar o autorizar a los estados miembros tomen medidas de subvención o de discriminación con relación al Estado incumplidor.

La decisión de la Comisión, se puede recurrir en recurso de plena jurisdicción en un plazo de dos meses contados a partir de que se ha notificado la resolución sobre las medidas tomadas en contra del Estado incumplidor, para el caso de que resultaren inoperantes, el asunto se someterá al Consejo.

El proyecto de Constitución regula la facultad de la Comisión Europea de proteger a la propia Constitución en su parte I, título IV, capítulo I, artículo I-26.

X) El Consejo como el protector de los principios fundamentales.

La regulación la podemos ubicar en los artículos (6 y 7 del Tratado de la Unión Europea).

Legitimación: los legitimados para acudir ante el Consejo Europeo, lo son: La Comisión o un tercio de los Estados miembros, no sin antes agotarse previamente la solicitud de un dictamen conforme al Parlamento y bajo las hipótesis de una violación que sea considerada grave y permanente a los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, así como al Estado de derecho.

Procedimiento: Tramitada la solicitud, para efectos de constatar la violación grave y permanente, el Consejo Europeo invitará al gobierno del Estado miembro a que presente sus observaciones, pudiendo adoptar resoluciones por unanimidad

y sin tener en cuenta el voto del representante del Estado miembro, y en caso de ausencia del representante, no será obstáculo para tomar decisiones; en esta situación y por mayoría cualificada el Consejo Europeo podrá: Suspender los derechos derivados del tratado con relación a los Estados miembros, sin dejar de tomar en cuenta las consecuencias sobre los derechos y obligaciones de las personas físicas y morales. Las obligaciones que deriven del tratado con relación al Estado que se le han suspendido sus derechos, continuarán.

Con posterioridad el Consejo podrá modificar o revocar las sanciones adoptadas por mayoría cualificada, sin tener en cuenta el voto del representante del Estado miembro.

XI) El control sobre los ingresos y egresos de la Unión Europea por conducto del Tribunal de Cuentas.

Encuentra su regulación en el artículo: (248 del TCE).

Legitimación: Quien se encuentra legitimado para ejercer el control a través de la fiscalización, constatando la regularidad y legalidad de las cuentas, garantizando una sana gestión financiera, lo es, el Tribunal de Cuentas.

Quienes estarán sujetos a la fiscalización de la regularidad y legalidad de los gastos e ingresos lo son: La Comunidad y cualquier organismo creado por la Comunidad, siempre que el acto en que se constituyó no lo exima del control.

La fiscalización de los ingresos se efectuará sobre la base de las liquidaciones; de las cantidades entregadas a la Comunidad; de los gastos y sobre la base de los compromisos asumidos y pagos realizados.

En este sentido, la fiscalización se llevará a cabo sobre la documentación contable y en caso necesario; en las dependencias de las instituciones de la

Comunidad o de cualquier órgano que gestione ingresos o gastos en nombre de la Comunidad y; en los estados miembros incluídas las dependencias de cualquier persona física o moral que perciban fondos del presupuesto.

Podrá coadyuvarse el Tribunal de Cuentas con las instituciones nacionales de control, pero en caso de no ser competentes, lo puede hacer con los servicios nacionales.

Los anteriormente citados, deben aportar la documentación o informes que les sean solicitados por el Tribunal de Cuentas; de igual forma este último puede celebrar acuerdos con el BEI (Banco Europeo de Invevsiones) y la Comisión a fin de que se le otorguen informes, ante la inexistencia de acuerdos, de todas formas, se le deben otorgar los informes que solicite por quienes tienen la obligación de otorgarlos.

El Tribunal de Cuentas al cierre de cada ejercicio aprobará por mayoría el informe que haya elaborado, el que con posterioridad será remitido a las instituciones de la Comunidad y, que a su vez, se publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE).

En cualquier momento podrá presentar sus observaciones por conducto de informe especial y dictamen, aprobado este por la mayoría de sus miembros.

El proyecto de Constitución Europea regula el control de los ingresos y egresos en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección 7, artículo III-384.

b.- Controles jurídicos.

I) Recurso de anulación.

Su regulación la encuentra en los artículos (230 y 231 del TCE).

El competente para conocer del recurso de anulación es el Tribunal de Justicia, a través de dicho instrumento ejerce el control de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, permitiendo que estos se adecuen si ya se han emitido y no se encuentran conformes o acordes a lo que dispone el ordenamiento jurídico comunitario.

Legitimación activa y pasiva: Quienes se encuentran legitimados para interponer el recurso de anulación son: Los Estados miembros, el Consejo y la Comisión, el Parlamento Europeo, el Banco Central Europeo, el Tribunal de Cuentas y las personas físicas y jurídicas.

Las instituciones contra quienes procede el recurso de anulación son: El Parlamento Europeo y el Consejo, el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo, el Parlamento Europeo.

Objeto del recurso

El recurso tiene como objeto controlar la legalidad de los actos emanados de las instituciones encaminadas a producir efectos jurídicos frente a terceros.

También procede contra aquellas decisiones que afecten directa o indirectamente, o contra aquellos actos que vulneren prerrogativas.

Motivos del recurso

El recurso de anulación tiene lugar cuando se presentan las siguientes hipótesis; por incompetencia, por vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución,²⁹ y por desviación de poder.³⁰

Procedimiento

El recurso procede y deberá interponerse en el plazo de dos meses contados a partir de su publicación, de su notificación o, a partir de que haya tenido conocimiento el recurrente.

Sentencia

En el caso de que se declare fundado el recurso; el Tribunal de Justicia resolverá la nulidad del acto; la pérdida del valor del mismo, eliminando los efectos de éste o dejándolo sin estos; pero en tratándose de reglamentos, aún cuando se

²⁹ Para fundamentar la nulidad, teniendo como base lo que en la doctrina se conoce por Bloque de la legalidad comunitario, el cual se encuentra integrado por, el derecho originario, el derecho derivado, por los principios generales del derecho internacional y comunitario, por las sentencias del Tribunal de Justicia y por la Costumbre comunitaria.

³⁰ “La incompetencia puede referirse a la general de la Comunidad para tomar determinada decisión o intervenir en determinada materia; o a la específica de una Institución en relación con la competencia de las demás. La primera, nos remite a todo el tema de la naturaleza de las competencias atribuidas a la Comunidad, frente a las competencias que retienen u ostentan los Estados, y aunque apenas existe una sentencia que resuelva un recurso por este motivo, puede pensarse dada la importancia que el TUE ha reconocido al principio de subsidiariedad, que sea en el futuro de alegación más frecuente. La segunda se ha planteado con ocasión del ejercicio, por parte de la Comisión, de sus facultades de ejecución y desarrollo de los actos del Consejo.”

“Los vicios sustanciales de forma, se refieren fundamentalmente a infracciones de los trámites o exigencias del procedimiento, como pueden ser la ausencia de informes preceptivos, o de consultas, especialmente al Parlamento; la falta o insuficiencia de motivación; la infracción de normas de la reglamentación anterior; la falta de audiencia o alegaciones del interesado, y, por último, defectos de publicación o notificación de los actos.”

La violación del tratado o cualquier norma jurídica de ejecución, se refiere a la violación del ordenamiento comunitario desde el punto de vista material y no formal, por lo que resultan inclasificables las modalidades de este motivo, pues dependen el contenido del acto o disposición recurrido y de los principios que inspiran las fuentes del ordenamiento comunitario.

La desviación de poder, o aplicación o uso de potestades para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico, es un concepto muy conocido en el ordenamiento español. A él se suele asimilar la (la desviación de procedimiento), cuando se utiliza un procedimiento distinto al aplicable, para eludir exigencias procesales de mayor rigor: La cuestión más importante en este motivo es la prueba objetiva más que las intenciones subjetivas, y es también la más difícil” Diez-Moreno, Fernando, Op. Cit., pp. 177-178.

declare la nulidad sus efectos serán definitivos, es decir, los efectos producidos por el reglamento ya no pueden eliminarse, debiendo las instituciones o institución afectada por la resolución, adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia.

El proyecto de Constitución Europea regula el recurso de anulación y la cuestión de ilegalidad, antes referidos con objetos distintos, en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección 5, artículos III- 365, 366 y 373 apartado b) y c).

II) La cuestión de ilegalidad.³¹

Su regulación la encontramos en los artículos (33 y 34 del CECA, 147 y 156 del CEEA y 241 del TCE).

Quien es competente para conocer es el Tribunal de Justicia; se ha dicho que la cuestión de ilegalidad es parte del recurso de anulación; la cuestión tiene como objetivo declarar nulo un reglamento emanado de las instituciones quitándole el valor y los efectos que pueda producir.

Legitimación activa y pasiva: Los legitimados para promover la cuestión de ilegalidad, recae en cualquier parte en un litigio que se sustancie ante el Tribunal de Justicia, cuando considere inaplicable un reglamento. Los sujetos susceptibles de emitir reglamentos cuyos actos pueden ser recurridos, son: El Parlamento, el Consejo, la Comisión y el BCE (Banco Central Europeo).

³¹ “Sin embargo, se trata de un término ambiguo. Como dicen G. Vandersanden y A.Barav, desde una perspectiva estrictamente procesal una excepción es un medio de defensa, pero del análisis de las vías de recurso del derecho comunitario y de la practica jurisprudencial se deduce que debe adoptarse un concepto más amplio que comprenda a cualquier argumento que ponga en tela de juicio a titulo incidental la ilegalidad de un acto comunitario, ya se invoque en apoyo de un recurso o se plantee como un medio de defensa.

De ahí que R. Joliet proponga como término más adecuado el de “control incidental” como expresión que permite englobar tanto la posibilidad de que este mecanismo se utilice por el demandado como por la parte actora.” Silva de Lapuerta, Rosario, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, segunda edición actualizada, Madrid, Editorial la Ley, 1993, p. 197.

Objeto del recurso

Sea declarará la nulidad y por ende la inaplicabilidad del reglamento que se impugna.³²

Motivos del recurso

La impugnación a un reglamento se puede dar por las siguientes hipótesis: Por incompetencia, por vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y, por desviación de poder.

Efectos de la sentencia

Sobre los efectos de la sentencia es dable sostener que a: “La sentencia que recaiga a esta excepción puede declarar la ilegalidad del reglamento con efectos erga omnes o solamente la ilegalidad de la decisión recurrida con efectos entre las partes”,³³ es decir, efectos relativos, aun cuando otros teóricos han expresado que no surte efectos *erga omnes* sólo relativos.³⁴

La cuestión de ilegalidad procede también en tratándose de acuerdos.

Legitimación activa y pasiva: Quienes se encuentran legitimados para promover el recurso de anulación son: Cualquier Estado miembro, la Comisión y el Congreso de Administración del Banco en contra de los acuerdos emitidos por el Consejo de Gobernadores del Banco.

³² “En consecuencia, persigue una doble finalidad. Por un lado permite a los demandantes no privilegiados el impugnar una disposición normativa, y por otro impide la aplicación de las disposiciones generales ilegales que se han vuelto inimpugnables por haber transcurrido el plazo para el ejercicio del recurso de anulación.” Ibidem, p. 201.

³³ Díez-Moreno, Fernando, Op. Cit., p.180.

³⁴ “En efecto la excepción de ilegalidad sólo comporta el efecto de cosa juzgada, entre las partes litigantes, respecto del acto impugnado. En otras palabras, la excepción no conlleva la anulación erga omnes del acto en cuestión, sino simplemente la suspensión de la aplicación del mismo.” Peláez Marón, José, M., Op. Cit., p. 195.

Objeto: Que el Tribunal de Justicia declare la ilegalidad de los acuerdos emanados del Consejo de Gobernadores del Banco.

Motivos: Los motivos que llevan a impugnar y en su caso a declarar la ilegalidad son: Los de incompetencia, por vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y, por desviación de poder.

La cuestión de ilegalidad también puede promoverse ante el Tribunal de Justicia por los Estados miembros y la Comisión en contra de los acuerdos emitidos por el Consejo de Administración del Banco a fin de que se declare su ilegalidad por vicios de forma solamente; dicho recurso debe promoverse en el plazo de dos meses a partir de la notificación en que se tuvo conocimiento o de su publicación, en el caso de que este fundado el recurso, se declarará nulo el acuerdo y las instituciones deben de tomar las medidas necesarias a efectos de dar cumplimiento a la resolución.

III) Recurso por inactividad.

Su regulación la podemos ubicar en los artículos: (232. del TCE, 35 del CECA y 148 del CEEA).

El recurso tiene lugar frente a la omisión de las Instituciones, es decir en contra de la no actuación cuando están obligadas a hacerlo por disposición comunitaria. De esta manera, ante dicha situación y, con la finalidad de hacer frente a la inactividad de las Instituciones y órganos comunitarios que redunden en perjuicio de los Estados miembros o de las mismas Instituciones, procede el recurso por omisión.

Legitimidad activa y pasiva: Quienes se encuentran legitimados para plantear ante el Tribunal de Justicia el recurso por omisión son: Los Estados miembros y las Instituciones de la Comunidad, las personas físicas y jurídicas pueden plantear una queja ante el mismo Tribunal por la omisión de las Instituciones, excepto se trate de recomendaciones y dictámenes ante las cuales el recurso no es procedente. En un mismo sentido el Banco Central puede promover el recurso en el ámbito de sus competencias.

De cierta manera el recurso procede para impugnar la omisión del Parlamento, del Consejo, de la Comisión, de las Instituciones de la Comunidad, del BCE quedando fuera los dictámenes y las recomendaciones.

Motivos: Las hipótesis que deberán actualizarse para que quienes se encuentran legitimados procedan a plantear el recurso ante el Tribunal de Justicia o la queja que corresponda; será, primero que la institución incurra en omisión por virtud de violación a un Tratado o desviación de poder,³⁵ es decir, no lleve a cabo algo a lo que está obligada a hacer y, segundo, que la inactividad traiga como consecuencia una violación al Tratado de la Comunidad Europea.

Objeto del recurso: Que se resuelva por conducto de la sentencia, en la que se obligue a la institución comunitaria a realizar algo que dejó de hacer, o, a emitir su juicio sobre alguna situación que le haya sido planteada.³⁶

³⁵ “En el recurso de anulación, cuatro eran los motivos que podían alegarse como causas de anulación del acto impugnado, a saber: incompetencia, vicios de forma, violación del Tratado y desviación de poder. Sin embargo, en el recurso de inacción estos motivos se ven reducidos, y ello por la propia naturaleza del acto impugnado, ya que, al tratarse de una no actuación comunitaria, no cabe la posibilidad de alegar ni vicios sustanciales de forma ni incompetencia.” Silva de Lapuerta, Rosario, Op. Cit., p. 189.

³⁶ “En conclusión, y como expone E.Reuter, como consecuencia de una invitación para que actúe, la institución comunitaria puede:

-Conformarse a la carta de puesta en mora y adoptar el acto que el recurrente le hubiese exigido, en cuyo caso está claro que no puede interponerse un recurso de inacción.

-Adoptar un acto distinto del solicitado pero que según ella constituiría la ejecución de la obligación que le impone el Tratado, en cuyo caso tampoco habría lugar a un recurso de inacción.

-Dirigir al recurrente una negativa, en cuyo caso si el recurrente quiere acudir al Tribunal debe hacerlo en base al Art. 173 y este recurso de anulación sólo será revestido en si mismo de fuerza obligatoria.

Procedimiento: Antes de impugnar la inactividad de las Instituciones comunitarias, debe el recurrente de forma previa requerir a la Institución a que haga algo que ha dejado de hacer fundado en el Tratado. Si una vez requerida, la Institución de que se trate, se mantiene inactiva haciendo caso omiso del requerimiento y, una vez agotado el plazo de dos meses, en ese momento y dentro de los dos meses siguientes el recurrente podrá interponer el recurso.

Sentencia: Declarada la violación por el Tribunal de Justicia, las Instituciones comunitarias deberán adoptar las medidas necesarias con la finalidad de cumplimentar la resolución.

El proyecto de Constitución Europea regula el recurso de inactividad en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección 5, artículo III-367, encomendando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea su conocimiento.

IV) El recurso por incumplimiento.

Su regulación la podemos ubicar en los artículos: (88, 226, 227, 228, 237 a) y b), y 249 del TCE).

El recurso por incumplimiento³⁷ es susceptible de promoverse, cuando un Estado miembro por virtud de la calidad que goza dentro de la Comunidad, no cumple con sus obligaciones.³⁸

-Dirigir al recurrente una carta de espera evitando pronunciarse sobre el fondo; en este caso la inacción subsiste y el recurrente puede interponer un recurso." Ibidem, p. 180.

³⁷ "El incumplimiento puede definirse con el abogado general Mayras en el As. 39/72, "Comisión contra Italia": "bien como el hecho de que un Estado miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el derecho comunitario derivado, bien con la inejecución por este Estado, o la ejecución incompleta o tardía de las obligaciones que se le imponen por las normas comunitarias." Ibidem, p. 63.

³⁸ "Como dicen J. Boulois y R.M. Chevallier en su comentario de esta sentencia, el incumplimiento implica la existencia de una obligación y de una obligación anterior. En caso de inexistencia de la obligación o en la hipótesis de que la misma se imponga con ocasión de los intercambios de

Legitimación activa y pasiva: Quienes se encuentran legitimados para promover el recurso son: La Comisión, los Estados miembros, el Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones y el Consejo del Banco de la Comunidad Europea, siendo procedente en contra de los Estados miembros.³⁹

Motivación: son diversas las hipótesis en que puede materializarse el incumplimiento, sin ser exhaustivos podemos ubicar las siguientes:

Cuando la Comisión, una vez examinado el régimen de ayuda estatal encuentra que un Estado a través de fondos estatales otorga una ayuda a empresas o producciones que falseen o amenacen falsear la competencia o tienda a ser abusiva, procedera a hacer recomendaciones para que las modifique o las suprima, en caso de que el Estado incumpla, procede el recurso.

En el cumplimiento de su misión, el Parlamento, el Consejo y la Comisión pueden adoptar reglamentos y directivas, tomar decisiones y formular recomendaciones o, emitir dictámenes.

Derivado de lo anterior el Estado miembro puede incurrir en incumplimiento:

argumentos que acompañan al procedimiento en su fase de instrucción, el procedimiento sería nulo." Ibidem, p. 68-69.

³⁹ "Los Estados miembros deben responder del comportamiento de todos sus órganos, es decir, no sólo de los incumplimientos imputables al poder ejecutivo, sino también de los del Poder Legislativo y los del judicial.

Por tanto, un Estado miembro no podría invocar para exonerarse de responsabilidad el principio de soberanía, asegurado por la Constitución nacional a las supremas autoridades, y más especialmente al legislador y a los jueces."

...
"...el Estado demandado no puede invocar como excusa la existencia de una crisis gubernamental, de vacaciones parlamentarias o la disolución del Parlamento, y ello como consecuencia lógica del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho de los Estados miembros. Por tanto, la responsabilidad del Estado es exigible cualquiera que sea el órgano del Estado que se encuentre en el origen del incumplimiento, siendo éste un principio general aplicable a todos los órganos constitucionales del Estado." Ibidem, pp. 72- 73.

Por no transponer una directiva, estando obligado a hacerlo.

Por incumplir una obligación emanada de un reglamento.

Por incumplir una obligación emanada de las decisiones.

Como las recomendaciones y dictámenes no son vinculantes, no puede incurrir un Estado miembro en incumplimiento.

Cuando los Estados miembros no acaten las obligaciones contenidas en los estatutos del Banco Europeo de Inversiones.

Cuando los Estados miembros no acaten las obligaciones de los Bancos Centrales Nacionales contenidos en el Tratado y en los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales.

Objeto del recurso: El recurso tiene como objeto que el Tribunal de Justicia, una vez que ha constatado el incumplimiento del Estado miembro, lo obligue a que cumpla.

Procedimiento: La sustanciación del procedimiento, se puede iniciar por la Comisión y por un Estado miembro, desarrollaremos los dos:

Previamente a la interposición del recurso de incumplimiento por la Comisión, se tiene que realizar lo siguiente.

Si la Comisión considera que el Estado miembro ha incumplido con sus obligaciones, lo conminará para que lleve a cabo el cumplimiento de las mismas voluntariamente, no sin antes permitirle que presente sus alegatos a efectos de llevar a cabo su defensa; el Estado miembro puede admitir que ha incurrido en incumplimiento y voluntariamente cumplir o en su caso alegar que no ha incurrido en dicho supuesto.

Si el Estado miembro opta por la primera opción, terminará el procedimiento, pero si sostiene la última, haya alegado o no, la Comisión emitirá su dictamen motivado otorgando nuevo plazo al Estado incumplidor.

Al no cumplir con su obligación el Estado miembro en el plazo concedido por la Comisión, ésta última podrá recurrir al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia si resuelve que el Estado miembro no ha incurrido en incumplimiento, termina el procedimiento; en el caso que determine lo contrario emitirá su sentencia debiendo adoptar las medidas necesarias para hacer posible su cumplimiento.⁴⁰

Si el Estado miembro no da cumplimiento a la sentencia, nuevamente se le volverá a emplazar otorgandosele la posibilidad de que presente sus observaciones, si éstas últimas no son satisfactorias, con posterioridad, la comisión emitirá su dictamen motivado exponiendo de manera concreta los puntos que sustenten el incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia, emplazando al Estado miembro a que cumpla.

Si el Estado miembro sigue en rebeldía, y concluido el plazo que la Comisión le ha concedido, ésta someterá el asunto al Tribunal, pedirá y señalará la sanción que deba imponerse al Estado incumplidor en función de las circunstancias, pudiendo consistir en una suma a tanto alzado o en una multa coercitiva.

⁴⁰ "Este mecanismo comunitario se distingue de las técnicas del derecho internacional en que: a) mientras la jurisdicción del TJCE tiene frente a los Estados miembros fuerza obligatoria e incluso fuerza ejecutiva, el Derecho Internacional las sentencias de los tribunales internacionales tienen que ser aceptada expresamente, y b) no es necesario que el incumplimiento haya causado perjuicio a otro Estado miembro o que ejerza una influencia nefasta sobre el funcionamiento del mercado único, pues se trata, ante todo, de asegurar el respeto a la legalidad comunitaria. Es un recurso directo que se puede interponer solamente ante el TJCE y no ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad." De La Fuente Pascual, Félix, *Glosario jurídico-político de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 287.

Si el Tribunal verifica que efectivamente el Estado miembro ha incumplido con la sentencia, le impondrá la sanción que corresponda.

Procedimiento iniciado por el Estado miembro

Para que un Estado miembro pueda promover el recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, deberá de llevar a cabo previamente los siguientes actos.

Debe someter el caso de incumplimiento a la Comisión, pudiendo a su vez el impugnante y el impugnado presentar por escrito y oralmente sus observaciones en un procedimiento contradictorio.

La Comisión emitirá un dictamen motivado, resolviendo sobre el cumplimiento o en contrario.

Si las partes acatan lo resuelto por la Comisión acaba el procedimiento; si no se da cumplimiento a la resolución, es motivo para que se plantee el recurso ante el Tribunal de Justicia, como lo desarrollamos con anterioridad.

El proyecto de Constitución Europea regula el recurso por incumplimiento en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección 5, artículo III-373, incisos a) y d). Cuyo órgano encargado de su conocimiento es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

V) Recurso por responsabilidad extracontractual.

Su regulación la podemos ubicar en los artículos: (40 del CECA, 188 del CEEA y 235, 288 del TCE).

Los daños que se causen o se puedan causar por las Instituciones o Agentes de la Comunidad, pueden dar origen a que el afectado por los actos promueva el recurso en estudio ante el Tribunal de Justicia.

Legitimación activa y pasiva: Quienes se encuentran legitimados para promover el recurso son las personas morales y físicas (Estados e individuos); por otro lado, procede contra la Comunidad quien por conducto de sus Instituciones o Agentes incurra en responsabilidad objetiva.⁴¹

Motivación: El recurso procede ante la existencia de un daño ocasionado a una persona física o moral derivado de una responsabilidad objetiva⁴² consecuencia de la actividad de las Instituciones.

Objeto: Que se repare el daño que ha causado la Comunidad a través de sus Instituciones o Agentes⁴³ en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios comunes de los Estados miembros.

El proyecto de Constitución Europea regula el recurso por responsabilidad extracontractual en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección 5, artículo III-370, correspondiéndole al Tribunal de Justicia de la Unión Europea su conocimiento.

VI) La cuestión prejudicial.

⁴¹ “Ello da pie a considerar, en el marco de estos Tratados, la posibilidad de supuestos de responsabilidad de la Comunidad sin culpa, esto es, responsabilidad objetiva, particularmente por conducta arriesgada.” Peláez Marón, José, M., Op. Cit, p. 196.

⁴² “Según la jurisprudencia del TJCE, la responsabilidad de la Comunidad supone la reunión de un conjunto de condiciones, a saber: a) la ilegalidad del comportamiento de las instituciones exigiéndose una falta más grave para el daño sufrido por una actividad normativa que para el daño sufrido por una decisión individual); b) los daños y perjuicios, y c) la relación de causalidad entre el comportamiento de la institución y los daños sufridos. La reparación puede abarcar tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*, y también el pago de los intereses de la demora.” De La Fuente Pascual, Félix, Op. Cit., p. 298.

⁴³ “Fuera del ejercicio de sus funciones.

En este caso solamente es responsable personalmente el agente según la legislación del lugar donde el acto ilícito se ha producido, siendo los Tribunales nacionales los únicos competentes para conocer del asunto.” Silva de Lapuerta, Rosario, Op. Cit, p. 289.

Encuentra su regulación en los artículos: (41 del CECA, 150 del TCEEA, 35 del TUE y 234 del TCE).

Legitimación: Los legitimados para promover la cuestión prejudicial son: El órgano jurisdiccional nacional del Estado miembro de que se trate. Se interpondrá ante el Tribunal de Justicia único competente para resolver.

Motivos: Es susceptible plantear la cuestión prejudicial en las hipótesis siguientes: Cuando se plantee un asunto respecto de la interpretación o validez a un órgano jurisdiccional nacional, y en donde sea necesaria la decisión del Tribunal de Justicia para que el primero pueda emitir su fallo; cuando se plantee una cuestión prejudicial respecto de la interpretación o validez, sobre un asunto pendiente, ante un órgano jurisdiccional nacional, cuya resolución no sea susceptible de impugnarse a través de recurso alguno.

Objeto: Que el Tribunal de Justicia resuelva de manera prejudicial, sobre la interpretación del Tratado o estatutos cuando estos lo permitan de forma expresa, y sobre la interpretación y validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad así como del BCE (Banco Central Europeo).

Legitimación pasiva: El recurso además de ser procedente en contra de un Tratado, se puede promover contra los actos de las Instituciones de la Comunidad, el Banco Central Europeo, y contra los estatutos creados por el Consejo.

El proyecto de Constitución Europea, regula la cuestión prejudicial en su parte III, título VI, capítulo I, sección I, subsección 5, artículo III-369, y de su conocimiento es el Tribunal de Justicia.

VII) El control previo de la legalidad sobre los acuerdos internacionales.

La Comunidad Europea tiene facultades para celebrar acuerdos internacionales con otros países no miembros de la Comunidad, así también los países miembros que conforman la Comunidad Europea pueden negociar Tratados con terceros países.

No obstante, se deberán sujetar la Comunidad y sus Estados miembros al instrumento de control previo de la legalidad, el cual encuentra su fundamento en el apartado seis del artículo 300 del TCE⁴⁴ (Tratado de la Comunidad Europea).

Legitimación pasiva y activa: Los legitimados para promover el recurso de control previo de la legalidad son: El Parlamento, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro; el cual es procedente en contra de los acuerdos que vaya a celebrar la Comunidad y respecto de los acuerdos que vayan a celebrar los Estados miembros,⁴⁵ pero quien tiene competencia para conocer del recurso es el Tribunal de Justicia.

Objeto del recurso previo: El objeto del recurso es que se declare por parte del Tribunal de Justicia, la compatibilidad o incompatibilidad de un Tratado internacional que se vaya a celebrar con respecto al TCE, previniendo las consecuencias dañinas que podrían surgir con posterioridad por vicios formales o materiales.⁴⁶

⁴⁴ "El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea." García de Enterría-Tizzano-Alonso García, *Código de la Unión Europea*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 95.

⁴⁵ "Si de los términos claros del artículo 300 se deduce que el acuerdo debe ser concluido por la Comunidad, el TJCE ha reconocido no obstante su competencia respecto a acuerdos concluidos por los Estados miembros en una ocasión. Se trata del dictamen 2/91, relativo a la Convención 170 de la OIT relativa a la seguridad en la utilización de productos químicos en el trabajo, donde el acuerdo previsto no era un acuerdo que iba a ser celebrado por la Comunidad, sino por sus Estados miembros, ya que la Comunidad no es miembro pleno de la OIT." Castillo de la Torre, Fernando, "El control judicial de los acuerdos internacionales", Madrid, Dykinson, 2001, p. 29.

⁴⁶ "Como subrayo el TJCE en la primera ocasión que tuvo el procedimiento de dictamen es un control de naturaleza preventiva cuyo objetivo es: "prevenir las complicaciones que podrían derivar de impugnaciones relativas a la compatibilidad con el tratado de acuerdos internacionales vinculantes para la Comunidad. En efecto, una decisión judicial que, en su caso, declare que un tal

Motivos: Las hipótesis sobre las cuales es susceptible plantear el recurso previo de legalidad ante el Tribunal de Justicia son: Por vicios formales o materiales.⁴⁷

Procedimiento: Una vez que se ha presentado la solicitud de dictamen por quienes tienen competencia para hacerlo, se llevarán a cabo las respectivas notificaciones; en este sentido, si la solicitud es presentada por el Consejo, se deberá notificar de su presentación a la Comisión, al Parlamento y a los Estados miembros; si lo presenta la Comisión se debe notificar al Parlamento, Consejo y Estados miembros; si es presentada por algún Estado miembro se notificarán a las Instituciones de la Comunidad y a los demás Estados miembros.

Una vez notificados, el presidente señalará un plazo para que presenten sus observaciones; designará a su vez a un juez ponente y se reunirá el Tribunal con carácter reservado previa audiencia a los abogados generales, emitiendo un dictamen motivado firmado por los que participaron, y notificando a las Instituciones y Estados miembros; todo esto ha llevado al preclaro tratadista CASTILO DE LA TORRE a expresar que: "El procedimiento de dictamen previo tiene tres especialidades principales: la ausencia de publicidad, su carácter no contencioso, y la participación de todos los abogados generales".⁴⁸

Resoluciones: el dictamen puede ser positivo o negativo, en el primer caso, procederán a concluir un Tratado considerado compatible con el TCE, en caso

acuerdo es, a la vista ya sea de su contenido, ya sea del procedimiento seguido para su celebración, incompatible con las disposiciones del Tratado, no dejaría de crear, no sólo en el plano comunitario, sino también en el plano de las relaciones internacionales, serias dificultades, y podría perjudicar a todas las partes interesadas, incluidos terceros Estados." Ibidem, p. 24.

⁴⁷ "Esto implicaría que el Tribunal puede declarar que un acuerdo es incompatible con el Tratado CE: a) desde un punto de vista extrínseco o formal, por incompetencia o exceso de poder del órgano que manifiesta el consentimiento o por vicios procesales en el iter formativo de la voluntad de la Comunidad b) desde un punto de vista intrínseco o material en cuanto que el texto del acuerdo contiene disposiciones que resultan incompatibles con el Tratado CE." Ibidem, p. 40.

⁴⁸ Ibidem, p. 48.

contrario este podrá entrar en vigor de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 48 del TUE⁴⁹(Tratado de la Unión Europea).

El proyecto de Constitución Europea contempla en su parte tercera, título V, capítulo VI referente a los acuerdos internacionales, así como en su artículo III-325, en su apartado número II, el recurso previo de legalidad sobre los acuerdos internacionales, cuya competencia está encomendada al Tribunal de Justicia.

c.- La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales.

En un inicio la Comunidad Europea vio la necesidad de proteger mejor los derechos humanos y no descarto la posibilidad de adherirse a la CEDH; sin embargo, el Tribunal de Justicia la declaró incompatible con respecto al ordenamiento comunitario;⁵⁰ por lo tanto, la Comunidad se dio a la tarea de construir los ordenamientos jurídicos de protección a los derechos humanos particularmente de los ciudadanos de los países miembros de ésta, es así, como a partir de 1997 se inicia una carrera que culminaría con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵¹

⁴⁹ “48 (antiguo artículo N).-El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo Proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión. Si el Consejo, previa consulta con el Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el Presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo.

Las enmiendas entraran en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.” Alonso García, Ricardo, *Tratado de Niza y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2000, p. 136.

⁵⁰ “La argumentación del Tribunal para concluir que no era posible la adhesión a la CEDH sin una previa reforma del tratado giraba en torno a dos razonamientos: la falta de competencia de la comunidad para adoptar, con carácter general, normas de protección de derechos fundamentales y la profunda transformación que la adhesión comportaría para el ordenamiento comunitario. En cuanto a la primera cuestión, el TJCE afirmó en el dictamen que ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de Derechos Humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito.” Rodríguez, Ángel, *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 243.

⁵¹ “Ya en diciembre de 1997, el Consejo Europeo de Luxemburgo había dado la bienvenida a la celebración, a lo largo del año siguiente, del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal

Dicha Carta no considerada como Derecho originario,⁵² viene sin duda alguna a ser un ordenamiento importante en pro del control del poder, ya que por un lado fija de manera concreta derechos ya establecidos en casi todas las legislaciones nacionales y supranacionales, pero a su vez establece novedades con relación a los derechos fundamentales; asimismo vienen a constituir una seria limitación a los servidores públicos dentro de la propia Comunidad Europea, y tres, que aún, cuando no se establecen los mecanismos de protección, estos no constituyen un dique para que puedan encontrar su protección en los Estados miembros y en la propia Comunidad Europea por virtud del derecho a la tutela judicial y efectiva.

La tutela de los derechos humanos por conducto de la Comunidad Europea es un proyecto emergente y por lo tanto abierto; aunque falta mucho por hacer debemos seguir apoyando el control del poder a través de los organismos

de Derechos Humanos, exhortando a los Estados miembros a redoblar sus esfuerzos en la protección de los derechos fundamentales. Simultáneamente, la Comisión, en colaboración con el Parlamento, puso en marcha un ambicioso proyecto académico, similar al realizado con ocasión de la aprobación del TUE en 1992, que dio lugar a un extenso informe de sus coordinadores, el informe Alston-Weiler, y a la presentación, por parte de un Comité de Sabios, de una Agenda, con propuestas de medidas concretas de acción a corto plazo, que se elevaron al Consejo Europeo en la cumbre de Viena de diciembre de 1998.

Con posterioridad, y ante las cortas miras de las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el campo de los Derechos Fundamentales, la Comisión patrocinó un nuevo grupo de expertos, esta vez bajo la presidencia de S. Simitis, que presentó un nuevo informe que la presidencia alemana elevó a la cumbre de Colonia de junio de 1999. En la misma, la presidencia alemana consiguió que el Consejo aprobara una declaración instando a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales. La cumbre informal de Tampere, en octubre de ese mismo año, precisó la composición de la Convención encargada de redactarla. Tras la confirmación de sus trabajos en la cumbre que daba fin a la presidencia finlandesa (Helsinki, diciembre de 1999), el Consejo informal reunido en Biarritz en octubre de 2000 aprobó el contenido de la Carta, que fue solemnemente proclamada durante la cumbre de Niza." Ibidem, pp. 196-197.

⁵² "Es cierto que como arguye la Comisión, la Carta constituiría prácticamente los mismos efectos tanto si es incorporada a los Tratados como si, como efectivamente ocurrió en la cumbre de Niza, sólo es solemnemente proclamada pero sin incorporarla formalmente al derecho originario... Desde este punto de vista, tanto si la incorporación se produce como si no, el TJCE contaría con un catálogo comunitario de derechos en base a los cuales elaborar su jurisprudencia.

Existe, sin embargo, una importante cuestión que si se ve afectada por el hecho de que la Carta no haya sido aun incorporada al derecho originario: su desarrollo mediante normas de derecho derivado." Ibidem, p. 229.

supranacionales, así; como la creación de importantes ordenamientos como lo es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵³

Empero, el proyecto de Constitución Europea ya regula los derechos humanos en su parte segunda intitulada “Carta de los derechos fundamentales de la unión”⁵⁴ y, cuyo contenido se relaciona con los principios⁵⁵ inherentes a la Unión Europea, así; también se prevé un órgano jurisdiccional encargado de su salvaguarda, recayendo tal encomienda en el Tribunal de Justicia,⁵⁶ de este modo se vendrían a garantizar los derechos humanos de los ciudadanos que pertenecen a los 25 países que en la actualidad conforman a la Unión Europea.

El proyecto de Constitución Europea que dedica su parte segunda a los derechos humanos, intitulada “Carta de los derechos fundamentales de la Unión”, consta de un preámbulo y siete títulos, el primero se refiere a la dignidad, el segundo a las libertades, el tercero a la igualdad, el cuarto a la solidaridad, el

⁵³ Proclamada solemnemente el siete de diciembre del dos mil, cuyo contenido es de un preámbulo, siete capítulos, cincuenta y cuatro artículos.

⁵⁴ En la segunda parte del proyecto de Constitución, intitulada Carta de los derechos fundamentales de la Unión, en donde se prevé un preámbulo, cuyo contenido consta de 53 artículos repartidos en siete títulos, que concentran los derechos de las personas que forman parte de los países que están adheridos a la Unión Europea.

⁵⁵ En el tratado por el que se instituye una Constitución para Europa en su parte primera, título segundo intitulado de los derechos fundamentales y la ciudadanía de la unión, se prevén los principios por medio de los cuales se regirá la Unión Europea, de esta manera en el Artículo I-9: derechos fundamentales, se dispone; 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II de la Constitución.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

⁵⁶ Se puede observar que los derechos son parte de la Constitución Europea, cuya protección corresponde al Tribunal de Justicia ya que es el encargado de garantizar el respeto a la interpretación y aplicación de la Constitución y, quien tiene la potestad para pronunciarse sobre su violación por actos de autoridades de la Unión o de las partes que forman parte de ésta, derivándose de las demás disposiciones el derecho a la tutela judicial y efectiva que tienen los ciudadanos de la Unión Europea, todo lo anterior se puede deducir con relación a lo que dispone el proyecto de Constitución para Europa: Parte I, título segundo, artículo I-9, sección 1, artículo I-29. Parte II, título sexto, artículo, II-107, título séptimo, artículo II-112, sección 1 y 5. Parte III, título sexto, sección 1, subsección 5, artículo, III-365.

quinto a la ciudadanía, el sexto a la justicia y el último hace alusión a la interpretación y aplicación de la Carta y va del artículo II-14 al II-61.

Conclusiones

El control del poder por conducto de organismos supranacionales, en el pasado no existió, porque se consideró al Estado nacional, como aquel que resolvería todos los problemas del ser humano, catalogado, hoy, como una infructífera invención de la modernidad, ante su insuficiencia, su falta de eficacia en los instrumentos de control que arropo en su afán de proteger al ser humano contra el poder político y social, propició que se dieran nuevos fenómenos, en los sistemas constitucionales.

El control del poder a través de organismos supranacionales es emergente, básicamente en Europa y Latinoamérica, de tal manera, que en Latinoamérica varios países del continente han decidido ratificar los múltiples convenios en materia de protección a los derechos humanos, donde México no es la excepción, por lo tanto, se ha dado competencia a organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para proteger los derechos de las personas pertenecientes a los Estados firmantes, y cuyas resoluciones son vinculantes y obligatorias, cuyo incumplimiento acarrearía al Estado infractor un descrédito internacional.

Europa ha avanzado en mayor medida, y lo sigue haciendo a partir de 1952, pero ahora se muestra, como el sistema de control del poder de naturaleza regional y el prototipo a seguir por los demás países, porque cuenta cada órgano de la Unión Europea, con instrumentos de control políticos o jurídicos, como la moción de censura, el recurso por inactividad, el recurso de ilegalidad, el recurso por incumplimiento entre otros, es la forma; como se ha podido controlar al poder. Pero ha surgido un nuevo reto, la inminente aprobación por los Estados miembros del proyecto de Constitución para la Unión Europea.

Pero la lucha por el control del poder, del cual nos consideramos partidarios, no termina ahí, pugnamos porque en un futuro no lejano, el sistema regional pueda convertirse en un sistema mundial en materia de control jurisdiccional, de esta manera los países hasta hoy excluidos, puedan encontrar una respuesta a todas y cada una de las discriminaciones que sufren por parte de las potencias, sólo así el ser humano podrá vivir en dignidad, de otra forma, las personas miembros de los Estados débiles, seguirán viviendo en una situación de desigualdad y pobreza.

CAPITULO VI UNA TEORIA PARA EL CONTROL DEL PODER.

SUMARIO CAPÍTULO VI UNA TEORÍA PARA EL CONTROL DEL PODER. A Los actuales desafíos del control. 1 La objetividad y subjetividad en los controles ¿Una verdadera separación?. 2 El poder privado. 3 La crisis del Estado nacional. a Ámbito administrativo. b Ámbito legislativo. c Ámbito jurisdiccional. 4 El plano supranacional un desafío a los controles. **B Apreciaciones teóricas del control del poder.** 1 La actividad del Estado y la conducta del sujeto. 2 El parámetro a que se someten los actos de poder. 3 El exceso de poder. 4 Los límites de la actividad del Estado y la participación de la persona. 5 La sanción en el control del poder. **C El control del poder en el Estado constitucional.** 1 El control del poder en el Estado de derecho y constitucional. 2 El aspecto objetivo y subjetivo del control jurídico. 3 La objetividad y subjetividad en el control político. 4 La objetividad y subjetividad en el control social. 5 La Constitución como parámetro de control en el Estado constitucional. 6 Ilícitos atípicos constitucionales. 7 Los demás elementos del control del poder. 8 La interpretación constitucional.

A Los actuales desafíos del control.

1 La objetividad y subjetividad en los controles ¿una verdadera separación?.

De entre los postulados básicos, sobre los cuales se construyó el Estado liberal de derecho, destacan: El principio de división de poderes y el principio de legalidad, los cuales trajeron consigo la omnipotencia del Estado.

En el Estado liberal de derecho, operó un positivismo a ultranza, permitiendo el objetivismo en los controles jurídicos (evaluación de compatibilidad: parámetro la Constitución- objeto de control, actos de gobierno) y el subjetivismo en los controles políticos (evaluación de compatibilidad: parámetro la voluntad del controlante - objeto de control, el órgano o la actividad que despliega) alcanzándose correlativamente la irresponsabilidad del sujeto en los primeros (al controlar los actos, el sujeto queda fuera del control mismo) y la discrecionalidad

de los controlantes con respecto a los segundos (donde el parámetro es la voluntad del controlante, por lo tanto, existe absoluta libertad de criterio) era lógico se convirtieron en dueños de los controles. El gran desafío del Derecho, así, como para el Estado constitucional, es, el de que se termine con el ejercicio discrecional del controlante en la aplicación de los instrumentos de control político (donde exista un parámetro de naturaleza objetiva) y la subjetividad regrese a los controles jurídicos (donde se sancione a la persona que ha incurrido en exceso de poder).

2 El poder privado

La interrelación Estado-Sociedad pluralista, ha tenido consecuencias graves que a su vez representan desafíos a los instrumentos de control, uno de los retos más complejos, lo representa el poder privado quien realiza funciones en la actualidad propias del poder público, las cuales le fueron transferidas y que se encuentran ajenas al control del poder.

Otro factor que constituye un reto, lo conforman los poderes privados de tipo extralegal que menciona FERRAJOLI, integrados por los micropoderes económicos y los macropoderes, quienes actúan en un plano ausente de límites y de controles, consecuencia también del desmantelamiento de la esfera pública, lo cual ha generado un libre mercado desregulado y salvaje. Los centros de poder que constantemente ponen en situación de condicionamiento al poder público y que permanentemente vulneran los derechos de las personas.

Es así, como los centros de poder alternativo y concurrente con el poder público, y los nuevos actos de poder, representan un desafío a los instrumentos de control en el Estado constitucional.

3 La crisis del Estado nacional

a Ámbito administrativo

El Estado de derecho, entendido no desde una corriente alemana sino desde una vertiente italiana, caracterizado por tres elementos esenciales, como lo son: la legalidad, la publicidad y el control, ha entrado en crisis, como consecuencia del desarrollo del Estado de bienestar y de que sus funciones son incompatibles (El gobierno estatal de la economía y las prestaciones publicas de naturaleza social y asistencial) con las formas tradicionales del Estado liberal de derecho, concatenándose con la ausencia de una normatividad específica propia, una teoría del derecho y una teoría política del Estado social, es decir, un Estado de bienestar que no fructificó, ni dio origen a un garantismo netamente social, permaneciendo los derechos sociales como declaraciones, sin garantía efectiva.

La convivencia entre los dos Estados, ha propiciado como consecuencia procedimientos y formas de la actividad administrativa discrecionales; las sedes del poder del Estado radicado en órganos visibles se desplaza a centros ocultos del aparato burocrático, distanciados de los controles parlamentarios y jurisdiccionales, resultando obsoletos la publicidad, la legalidad y el control, y en donde las funciones del Estado de bienestar se desarrollan en espacios extralegales o de legalidad atenuada; donde se da mérito a las técnicas de poder normativamente atípicas, las cuales se encuentran libres de vínculos y de estorbos garantistas.

La crisis del Estado de bienestar, se caracterizó, por reducir el gasto público destinado a prestaciones sociales, lo que produciría una crisis de la legalidad consistente en satisfacer a determinados grupos de presión más poderosos que producen un reforzamiento del poder subjetivo y que a su vez incrementan los caracteres discrecionales y espacios de arbitrariedad, todo lo anterior, se resuelve en una ruptura de la legalidad; la creciente invisibilidad del poder representa la crisis del Estado de derecho y de la democracia, porque se diluye el presupuesto general y a su vez el control jurídico y político y, a falta de controles políticos, se

propicia la formación de centros ocultos cuyas actividades no son determinadas por normas por ser resultado de la práctica, donde el secreto de la burocracia ha trascendido al gobierno, a los partidos políticos, a la magistratura y, a la prensa, amenazando el secreto con transformar a la democracia en un total desmentido; la irresponsabilidad política y jurídica de los gobernantes; donde la inamovilidad de la clase gobernante opaca el poder y la solidaridad corporativa de la clase política sabotea los procedimientos de control, como en la paralización de la comisión de investigación del parlamento o en la intolerancia de la clase política a los controles institucionales.

Los tres factores han propiciado un neoabsolutismo del sistema político, cuya estabilidad queda seriamente amenazada por: la microlegislación a favor de intereses sectoriales; el Parlamento como órgano de registro de decisiones tomadas en el seno de los partidos; un Estado oculto; el reparto del gobierno en la sombra y los grupos privados.

En este sentido, si el desarrollo del Estado de bienestar produjo la crisis del Estado de derecho, la crisis del Estado de bienestar puede producir su disolución, atacando las dos funciones principales del derecho: la programación normativa del comportamiento social y la generalización y estabilización de expectativas individuales y colectivas, así, como la limitación y el control de los poderes públicos y privados; sin embargo, la crisis del Estado de derecho y de bienestar admite dos soluciones, la primera regresiva y la segunda progresiva, la primera sugerida por estrategias neoliberales, sin embargo este proyecto tiene un carácter antidemocrático; la segunda que es un elemento insuprimible de cualquier democracia, la cual consiste en: un sistema de límites impuestos al poder y como una técnica de generalización y de igualación de expectativas a través de su formalización en derechos subjetivos.

El futuro del Estado de derecho y de bienestar, están enlazados y la supervivencia de ambos está vinculada a una diferenciación interna de su

estructura jurídico institucional, donde se asegure lo siguiente: La reducción de los espacios discrecionales por medio de leyes vinculantes; la rehabilitación de las funciones legislativas como centrales y la restitución de decisiones discrecionales; la reactivación de los controles políticos y legales; la transparencia de la actividad administrativa y su impugnación por los interesados; garantías de tutela de los derechos individuales y sociales; de esta manera, lo ha sostenido LUIGI FERRAJOLI.

b Ámbito legislativo

Como consecuencia de la crisis de los principios de legalidad, de abstracción y de generalidad, de ahora en adelante, la ley que había sido reflejo de una sociedad homogénea, en el presente, se manifiesta como factor de inestabilidad en donde se materializan la competición y el enfrentamiento social de infinidad de sectores de la sociedad convirtiendo a la ley en un producto heterogéneo, sujeta a pactos como consecuencia de una sociedad pluralista. La multiplicación de fuentes se está dando en el Estado nacional en su ámbito legislativo, las cuales vienen a constituir amenazas que da origen a ordenamientos clandestinos, originando los gobiernos privados y territoriales de los que habla FERRAJOLI, de esta manera, es como el Estado se ha retraído, dejando amplio margen de actuación a diversos sectores, que vienen a representar un desafío más para la teoría del control. El Poder Legislativo y su actividad esencial se está viendo afectada no solamente por la multiplicidad de fuentes, sino también por las formas de interpretación constitucional, en donde el conflicto que se presenta para el Estado constitucional es llevar a cabo un equilibrio entre la actividad legislativa y la interpretación evolutiva en algunos ordenamientos constitucionales.

c Ámbito jurisdiccional

En el plano jurisdiccional los jueces tienen la encomienda de aplicar e interpretar a la Constitución y son quienes de conformidad con dicho ordenamiento fundamental emiten la última decisión sobre los casos que se les plantean. Sin embargo, ya se trate de un sistema de control difuso o concentrado y bajo el supuesto de que no se puede seguir con una cadena interminable de controles, es decir, no podemos seguir creando otros órganos que controlen sus decisiones, por lo tanto, ¿Cómo se puede controlar la decisión judicial? Desde nuestra perspectiva, el control en la toma de decisión judicial representa el problema más grave a que se enfrenta en la actualidad la teoría del control, ahora la pregunta es, ¿Cómo se podrían establecer límites a la decisión judicial?. Sin que implique un positivismo a ultranza, también es defendible que existen ámbitos no determinados por el derecho sin que tampoco implique que nos inclinemos por la ideología de la decisión judicial libre, lo cierto, es que no se pueden soslayar tan profundos dilemas.

4 El plano supranacional un desafío a los controles

El Estado de derecho, entendido desde una perspectiva moderna o liberal, conjuntamente con la mayoría de todos sus postulados intrínsecos, los cuales se han visto cuestionados en la actualidad tanto por las diversas posiciones teóricas como por la praxis nacional e internacional en que se han desarrollado sus instituciones, de tal manera, que desde hace tiempo se ha empezado a hablar de la modernidad y su fracaso, como consecuencia, tal situación ha alcanzado al Estado de derecho decimonónico, es así, que se habla de la crisis del Estado y de la democracia como crisis de la soberanía estatal, debido al surgimiento de entes de corte supranacional que empezaron desde hace tiempo a desempeñar funciones propias del Estado nacional, por virtud de tratados y convenciones internacionales, de tal forma, que son ellos quienes en sí, toman o deciden sobre las cuestiones más importantes del futuro de cada Estado, como por ejemplo está sucediendo con la Unión Europea.

El control del poder y sus instrumentos, hasta hace poco, se decía que se ponían en peligro como consecuencia del surgimiento de organismos supranacionales a quienes se les conferían atribuciones propias del poder público nacional, debido también a que los instrumentos de control habían sido diseñados para atender excesos de poder en el plano estatal y no supranacional.

La realidad no puede soslayarse, ni esquivarse, ni pasar inadvertida, hoy, el Estado nacional soberano empieza a dar paso al Estado constitucional cooperativo del que nos habla HABERLE, situación que ha generado la institucionalización de contextos en donde se les confieren funciones propias de los Estados a organismos supranacionales, presentándose como un nuevo reto a los instrumentos de control.

También es una realidad que empiezan a operar situaciones como: El distanciamiento entre Estado y ciudadanos, donde el principio de representación a cada momento se disuelve con mayor celeridad; donde la creación del Derecho es de corte supranacional y donde subyacen los intereses privados, generándose la sustracción a los instrumentos de control aquellos sectores económicos y políticos; así; como el incremento de organismos supranacionales privados, que escapan al control del poder público.

El gran tratadista Italiano FERRAJOLI ha puesto en evidencia la situación crítica, señalando que la crisis es motivo de un vacío de Derecho público, es decir la ausencia de reglas, límites o vínculos que puedan garantizar la paz y los derechos humanos, los cuales puedan operar frente a los poderes supranacionales tanto públicos como privados, este vacío de Derecho público ha sido llenado por el Derecho privado de naturaleza contractual que solamente expresa la ley del más fuerte; asimismo se ha dado un desarrollo asimétrico entre la crisis y la institución de una esfera pública internacional, y donde faltan las garantías que tutelen los derechos y la paz así como las instituciones

encomendadas para tal efecto. Todo esto hace necesario que los fines públicos puedan lograrse a través de instituciones públicas, y no por parte del sector privado. Las grandes declaraciones de derechos han sido mero papel, las cuales se han caracterizado por una ausencia de leyes de actuación, es decir están privados de instituciones de garantía, por lo que se han mermado sus poderes con el seguro riesgo de verse marginadas, alternativamente se han incrementado instituciones de tipo particular.

La transferencia de funciones hacia organismos supranacionales como así sucedió en el Estado nacional europeo, tuvo motivos meramente económicos, pero sea cual sea el motivo, lo importante es que en la actualidad deben de analizarse las transferencias de funciones para efectos de controlar el exceso de poder en el plano estatal; muchos aseguran que se empieza a gestar una nueva conciencia debido al fallo y desconfianza del Estado nacional, la cual se ve reflejada en la competencia que varios países de Latinoamérica le han conferido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte, con respecto a la función de tutelar la esfera de derechos de las personas que son vulneradas por actos de poder político.

Es un avance importante, pero no es una panacea, ni queremos que lo sea, pero si, el control del poder no solamente debe ser regional, por lo tanto debe operar en el ámbito mundial (jurisdiccionalmente hablando), porque el regionalismo como en la Unión Europea no asegura del todo la protección a países en situación de desigualdad o que no pertenecen a dicho organismo; lo mismo sucede con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo tanto, resulta necesario que se atienda ese vacío de poder público del que habla FERRAJOLI a fin de hacer una Comunidad internacional libre, pacífica, segura y justa, para esto, los controles, político, jurídico y social deben en gran parte apoyar a dicha empresa tan compleja en una sociedad pluralista.

B Apreciaciones teóricas del control del poder

1 La actividad del Estado y la conducta del sujeto.

En la realización de sus actividades, el Estado por conducto de sus órganos y subórganos, se ve obligado a emitir actos de poder en función de las facultades que le otorga la norma fundamental, independientemente de la sanción objetiva o subjetiva que opere al incurrir en exceso o cuando los actos de poder son incompatibles con la Constitución.

También las personas morales, ya sean de índole nacional e internacional, así, como las físicas pueden desplegar actos de poder, todos, sujetos o entes privados que pueden vulnerar la esfera de derechos del gobernado.

El Estado puede realizar alguna actividad o dejar de desempeñarla, por lo tanto, el desarrollo de su actividad puede ser positiva o negativa y, en virtud de un hacer o un no hacer puede causar algún daño a la esfera del gobernado, puede transgredir alguna competencia o jurisdicción, correspondiente a otros organismos e inclusive, puede vulnerar a la propia Constitución.

Las personas morales y privadas, también despliegan actos de poder que pueden ser positivos o negativos, y como consecuencia producir un daño a los demás gobernados.

2 El parámetro a que se someten los actos de poder.

El exceso de poder, puede configurar y dar pauta a la activación de los controles políticos, jurídicos y sociales, es decir, cuando los entes o personas en lo individual realizan actos o incurren en omisión que terminan en un exceso de poder, se actualiza el control, siendo para el Estado constitucional necesarios los controles políticos y jurídicos, claro en función del principio de interés público.

Es cierto que existen actividades y conductas que conducen a verdaderos actos de poder que irremediablemente causan un daño, por lo tanto, la Constitución en su novedosa estructura viene a ser en parte un remedio a fin de evitar en la mayor medida posible la atipicidad de los abusos y desvíos de poder, estos últimos no regulados en la actualidad, lo que ha sido un olvido de la teoría del control.

La existencia de normas, principios y valores, debe convertirse en un parámetro de tipicidad, no discrecional, y sí, donde imperen las mayores razones jurídicas, permitiendo larga sobrevivencia y estabilidad a los sistemas de gobierno y como consecuencia originando paz y seguridad en la sociedad.

3 El exceso de poder.

El exceso de poder, se da cuando el Estado, la persona moral o privada vulneran alguna regla o principio, lo que da origen a la activación de los controles y en la mayor parte de las veces trae consigo una sanción objetiva y subjetiva, es decir, se priva de validez el acto de poder y se sanciona a la persona que emitió el mismo, esto último acorde al grado de tolerancia del sistema de responsabilidad.

Las reglas, como se conocieron en el Estado de derecho, permitieron una aplicación casi mecánica, lo que llevo a gran parte de actos de poder a una acentuada inmunidad; con los principios se colma una laguna abandonada por el positivismo, ya que cumplen con una doble función, sirven de apoyo a las reglas jurídicas e imponen una toma de posición, como en el caso de desvío de poder, porque la aplicación de los principios provoca que se sancionen actos de poder que son injustos y que pueden llevar a los sistemas de gobierno a su dislocamiento; aunque los detractores de la positividad de los principios consideran que se entraría en un estado de incertidumbre.

4 Los límites de la actividad del Estado y la participación de la persona.

Sobre el principio, ya varias veces mencionado del interés público que opera en el Estado, distinto al principio de autonomía que cobra importancia en el campo individual, y en donde, a los órganos públicos se les otorga el poder para efectos de que persigan fines públicos.

El Estado al desplegar su actividad por conducto de actos de poder lo hace a través de personas físicas, ante tal situación operan la objetividad y subjetividad, si se incurre en exceso de poder, es conveniente que los órganos de control se diseñen para operar con una doble sanción, la objetiva anulando el acto o norma y una subjetiva sancionando al sujeto, porque si el Estado tiene determinadas facultades y el titular del órgano está impedido para hacer mal uso, si lo hace, quien se excede aparentemente es el Estado, pero en sí, quien se extralimita es el sujeto mismo, por tal motivo, resulta evidente anular el acto y sancionar al sujeto, imputandosele el exceso al sujeto.

En cuanto a las personas privadas en lo individual, no existe ningún problema, porque son ellos quienes se exceden, en cuanto a las personas morales generalmente al representante se le imputan los excesos.

5 La sanción en el control del poder.

Con la vinculación objetividad subjetividad, los medios de control jurídico deben prever sanciones tanto objetivas como subjetivas; en cuanto a los controles políticos la objetividad no necesariamente implica una sanción, tanto pueden como no tener sanción, en el entendido, de que dicho elemento no afecta su sustancia, haciendolo previsible y certero en su ejercicio, lo mismo sucede con los controles sociales, cuyas sanciones en ocasiones pueden originarse y en ocasiones no, motivo, de que la tendencia sea su objetivación.

C El control del poder en el Estado constitucional

1 El control del poder en el Estado de derecho y constitucional.

Durante siglos, el control del poder ha sido un área que ha preocupado a múltiples pensadores, filósofos, sociólogos, políticos y juristas, pero es en los ámbitos político y jurídico, en donde se le ha dado mayor importancia; de esta manera, al poder se le ha tratado de encauzar por una vertiente adecuada para cumplir con los fines de cada uno de los ciudadanos, contrariamente, los hombres que han hecho uso del poder comúnmente lo ejercen para satisfacción de sus propios fines e intereses y no en beneficio del interés público.

Como objetivo del constitucionalismo propio del Estado de derecho, se intentó a través de diversos instrumentos limitar el poder con la única finalidad de que atendiera a las necesidades del ciudadano, como una lucha contra el absolutismo monárquico; donde el poder era ejercido por el monarca sin ninguna limitante, en consecuencia se instauraría el principio de división de poderes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789, e inclusive con anterioridad ya había sido proclamado el principio de equilibrio de poderes. Los derechos humanos surgirían como limitantes al poder absoluto, en pro del gobernado a partir de 1215 con la Carta Magna de Juan Sin Tierra, los Bill of Rights, la misma declaración francesa, las primeras diez enmiendas a la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, cuyo objeto fue instaurar los derechos individuales.

Con posterioridad el principio de división de poderes y los derechos individuales se verían rebasados, a su vez se atenuaría la preocupación por el control del poder. Posteriormente la idea del control del poder se retomaría con más fuerza en el siglo XX, en el círculo de Weimar y en gran parte de la doctrina de Europa occidental, donde se volvió a plantear el conflicto entre poder y Derecho que hace tiempo se cuestionó FERDINAND LASALLE quien en su

momento afirmaría en su connotada conferencia “que si tuviera en sus manos reconstruir al Estado pondría sin duda alguna al Derecho por encima del poder”. En este sentido el creador de la “Teoría pura del Derecho” hizo una de las más formidables y trascendentales aportaciones, los Tribunales Constitucionales, quien siempre se mantuvo en pugna con el insigne tratadista CARL SCHMITT quien estaba en desacuerdo con HANS KELSEN, pugnando porque el defensor de la Constitución debiera ser el Presidente del Reich, denotandose un gran avance en el control del poder, preocupación del constitucionalismo y si se quiere ver, del garantismo.

El Estado de derecho prototipo de la modernidad, cuyo auge lo alcanzó en los Estados del siglo decimonónico, entró en crisis y como consecuencia la mayoría de los Estados que se estructuraron de conformidad con sus postulados también padecerían los síntomas patológicos del Estado liberal de derecho; se vendrían a dar cambios importantes en la sociedad nacional e internacional que dieron como resultado que se modificara sustancialmente la teoría del Derecho conjuntamente con sus instituciones; podemos aseverar que los mismo sucedió con el control del poder.

Empero, los avances que se han venido dando, los cuales en su mayoría han sido desde una perspectiva formal, es decir, las aportaciones se han abocado a enmarcar y a identificar los distintos sujetos, medios y las formas en que se desenvuelve el control político y social, de ahí que hayan surgido aportaciones valiosas; como la teoría de la Constitución del ilustre constitucionalista KARL LOEWENSTEIN quien señaló en el prólogo de su libro, “que trataba de crear todo un sistema”, notándose con diáfana estructuración los controles verticales y horizontales; otra gran aportación no se dará sino a principios de los ochenta con el eminente constitucionalista español ARAGON REYES, quien sostendrá una verdadera teoría como así lo catalogó el Dr. DIEGO VALADÉS en su momento, donde remarca las diferencias entre el control político y el Jurídico, someramente hace referencia a los controles sociales; en esta tesitura a finales de siglo,

aparecerá un estudio singular, pero no de mínima trascendencia del Dr. DIEGO VALADÉS sobre los controles políticos; también saldrá a la luz la equiparación teórica del Dr. QUIROGA LAVIE, en donde expone la importancia de la teoría general de sistemas aplicable al control del poder. Los avances han sido importantes, ninguno de menor peso, pero la transición del Estado de derecho al Estado constitucional trajo consigo, el cambio de la teoría general del Derecho desde una perspectiva alemana o *rechtsstaat*, cambiando las relaciones entre ley-derechos-justicia, y en donde, ya no operan en el ámbito de la Constitución solamente reglas, sino alternativamente y en el marco de un pluralismo los principios constitucionales, como así lo ha demostrado el preclaro estudioso del Derecho y filósofo italiano SAGREBELSKY; o si se quiere enfocar desde una perspectiva italiana, la crisis del Estado de derecho consecuencia de la aparición y el desarrollo del Estado social, y con ello la crisis del principio de legalidad, el de publicidad y el del control del poder, convirtiéndose dichos postulados en ilegalidad, ocultamiento de las instituciones y la ausencia de control hacia el poder político y social, como así lo ha determinado el también italiano FERRAJOLI.

En un Estado constitucional democrático es necesario estudiar al poder y el control del mismo, pero ya no desde una perspectiva meramente formal, sino también sustancial, es decir, se han olvidado los estudiosos que el problema no consiste solamente en identificar las características de uno y otro modelo de control, los sujetos, las formas; lo que trajo como consecuencia teorías que solamente operaron en el presente, pero que se muestran ineficaces de cara al futuro del control del poder, es decir, que ha habido un olvido de las teorías con relación a los problemas que se están dando en la actualidad, o si tratan de darle una solución, ésta es meramente formal.

Una teoría del control del poder adecuada para el Estado Constitucional, no puede permitir la enorme división que priva (objetividad – subjetividad) en los medios de control jurídicos y políticos, hacer lo contrario, implicaría soslayar el autoritarismo y discrecionalidad en los instrumentos de control político y avalar la

ausencia de sanción subjetiva en los controles jurídicos, trayendo como consecuencia la inmunidad del sujeto que se excede en el ejercicio del poder. No se debe pasar por alto el principio básico de interés público, ni tampoco su vinculación con la responsabilidad política, la cual implica que el servidor no es libre de hacer algo distinto a lo que la propia función impone o dejar de hacer, y debido a que ha mutado dicho principio no del todo, y sólo en parte; el control del poder político y social se hace más complejo día con día, por lo anterior, y ante una dinámica sociedad cambiante y pluralista, es necesario un estudio exhaustivo y pormenorizado del poder y hace necesario teorías que sean suficientemente previsoras del futuro, de otra manera, seguiremos como hasta ahora, sin ningún avance que permita al ser humano vivir en un sistema de libertad y justicia, y debido a esto, sigan multiplicándose los casos de desigualdad, pobreza, inseguridad, injusticia en los países menos desarrollados; hoy la gran tarea del Estado constitucional y prioritariamente de los estudiosos de diversas disciplinas es lograr el mayor nivel de equilibrio entre los diversos y desiguales estados de los cinco continentes.

2 El aspecto objetivo y subjetivo del control jurídico.

El Estado de conformidad con el principio de interés público, solamente debe realizar o dejar de hacer lo que le está expresamente conferido, en este sentido y bajo dicho principio el Estado se ve ante la necesidad de desplegar su actividad, legislativa, jurisdiccional y administrativa, para efectos de cumplir con los fines que le ha sido encomendado de acuerdo con la Constitución.

El Estado tiene que valerse de personas físicas para poder realizar o dejar de hacer las funciones que le han sido expresamente conferidas; la persona física por lo tanto se ve obligada a actuar de conformidad con el interés público, y no de acuerdo a su propio criterio, porque no rige el principio de autonomía.

Por lo anterior, es posible distinguir, entre la actividad propiamente del Estado y el carácter netamente subjetivo de la persona.

El Estado debe realizar una función por conducto de las personas físicas que puede ser una acción o una omisión, en este sentido en pro del mandato que le ha sido previamente conferido.

El Estado en el momento de dictar una norma, emitir un reglamento o dictar una resolución, lo tiene que hacer de conformidad con las reglas, los principios y los valores sustentados por la Constitución.

Por lo tanto se pueden dar dos hipótesis, que llevan al teórico a distinguir entre la actividad netamente objetiva y la discrecionalidad subjetiva de la persona que encarna el órgano destinado a desarrollar dicha encomienda.

El Estado al momento de desplegar su actividad, lo puede hacer por acción u omisión, si el Estado actúa de conformidad con lo que dispone la norma fundamental, entonces se dirá que existe una actuación claramente sustentada en el interés público, exceptuando la actividad jurisdiccional.

Pero que sucede, cuando efectivamente el Estado por conducto de sus órganos de gobierno realiza actividades contrarias al interés público, que en principio se podrían calificar de inherentes al Estado, pero que en si son actividades que se apartan de la tutela de la norma y principios, para caer en el ámbito de la discrecionalidad del sujeto, en este sentido, es posible distinguir, entre la actividad netamente estatal y la conducta totalmente individual, es decir el sujeto escudándose en el Estado y valiéndose de la función pública o del cargo público realiza actividades contrarias a la norma fundamental, entonces no es una actividad en si, más bien es una conducta del sujeto, que irremediamente es un exceso de poder público originado por una conducta contraria a la norma fundamental.

Por lo tanto, el Estado debe de actuar de conformidad con el interés público y de acuerdo a lo que está establecido en la norma primaria, lo contrario supondría un exceso de poder político, radicado en él, pero donde tuvo injerencia la persona misma y su intención.

Verbigracia: El Poder Ejecutivo tiene la potestad para emitir decretos fundándose en el artículo 89 fracción I, así como en el 131 de la Constitución mexicana, a través de un decreto la persona sabiendo que no tenía facultad, de conformidad con lo conferido emite el decreto y por virtud de la cual exime del pago de impuestos a las personas que importan algún producto, se declara inconstitucional el decreto, y únicamente se priva de efectos al decreto mismo.

En este caso, se le quita validez y por ende vigencia a la norma, pero el sujeto no recibe ninguna sanción, cuando lo hizo con evidente discrecionalidad; en este sentido se deja al sujeto en un ambiente de irresponsabilidad, porque solamente se sancionó objetivamente y no subjetivamente, no permitiendo fincar algún tipo de responsabilidad a la persona que actuó contrariamente al interés general.

En el mismo caso, aplicando la distinción y no separación entre objetividad y subjetividad, por un lado, es posible sostener la inconstitucionalidad de la actividad y por otro lado, la conducta del sujeto; se anula el aspecto objetivo y se sanciona al sujeto que emitió la norma, sin necesidad de que se inserte la intención, basta con que la actividad sea contraria a lo dispuesto por la norma, para que el sujeto sea responsable.

La distinción y no separación entre objetividad y subjetividad podrán traer beneficios al medio de control, no dejando inmune al sujeto, como hasta ahora sucede cuando se incurre en exceso de poder; se sostiene que no puede operar una separación (objetividad-subjetividad), porque lo que se generaría sería la responsabilidad en todos los casos para el sujeto que incurriese en exceso de

poder, por tal motivo, es viable la diferencia más no separación, entre objetividad y subjetividad.

La vinculación entre subjetividad y objetividad operativa en un instrumento de control, lo hacen eficaz y por ende el sujeto no queda al margen del control en tratándose de controles jurídicos, pues el deslinde de las dos generaría una irresponsabilidad que dejaría a la persona en posición para volver a excederse en el poder.

La situación de distinción, entre objetividad y subjetividad, permite que los excesos de poder se corrijan desde dos vertientes, anulando el acto o norma y sancionando al sujeto autor de la norma, tal vez, no corporalmente, pero sí económicamente o a través de cualquier otra sanción ejemplar, en este sentido es posible distinguir dos fases, uno cuando no se incurre en exceso y se causa daño y dos cuando se incurre en exceso y se causa daño, en el primer aspecto la persona titular del órgano en ejercicio correcto de las funciones conferidas causa daño, por lo tanto basta con que se sancione objetivamente, pero cuando en ejercicio de las facultades conferidas al órgano la persona se excede entonces además de que se elimine el acto contrario a la Constitución, también será responsable la persona que actuó con exceso de poder.

No somos ajenos a la nueva regla operante en una de las dos vertientes del principio de legalidad, el de autonomía funcional de la administración, pero claro siempre en pro del interés público, por lo tanto, es coherente que la persona que se exceda en el ejercicio del poder, es decir, que realice atribuciones que no se han conferido expresamente por la norma fundamental a favor del interés público y que no causen daño, siendo válidas, debido a que los principios en la actualidad constituyen parte de la Constitución.

3 La objetividad y subjetividad en el control político.

A la mayoría de los especialistas en teoría del control del poder, les ha dejado pasmados, sorprendidos, estupefactos y hasta infartados, la aseveración anterior, de que los medios de control político como parte del poder político (espacio de gobierno y el congreso), son instrumentos que se desenvuelven en un aire de discrecionalidad, un autoritarismo a ultranza, en pocas palabras son ámbitos de poder que han propiciado en parte la gran crisis del Estado de derecho, una paradoja que aún conservan la mayoría de las constituciones, donde los que ejercen los instrumentos de control político se les permite todo tipo de perversidades bajo los principios propios de un Estado salvaje, de jerarquía y supremacía, y en donde imperan los elementos de disponibilidad, subjetividad, algo netamente contrario a un Estado constitucional, al fin controles políticos, no sometidos al Derecho, por lo tanto, es un Estado de naturaleza el que impera; aunque a muchos les cause asombro.

El deslinde objetividad-subjetividad, ha generado consecuencias de una envergadura que no tiene precedente en el Estado liberal de derecho, como lo son la sustitución del control por el consenso o acuerdo político; la patrimonialización de los controles políticos y como consecuencia su distorsión; su utilización en la lucha por y en el poder típico del caso mexicano; su manejo como instrumentos de bloqueo o su ejercicio fraudulento; la incapacidad de coacción del Estado y la dificultad de que se coaccione así mismo; la falta de sanción en algunos casos dejándose a la mediatez una sanción política; su mal entendimiento por parte de los que los utilizan y como consecuencia el bloqueo; es necesario rescatarlo de la estéril pugnacidad como acertadamente lo observo en su momento el constitucionalista español HERRERO DE MIÑÓN.

Los controles políticos que se han desenvuelto en un ámbito de subjetividad, han generado que los sistemas presidenciales y parlamentarios, así como mixtos, incurran permanentemente en un plano de ineficacia e ineficiencia, convirtiendo en inestables cada uno de los sistemas de gobierno.

El elemento objetivo en el parámetro de control, origina que se sancione un mismo elemento objetivo, dejando inmune al sujeto titular del acto, como si el acto en si fue el que se excedió o incluso el Estado, permitiendo la irresponsabilidad de quien incurrió en exceso.

Sucede lo mismo con el elemento subjetivo, el parámetro de control subjetivo, origina que se sancione al sujeto controlado quedando el sujeto controlante libre de control y por ende de responsabilidad, cuando incurre en algún exceso o desvío de poder en la utilización de los controles políticos, porque no debemos olvidar que los controles son parte del poder político y deben ejercerse como poder, en un plano responsable, limitado y controlable.

El elemento objetivo, implica la adecuación del control político hasta hoy netamente subjetivo, a la Constitución, y como último extremo, en caso de exceso o desvío de poder, su control por el órgano jurisdiccional; esto no implica ir en contra de la naturaleza misma del control político, más bien es una garantía de que el control se ejercerá subjetivamente, pero no en un ámbito de discrecionalidad como hasta ahora; la objetividad entonces viene a constituir una limitante y a su vez garantía de que el sistema no sobrevenga en inestabilidad.

Aunque en un Estado constitucional el control político ya no opera con el radical apartamiento entre objetividad y subjetividad, al contrario, los dos son elementos necesarios; algunos podrán argumentar que es imposible, a lo que se les responde, que no, porque el parámetro no solamente se constituye por normas sino también de principios que vienen a terminar con la discrecionalidad de la mayoría legislativa y del autoritarismo del Ejecutivo.

Como en su momento se dio fin al Poder Legislativo como señor de la ley dando paso al principio de constitucionalidad y como resultado el control de las leyes anti e inconstitucionales, resulta necesario, que se dé término al Poder Legislativo y Ejecutivo como señores del control político, ajeno a intereses

privados, de grupo e inclusive de partidos políticos; un control político donde se de un vínculo entre norma constitucional y controlador, como sucede en el control jurídico, el vínculo entre la norma constitucional y controlador, pero sin que este último se salga de su cauce; solamente así es posible un control político y jurídico.

Porque el sujeto, no es el dueño de la función para ejercerlo subjetivamente y en beneficio de un interés personal, partidista o de grupo, sino en beneficio del interés público; un control político absolutamente subjetivo no puede originar más que inmunidad y por consecuencia la quiebra del sistema; un control de ésta naturaleza es contrario al Estado constitucional, porque el controlante no es el dueño del control para utilizarlo según su capricho, ante todo, existe una norma fundamental que exige un control eficaz que cumpla con el objetivo para el que fue diseñada.

Un caso que hizo exigible la objetividad y subjetividad, se pudo observar; Vgr; Cuando el presidente de la República en México ejerció el control político a través de un veto y en contra de la aprobación del decreto de egresos realizada por la Cámara de Diputados, el primero argumentando que tenía potestad para hacerlo, la segunda sosteniendo que no, porque era facultad exclusiva. Es un caso de control político que hizo necesario un control jurisdiccional, es decir, el conflicto entre poderes por razón de competencia, fue sometido al conocimiento de la Suprema Corte para que determinara si hubo exceso o no de poder en la aplicación del control político, de esta manera se materializó el control sobre el control, no para efectos de desnaturalizar la función, sino para constatar de que efectivamente los poderes Ejecutivo y Legislativo están actuando de conformidad con la norma y no están utilizando los controles para otros objetivos diferentes al diseñado.

4 La objetividad y subjetividad en el control social.

El control social es aquel que puede ejercerse por todos los actores que interactúan dentro de una sociedad pluralista, es un control en parte subjetivo,

porque no del todo subjetivo es su parámetro, es cierto que también es general y difuso y en donde se ejerce en función de la libertad del ciudadano.

Un control social en parte subjetivo; debido a que en la actualidad el agente de control social tiene que someterse en algunas ocasiones a un procedimiento reglado y específico, como sucede con la ley de transparencia y de acceso a la información en México.

Por lo tanto, hoy ya no es posible y lógico entender al control social desde una perspectiva de la institucionalización o no del parámetro, si esto fuera así no tendría ninguna diferencia con el control político como lo entendieron algunos tratadistas tachándolo de subjetivo, y negándole la subjetividad al control social, porque considerarlo con tal naturaleza, era como decir que el control político como ya lo hemos constatado, era discrecional y no sujeto a control, pero era mucha la verdad para sacarla a la luz.

Hasta hace poco era viable hablar de un control social subjetivo, ante la inexistencia de parámetro alguno; esto ha cambiado, el control subjetivo también ha requerido de la objetividad en el Estado constitucional y es exigible, lo cual no quiere decir que se le restrinja a los actores sociales su capacidad de control, al contrario esto permite identificar y hacer más eficaces los medios de control hacia sectores gubernamentales.

La tarea no es sencilla, pero tampoco imposible, por lo tanto, el Estado debe brindar todas las herramientas adecuadas para que los múltiples actores de la sociedad cumplan con su papel de ser los guardianes de la Constitución, como así lo requieren las sociedades abiertas de las que nos habla el tratadista alemán PETER HABERLE.

Porque el control del poder no es una actividad exclusiva del Estado, y por el contrario, debe ser un derecho de todo gobernado el de ejercer el control sobre el poder político y social.

La diferencia, entre el control social, político y jurídico, no se da en función de la institucionalización del parámetro de control; sino en función de la naturaleza de quien lo ejerce, por consecuencia, el control social lo ejercen los actores de la sociedad, porque si se diera la distinción de la institucionalización en función del parámetro, nos llevaría a sostener que el control social ya no es social sino político, y los agentes políticos podrían ejercer el control social; pueden hacerlo, pero no deben en un Estado constitucional (excepto se les haya atribuido la función de forma expresa), porque son parte del Estado, y el Estado está sometido a la Constitución, como también los actores de la sociedad; donde el control político y jurídico queda a cargo de los poderes, órganos u entes.

5 La Constitución como parámetro de control en el Estado constitucional.

En el Estado constitucional, el parámetro de control ha cambiado totalmente, porque no sólo lo constituyen las reglas que imperaron en el Estado de derecho y que hicieron al legislador el señor del derecho, ahora el parámetro sobre el cual se van a controlar a los actos del poder político y poder social, radica en las reglas, principios y en los valores que son parte imprescindible del Estado constitucional; solamente tenemos que voltear al Estado español cuyo tribunal ha emitido sentencias y donde su parámetro lo constituyen valores y principios, y porque la doctrina se ha encargado de reafirmar dicha postura; al respecto la Dra. OTERO PARGA maestra de filosofía del Derecho en la Universidad de Compostela señala que: “Los valores jurídicos constitucionales se configuran como el contexto axiológico preciso y fundante de la interpretación que debe realizar el ordenamiento jurídico. Sirven además de guía para la orientación evolutiva de la

Constitución y de criterio para establecer la legitimidad de todas las demás manifestaciones del ordenamiento jurídico y del sistema de legalidad”.¹

Los encargados de realizar el control jurídico que son los jueces, ya se trate de control concentrado o difuso, tienen la oportunidad hoy mas que nunca de realizar el control en función no solamente de la regla, sino también de los principios y valores, ante dicha situación se evitará en lo posible uno de los aspectos mas olvidados por la teoría general del Derecho, lo ilícitos atípicos constitucionales, como lo es el desvío de poder a la manera en que lo han entendido MANERO y ATIENZA.

La actividad del Estado no solamente se podrá evaluar desde una perspectiva de las reglas, sino también desde una postura principalista, es decir, que los principios y valores vienen a ser de ahora en adelante, no solamente accesorios de las reglas, sino que también imponen una toma de posición de frente a la realidad.

En donde los actos de poder social y político, son objeto del control político pero bajo márgenes positivizados y subjetivos, pero no discrecionales, esto último daría pauta al control jurisdiccional.

La tendencia del control social, aún en mucho todavía subjetivo, es que su parametro también se convierta en objetivo, de tal forma, que permita mayor certeza, eficacia y ubicación del agente controlado.

6 Ilícitos atípicos constitucionales.

Los controles con su carácter objetivo y subjetivo, ya se traten de jurídicos, políticos o inclusive controles sociales, pueden prestarse a excesos de poder, Vgr; La utilización de los controles para un fin distinto al que fueron previstos, es decir

¹ Otero Parga, Milagros, *Valores constitucionales*, España, Universidad de Santiago de Compostela, 1999, p. 29.

que se utilicen como instrumentos para avalar actos injustos por parte de los agentes políticos competentes para ejercerlo; una de las preocupaciones que aquejan, aún en la actualidad al Estado liberal de derecho.

Un claro ejemplo lo puede constituir el que el presidente de la República en México, utilice su facultad de celebración de tratados que le otorga el artículo 89 constitucional en su fracción X, para concertar un tratado con alguna otra potencia en materia de construcción de material bélico, el Senado quien tiene a su cargo un control político, ya que es él, quien debe ratificar los tratados internacionales de conformidad con el 133 constitucional, decide aprobar el tratado, vulnerándose los principios de proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el principio de luchar por la paz y la seguridad internacionales, utilizando un control para avalar un acto contrario a los principios constitucionales, incurriendo en lo que se conoce como desvío de poder.

En principio, existe una regla que permite al Senado aprobar los tratados internacionales. Ninguna regla prohíbe al Senado de la República que realice un control político y como consecuencia que el tratado internacional sea aprobado, pero en el caso de la aprobación, se da como resultado un tratado injustificado, porque viola el principio de lucha por la paz y la seguridad internacionales, que sirve de límite a la celebración de un tratado internacional. La forma en que el Senado ha usado su poder normativo, da lugar a una situación que infringe el principio antes mencionado, al crear una situación de crisis e inestabilidad por la construcción de material bélico en detrimento de la paz nacional e internacional. Se genera una nueva regla, al Senado le está prohibido usar el control político para ratificar tratados internacionales, que celebrados por el Ejecutivo, lleven como objetivo crear inestabilidad interna e internacional, de tal manera, que se incremente la inseguridad y se ponga en peligro la paz de los estados.

De esta manera, es como los principios pueden resultar importantes a efectos de prevenir las discrecionalidades del ámbito Ejecutivo y congresional, y

no sigan operando con las características ya mencionadas del control político y jurídico, algo totalmente distinto para el que fueron diseñados; lo que significa que el control en la actualidad, es un control que necesita de otro, para no salirse de su objetivo original, el cual se encuentra en el control jurídico; aunque como el título lo señala, son desvíos de poder que actualmente no se encuentran tipificados, diseñar la figura del desvío de poder es un problema que debe ser resuelto en la actualidad de cara al diseño de un verdadero Estado constitucional, y en donde no sigan el Poder Legislativo, ni el Ejecutivo, desempeñándose en un ámbito de discrecionalidad.

Por último, nos resulta positivo mencionar lo sostenido por los tratadistas MANERO y ATIENZA con respecto a la figura del desvío de poder: “En el Derecho del Estado constitucional sería inconcebible que no existiera una institución que permita controlar que el uso de los poderes públicos tenga lugar en conformidad con los principios constitucionales; o dicho de otra manera, que el necesario otorgamiento a la Administración de amplios poderes para la persecución de fines públicos necesita de un control jurídico, y ese control no puede llevarse a cabo si no es recurriendo a los principios jurídicos”.²

7 Los demás elementos del control del poder.

La objetividad y subjetividad en los controles, eliminan la discrecionalidad y a su vez la indisponibilidad de los mismos, contrario al principio que rige al poder político; ya que el ejercicio del poder casi siempre es obligatorio y los instrumentos de control son parte del poder; donde el control puede tener por objeto a la actividad del Estado y, a la conducta del sujeto titular del acto; donde la sanción ya no es subjetiva u objetiva, sino existe la posibilidad de que se den las dos vertientes, en el control jurídico deseable y en el control político no es una exigencia, en este último la sanción puede ser objetiva o subjetiva porque al fin y al cabo la intervención de la objetividad no significa mutación de su naturaleza.

² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Op. Cit.*, p. 103.

8 La interpretación constitucional

La interpretación constitucional viene a ser uno de los postulados del Estado constitucional democrático olvidado por la ciencia y la teoría constitucional, y una de las bases fundamentales si se quiere tener un verdadero respeto a las instituciones y al ser humano, a efectos de que se pueda tener una efectividad en el Estado y una paz y seguridad en la sociedad.

En el entendido de que la interpretación constitucional hoy por hoy se desenvuelve en función de diversas técnicas; como la cognitiva, la voluntarista o la acléctica, en concordancia con diversos criterios de interpretación; como el gramatical, el liberal, el evolutivo, el histórico, el teleológico, el sistemático, el subjetivo, el comparativo, el originalista, en sí; un pluralismo metodológico sin jerarquías señalado por SAGREBELSKY; y ante los diversos problemas constitucionales reseñados por GUASTINI (el procedimiento de reforma, sobre el reconocimiento o creación de los derechos humanos, con respecto a si los preámbulos expresan normas, sobre si existen límites lógicos a la reforma o con respecto a la plenitud de la Constitución.), así; como los diversos casos distinguidos por ATIENZA (facil, difícil, y la necesidad de categorías intermedias y más allá de unos y otros); resulta imprescindible señalar su conexión con el control del poder.

El poder político se exterioriza a través de múltiples actividades que desarrollan los órganos de poder, una de ellas lo constituye la función del control, ya sea político o jurídico; también al margen del Estado se desarrolla el control social, aunque no sea de naturaleza estatal o corresponda a algún órgano de poder; se efectúa y se hará en un futuro no muy lejano, de conformidad con normas por cada uno de los ciudadanos.

El control político y social, como una de las funciones del poder, también en su utilización pueden verse involucrados en un exceso de poder, por lo tanto, también pueden ser y deben ser objeto de control jurídico.

La interpretación constitucional entendida desde una perspectiva disimbola, a la interpretación común de conformidad con lo postulado por ATIENZA, viene a representar un factor de importancia fundamental, en el entendido, de que al momento de desarrollar una determinada actividad algún órgano, cuyo sustento lo encuentra en una norma o principio, está realizando una interpretación, es así; como al aplicar instrumentos de control el Poder Ejecutivo, el Legislativo o los ciudadanos están desarrollando una actividad interpretativa, pero quien es el máximo interprete de la norma constitucional lo es la Suprema Corte de justicia o en su defecto tratandose de algunos sistemas europeos lo es el Tribunal Constitucional, en el supuesto de exceso de poder.

La interpretación constitucional, es una rama importante que auxilia en el entendimiento de la extralimitación a los órganos y a las personas al momento de ejercitar el control, y para entender el control al que debe estar sometida la toma de decisión judicial.

Bajo la premisa que postula el lituano y destacado estudioso del Derecho WRÓBLEWSKI así; como el español SEGURA ORTEGA, de que el juez debe estar sometido al Derecho; aunque la mayoría de los doctrinarios, incluidos los ya citados, pugnan por una decisión correcta, justa y racional, y ante la presunta existencia de que el juez pueda emitir una decisión, no legal ni mucho menos racional, resulta sostenible y viable el control en la toma de decisión; a sabiendas de los múltiples problemas que se presentan en la actualidad y en concordancia con lo sostenido por WRÓBLEWSKI, ¿Hasta que punto la toma de decisión viene determinada por el derecho?, ¿Cómo trazar la línea entre el área de determinación y el área de margen?, ¿Cómo ensamblar el control y la responsabilidad con la independencia?.

En el Estado constitucional democrático todos deben estar sometidos a la Constitución, resultando la interpretación de los medios de control imprescindible en las actividades y conductas de todos los actores en una sociedad abierta, cuyo máximo interprete es el juez quien tiene la difícil empresa de ser un paladín de la justicia.

Conclusiones

Los retos que tiene que enfrentar la teoría del control a fin de hacer posible y compatible el eficaz funcionamiento de las instituciones y garantizar la libertad del gobernado, son: el poder eliminar la dicotomía a ultranza que ha operado en los controles políticos y jurídicos, controlar el poder privado quien realiza verdaderas funciones propias del poder político y, a los poderes extralegales; eliminar la ilegalidad, la invisibilidad y la irresponsabilidad que frecuentemente impera en la administración pública; controlar la legislación privada que ha convertido a la ley en heterogénea; hacer que operen límites en la interpretación subjetiva y pugnar por una flexibilidad en la interpretación objetiva que no implique discrecionalidad; así como diseñar instrumentos de control a efectos de controlar el exceso de poder de los organismos supranacionales.

La teoría del control deberá distinguir entre la actividad del Estado nacional, supranacional y, la conducta de las personas privadas; así como la actividad de las personas morales de naturaleza privada y su desarrollo de acción u omisión; entre el exceso y su encuadramiento en una norma, principio o valor y, la transgresión a alguno de estos últimos; entre los límites de actuación del Estado y la participación de la persona titular de algún órgano, a fin de distinguir el grado de responsabilidad y los medios de control a utilizar; con el objetivo de eliminar los excesos de poder.

La teoría del control en el Estado de derecho resulto insuficiente, debido a la separación total de objetividad-subjetividad en los instrumentos de control políticos jurídicos y sociales; hoy resulta necesario hacer compatible la objetividad y subjetividad en los medios de control dentro del Estado constitucional democrático; sólo de esta forma se terminará con la discrecionalidad de quienes ejercen el control político, social y jurisdiccional. Asimismo la Constitución principalista viene a colmar una laguna y se muestra compatible con el vinculo objetividad-subjetividad de los controles, generándose una de las novedosas

figuras negligentemente olvidada por la teoría general del Derecho, como lo son los ilícitos atípicos constitucionales, y su especie el desvío de poder.

Todo lo anterior, carecería de validez si no se tuviera como base a la interpretación constitucional, la cual, hoy por hoy, reclama mayor atención y estudio, pues como sostuvo el Dr. FIX-ZAMUDIO, paso el siglo del Poder Legislativo, el del Poder Ejecutivo, ahora toca el del Poder Judicial, el cual debe ser responsable, independiente y comprometido con cada uno de los gobernados; empero, el problema radica, como en su momento lo sostuvo WROBLENSKI, en la complejidad de ensamblar el control, la responsabilidad y la independencia.

Conclusiones Generales

PRIMERA El control del poder estuvo presente en la Ciudad Antigua como problema; en la praxis y en la teoría fue motivo de tratamiento, donde se pudo apreciar con nitidez, la interrelación entre las normas propiamente jurídicas y los ritos, los aspectos mágicos y los tabúes, que caracterizaron a tan enigmática ciudad; que sirvieron como límites en el control del poder político y social; límites que estuvieron salvaguardados por verdaderos medios de control, jurídico, político y social, los cuales estuvieron impregnados de características inherentes a una sociedad cerrada, es decir, de elementos místicos y sobrenaturales; porque no debemos olvidar que la creación de todas las instituciones tuvo como génesis la religión, así los controles.

SEGUNDA Para analizar el control del poder desde una perspectiva sistemática y pormenorizada, y de esta manera poder comprender su grado y dimensión de complejidad, es necesario y preciso, comprender aspectos básicos; por tal motivo, los conceptos básicos ayudan a tan encomiable empresa, soslayar su estudio y su relación con el control del poder, sería infructífera la labor emprendida.

TERCERA El control del poder ha sido abordado desde la línea teórica, por grandes juristas, filósofos y políticos, los cuales han vertido las más elocuentes teorías a fin de contener los excesos del poder, y así poder llegar a una certeza y seguridad en el manejo de nuestras instituciones, con el objetivo, de que se respire una libertad, igualdad y paz entre cada uno de los seres humanos que componen la humanidad.

CUARTA La forma de Estado democrática y los sistemas de gobierno presidencial y parlamentario, así como el semipresidencial, no están exentos de la problemática básica, el exceso de poder; por tal motivo, resulta necesario que la cotidianeidad de las actividades del poder político, así como el exceso de poder en las sociedades pluralistas por parte de los actores que no pertenecen a los

órganos de gobierno, se vinculen y se estudien desde una visión teórica; de esta manera, se pondrá en aplicación la científicidad de los controles, necesarios para el equilibrio de poderes, y la relación entre estos con la sociedad, como de la sociedad misma entre sus miembros. Es necesario, enfrentar las patologías constitucionales y, diseñar los medios de control esenciales en el Estado democrático constitucional y en la sociedad abierta, donde todas las personas tengan el derecho a ejercer el control del poder propio de dichas sociedades, solamente así habrá una esperanza de supervivencia de nuestras instituciones y del propio ser humano.

QUINTA La proliferación de organismos de naturaleza privada a nivel supranacional y, la desesperanza en el Estado nacional como el único que resolvería los problemas institucionales y de la sociedad misma, así como el exceso de poder, han dado pauta a la creación de organismos de control jurisdiccional a nivel supranacional a efectos de dar solución a tan inmensas complejidades y situaciones que tienen en la actualidad en crisis a infinidad de países y, a sus sistemas de gobierno, por lo tanto, los sistemas emergentes Latinoamericanos y europeos de control del poder son de tal naturaleza, y aunque falta mucho por hacer, es un inicio prometedor y con grandes expectativas, considerando que en un futuro el control del poder no solamente sea a nivel regional, sino que hacemos votos porque se consolide todo un sistema de control jurídico a nivel mundial.

SEXTA La postura objetiva y subjetiva que hemos sostenido, es una posición que consideramos que puede dar resultados positivos en el diseño de los controles, así como en su aplicación, ante la tenue posición de poder sostener una desvinculación objetividad-subjetividad como hasta hoy se sigue defendiendo, la cual originó que los controles se tergiversaran y como resultado fueran ineficaces en su aplicación; y ante el reacomodo en todo el mundo de las instituciones en los diversos sistemas de gobierno, nuestra postura vendría a dar mayor estabilidad a cada una de estas, y a su vez, seguridad y certeza al gobernado en pro de la

posición constitucional y democrática de los Estados, solamente así, el ser humano podrá alcanzar su objetivo por el que siempre ha luchado incansable e inexorablemente, así como el Estado ha hecho lo propio dentro de sus competencias, que ***el Derecho limitó al poder.***

Bibliografía

A

AGUILERA DE PRAT-MARTINEZ y MARTINEZ-RODRIGUEZ, *Sistemas de gobierno, partidos y territorio*, Colección de Ciencias Sociales, Madrid, Tecnos, 2000.

ALVAREZ VELEZ,-ALCON YUSTAS, *Las Constituciones de los Quince Estado de la Unión Europea*, Madrid, Dikynson, 1996.

ALONSO GARCIA, Ricardo, *Tratado de Niza y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2000.

ARAGON REYES, Manuel, (Coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

----- (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo. II, Civitas, Madrid, 2001.

----- *Constitución democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

----- *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1998.

ARISTÓTELES, *Política*, Traducción a cargo de Patricio de Azcarate, Vigésima edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1997.

ARNAIZ AMIGO, Aurora, *El Estado y sus fundamentos institucionales*, México, Trillas, 1995.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad*, México, Editorial Monte Alto, 1996.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Illicitos atipicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

B

BARRAZA Arturo-GALLO ALVAREZ Gabriel-REBOLLO FERNANDEZ José L. ELIAS MUSI Edmundo (Coordinadores) *Apuntes de Derecho Electoral*, Libro II, "Justicia Electoral", México, Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación, 2000.

BARRIOS GONZALES, Boris, *Derecho procesal constitucional*, Segunda Edición, Panama, Jurídica Ancon, 1999.

BERLIN VALENZUELA, Francisco, *Derecho Parlamentario*, Primera reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

-----, Coordinador, *El Estado contemporaneo y su reconstrucción institucional*, México, Porrúa, 2002.

BIANCHI, B. Alberto, *Control de constitucionalidad*, Tomo I, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, 1998.

BIDART CAMPOS, GERMAN, J. *El Poder*, Buenos Aires, Editorial Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1986.

----- *Teoría del Estado*, Editorial Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires-Argentina, 1991.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo,(Traducción de Pablo Lucas Verdu), *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1965.

BORDEAU, Georges, (Traductor Falcon Tello Ramon), *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Decimo Octava Edición, Madrid, Editora Nacional Torres Galindo, 1981.

BOVERO, Michelangelo, (Traducción del italiano de Lorenzo Cordova Vianello) *Una gramática de la democracia, contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Séptima edición, México, Porrúa, 1989.

-----, *Diccionario de derecho constitucional Garantías y Amparo*, Quinta Edición, México, Porrúa, 1998.

BURDESE, (Traductor Sarrión Martínez Angel), *Manual de derecho público romano*, Barcelona, Bosch, casa editorial, 1972.

C

CAPPELLETTI, Mauro, (Traductor Dorantes Tamayo, Luis), *La justicia Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

CARBONELL, Miguel,(coordinador), *En busca de las normas ausentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.

----- (Coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2002.

CARPIZO, Jorge, (coordinador), *La constitución y su defensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

-----, *El presidencialismo mexicano*, Tercera edición, México, Siglo veintiuno editores, 1983.

CASILLAS, Juan, M., *La Antigua Esparta*, Madrid, Arco/Libros, S. L., 1997.

CASTELLANOS HERNANDEZ, Eduardo, *Derecho Electoral en México*, México, Trillas, 1999.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, "El control judicial de los acuerdos internacionales", Madrid, Dikynson, 2001.

CASTRO, V, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho de la UNAM, 1996.

CICERON, Marco, T., *Tratado de la república*, Versión al castellano por Francisco Navarro y Calvo y Juan Bautista Calvo, México, Editorial Porrúa, S. A., 1973.

CLOSA MONTERO, Carlos, "Sistema Político de la Unión Europea", Madrid, Complutense, 1997.

CORWIN S, Edward, *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Primera Edición en Español, Argentina, Editorial Fraternal, 1987.

CHASTENET, Jacques, (Traducción de Quiroga Pla, María, J.), *El Parlamento de Inglaterra*, Buenos Aires, Argos, 1947.

D

DE CHURRUCA, Juan, (con la colaboración de Rosa Mentxaka), *Introducción histórica al Derecho Romano*, Séptima edición revisada, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994.

DE LA FUENTE PASCUAL, Felix, *Glosario jurídico-político de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002.

DE LA MADRID HURTADO, Miguel, "El ejercicio de las facultades presidenciales", Editorial Porrúa-UNAM, México, 1998.

DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional*, Séptima reimpresión, Barcelona, Ariel, 1999.

DIEZ-MORENO, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996.

DORANTES TAMAYO, Luis, *Teoría del proceso*, Quinta Edición, México, Porrúa, 1997.

DURANT, Will, *La vida de Grecia*, Traducción de Luis Tobio, Tomo I., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1945.

DUVERGER, Maurice, (Traducción castellana de Isidro Molas, Jorge Sole-Tura, José M. Valles, Eliseo Aja, y Manuel Gerpe), *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Sexta Edición, Espulgues de Iobrega-España, Ariel, 1970.

F

FAVOREU-RUBIO LLORENTE, *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla-Civitas, 1991.

FERNANDEZ DE BUJAN Y FERNANDEZ, Antonio, *Derecho Público Romano*, Madrid, Editoril Civitas, S.A., 1996.

FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *Introducción al derecho político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I. REQUEJO RODRIGUEZ, P. ALÁEZ CORRAL, B. (Traductores), *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional Español*, Primera reimpresión, Madrid, Dykinson, 1992.

FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1998.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de Amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Editorial Porrúa, 2003.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Segunda Edición, Madrid, Trotta, 2001.

-----, Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, *El garantismo y la filosofía de los derechos*, Bogota, Universidad del Externado de Colombia, 2000.

-----, "Derecho y razón", Segunda Edición, Madrid, Trotta, 1997.

FERRANDO BADIA, Juan, (coordinador), *Regimenes Políticos Actuales*, Tercera Edición, Madrid, Tecnos, 1995.

FERRAS MORENO, Angel Domingo, *La bicentenario constitución norteamericana*, la Habana, Editorial de ciencias sociales, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio, (Martinez Neira, Manuel), *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

FIX-ZAMUDIO-VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Segunda Edición, México, Porrúa, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Hector, *Justicia Constitucional ombudsman y derechos humanos*, Primera Reimpresión, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1997.

-----, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

-----, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Segunda Edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

FRANCE TOINET, Marie, *El sistema político de los Estados Unidos*, Primera Edición en Español, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

FUENTETAJA PASTOR-GUILLEN CARAMES, *La regeneración de la administración pública en la Gran Bretaña*, Madrid, Editorial Civitas, 1996.

FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, Tercera edición, México, Porrúa, 1978.

G

GALVAN RIVERA, Flavio, *Derecho Procesal Electoral Mexicano*, México, Porrúa, 2002.

GAMAS TORRUCO, José, *Regimenes Parlamentarios de Gobierno*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

GARCIA BELUENDE-FERNANDEZ SEGADO, (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en iberoamerica*, Madrid, Dikynson, 1997.

GARCIA DE ENTERRIA-TIZZANO-ALONSO GARCIA, *Código de la Unión Europea*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad, 1999.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

GONZALEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de derecho constitucional*, México, Noriega Editores, 2003.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Editorial Porrúa, México, 2000.

GÓMEZ PÉREZ, Mara, *La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional*, México, Editorial Porrúa, 2003.

GLOTZ, G., *La Ciudad Griega*, Traducido al español por José Almoína, Tomo XV., México, Unión Tipografica Editorial Hispano Americana, 1957.

GUASTINI Ricardo, Traducción de Marina Gascón-Miguel Carbonell, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Segunda edición, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2000.

H

HABERLE, Peter, (Traducido por FIX-FIERRO, Hector), *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.

HAMILTON, A-MADISON, J-JAY, J. (Traductor Velazco, R. Gustavo.), *El Federalista*, Segunda Edición al Español, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

HAORIOU, Andre, (Traducción de Gonzalez Casanova Antonio J.), *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Cuarta Edición, Baecelona, Ariel, 1971.

HERÓDOTO, (Traducción del griego por Bartolomé Pou), *Los nueve libros de la historia*, segunda edición, Buenos Aires, Librería el Ateneo, 1968.

HERRERA PÉREZ, Agustin, *Legislación Federal sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, México, Miguel Angel porrúa, 1998.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *El valor de la constitución*, Barcelona, Critica Barcelona, 2003.

HOYOS, Arturo, *La interpretación constitucional*, Reimpresión, Santa Fe de Bogota –Colombia, Themis, 1998.

HOWARD McLLWAIN, Charles, (Traducción de Solozábal Echevarria, Juan J.), *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

I

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, instituciones de derecho privado, Cuarta reimpresión de la novena edición, Barcelona, Editorial, S. A., 1989.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *El Precedente en el Common Law*, Madrid, Gipuzkoako foru aldundia diputación foral de Guipúzcoa-Editorial Civitas, 1995.

J

JELLINEK, George, (Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, Estudio introductorio, Carbonell Miguel), *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

K

KOTZUR, Markus-HABERLE, Peter, (Traducción de Fix-Fierro Hector), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

L

LASALLE, Fernando, Traducción de W. Roces, *Qué es una constitución*, Buenos Aires, Ediciones siglo veinte, 1964.

LINDE PANIAGUA-PRADO MELLADO, *El sistema político de la Unión Europea*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1999.

LINZ, Juan-VALENZUELA, Arturo, *Las crisis del Presidencialismo, 1.perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universidad, Madrid, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Segunda Edición, Barcelona, Ariel, 1976.

LOPÉZ MONROY, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, Edición Segunda, México, Porrúa, 2001.

Los derechos del pueblo mexicano, *México a través de sus constituciones*, Historia Constitucional, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LV Legislatura, Cuarta edición, Editorial Miguel Angel Porrúa, S.A., Tomo V-VIII, México, 1994.

LUCAS VERDU, Pablo, *Teoría de la constitución como ciencia cultural*, Segunda Edición, corregida y aumentada, Madrid, Dykinson, 1998.

-----, *La constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Beramar, S.A.-Servicio de publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, 1993.

----- (coordinador), *Prontuario de derecho constitucional*, Granada, Comares, 1996.

M

MANGAS, Julio, *Textos para la historia antigua de Grecia*, Madrid, Cuarta Edición, Ediciones catedra S. A., 1986.

MENHENNET, David-PALMER, John, *El parlamento en perspectiva*, Editorial F.Trillas,S.A.,México,1968.

MIJANGOS BORJA, Maria de la Luz, *Control del Gasto Público*, Boletín Mexicano del Derecho Comparado, num.87, septiembre-diciembre de 1996.

MOMMSEN, Todoró, *El Derecho Penal Romano*, Traducido del Aleman por Dorado Montero pedro, Vol. I., Pamplona, Jiménez Gil Editor , 1999.

O

OROZCO ENRIQUEZ, Jesús,(compilador), *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

ORTEGA SEGURA, Manuel, *Manual de teoría del derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S. A. 1998.

OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, España, Universidad de Santiago de Compostela, 1999.

P

PARDO FALCON, Javier, *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

PELAEZ MARÓN, José M. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000.

PLATON, *Dialogos*, Quinta edición, Porrúa, 1967.

PHILIP, S. James, *Introducción al Derecho Ingles*, Santa Fe de Bogota-Colombia, Themis, 1996.

Q

QUIROGA LAVIE, Humberto, *Derecho constitucional*, Tercera Edición, actualizada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.

-----, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.

QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Lecciones de derecho constitucional*, Segundo Curso, México, Editorial Porrúa, 2002.

R

RODRIGUEZ, Angel, *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

S

STRUVE, v.v., *Historia de la antigua Grecia*, Traducido por M. Caplan y grupo Editorial, Cuarta edición, Madrid, Akal Editor, 1981.

SANTIAGO, A-ALVAREZ, F, (Coordinadores), *Función política de la corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, 2000.

SCHMITT, Carl, (Versión española de Francisco Ayala), *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.

SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Tercera Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

SCHWARTZ, Bernard, (Traductor Olloqui Labastida, Juan J.), *Los poderes del Gobierno*, Volumen I. Poderes federales y estatales, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

----- (Traductora Campos Julieta.), *Los poderes del Gobierno*, Volumen II. Poderes del presidente, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

SANCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho Constitucional*, Séptima edición, México, Editorial porrúa, 2002.

SILVA DE LAPUERTA, Rosario, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, segunda edición actualizada, Madrid, Editorial la Ley, 1993.

SIEYES, Emanuel, *Que es el tercer Estado*, Traducido al Castellano por José Rico Godoy, México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, 1973.

T

TAJADURA TEJEDA, Javier, *La V República Francesa*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, (compilador), *La interpretación constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1975.

TORRES DEL MORAL-MIRANDA CAMPOAMOR-FERNANDEZ-GARCIA-ATANCE GARCIA-GOMEZ SANCHEZ-GONZALO GONZALEZ-NUÑEZ RIVERO-TENORIO SANCHEZ, *Introducción al derecho político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997.

TORRES MURO, Ignacio, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año XV, núm. 43, 1995.

TENA RAMIREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigesima Edición, México, Editorial Porrúa, 1996.

V

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, Segunda edición, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

VALLARTA PLATA, José G., *La Corte Interamericana de justicia y los derechos humanos en México*, Editorial Porrúa, México, 2003.

VÁZQUEZ, Rodolfo, (compilador), *interpretación jurídica y decisión judicial*, segunda edición, México, Distribuciones Fontamara, S. A., 2001.

W

WATSON, A. Richard, *Democracia Americana*, México, Editorial Limusa, 1989.

WILSON Q, James, (versión en español por Navez Ruiz, Juan), *El gobierno de los Estado Unidos*, México, Editorial Limusa, 1992.

WRÓBLESKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara, S. A., 2001.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo, *“El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia”* Edición segunda, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Legislación.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y otros ordenamientos, Segunda Edición, Instituto Federal Electoral, México, 1999.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Constitución de Francia de 1958.

Constitución de Estados Unidos de 1787.

Constitución de México de 1917.

Constitución de Inglaterra, compuesta por los siguientes documentos:

Carta Magna de 1215

Declaración de derechos

Petición de derechos

Ley de establecimiento

Ley de Habeas Corpus

Parliament act de 1911

Parliament act de 1949

Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2003.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estatuto de de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ediciones Delma S.A. de C.V., Quinta Edición, México, 1997.

Legislación Bancaria, Quincuagesimosegunda Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2001.

Ley reglamentaris del articulo 105 de la Constitución mexicana.

Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, SCJN, México, 2002.

Proyecto de Constitución Europea.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 1 de mayo de 2001.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento del Parlamento Europeo

Tratado de la Comunidad Europea

Tratado de la Comunidad Europea del Carbon y del Acero

Tratado de la Comunidad Económica Europea

Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica.

Tratado de la Unión Europea

Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001.

Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I-II, Vigésimo Primera Edición, Madrid, 1992.

Diccionario del instituto de investigaciones jurídicas”, 15 edición, México, Porrúa-UNAM, 2001.