



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE
AMPARO**

**“EL PAPEL NORMATIVO PREVENTIVO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CREACIÓN DE
LEYES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO
MEXICANO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A :

LAURA BERENICE SÁMANO RÍOS

ASESOR: DR. SERGIO R. MÁRQUEZ RÁBAGO



CIUDAD UNIVERSITARIA

NOVIEMBRE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D. F. 21 octubre de 2010.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que la pasante, **SÁMANO RÍOS LAURA BERENICE** con número de cuenta 09931250-3 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada **"EL PAPEL NORMATIVO PREVENTIVO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CREACIÓN DE LEYES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO"**, realizada con la asesoría del profesor **Dr. Sergio Ricardo Márquez Rábago**.

Con fundamento en los artículos 8º fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, sabe caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO


LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

*mpm.



Sergio R. Márquez Rábago
Doctor en Derecho
Correspondencia privada

México, D. F. a 20 de Octubre de 2010

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO,
FACULTAD DE DERECHO
U.N.A.M.

Muy apreciable Señor Director:

La alumna **LAURA BERENICE SÁMANO RÍOS**, con número de cuenta 09931250-3, concluyó bajo mi asesoría, la elaboración de su tesis "**EL PAPEL NORMATIVO PREVENTIVO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CREACIÓN DE LEYES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO**", que para optar por el grado de Licenciada en Derecho realizó en ese Seminario a su digno cargo.

En su estado actual, considero, el estudio reúne los requisitos que para este tipo de trabajos exige el Reglamento General de Exámenes de nuestra universidad, lo que someto a su consideración a efecto de que, si está usted de acuerdo con lo anterior, se sirva girar sus instrucciones pertinentes a efecto de que el compañero continúe con sus trámites recepcionales.

Le reitero a usted las seguridades de mi amistad, consideración y respeto.

ATENTAMENTE



A DIOS

Por todas las bendiciones recibidas, iluminar mis sueños y conducirme siempre por el camino correcto.

A MI MAMÁ

Martha Ríos Rosas, por hacer de mí una mujer responsable, por darme siempre todo el apoyo e impulso para realizarme profesionalmente. Por no dejarme caer en los momentos más difíciles de mi vida, enseñarme la fe y la confianza en mí misma.

A MI PAPÁ

Juan Sámano Mejía, por los años de esfuerzo y trabajo hasta el último día de mis clases en la universidad. Por el apoyo incondicional en cada uno de mis planes y proyectos, por decirme las palabras correctas, impulsarme en mis sueños y transmitirme toda la experiencia posible.

A MI HERMANA

Martha Leticia Sámano, porque a pesar de ser menor, me ha puesto el ejemplo.

A LA MEMORIA DE MI ABUELO REYES

...porque el tiempo no alcanzó para verme terminar la carrera.

A MI ABUELA SARA

Por el legado de la buena educación.

A MIS TÍOS CÉSAR Y ANITA

Por ser mis segundos padres, por el apoyo incondicional e ilimitado en una de las etapas más complicadas de nuestra vida.

A MAX

Por regalarme siete maravillosos años, compartir mi formación profesional, dejarme una de las lecciones más grandes de la vida, por el amor que vivirá por siempre y que nunca olvidaré.

AL DOCTOR SERGIO MÁRQUEZ RÁBAGO

Por el completo apoyo para lograr este proyecto, sus atinadas observaciones y guía a lo largo de estos dos años.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y A LA FACULTAD DE DERECHO

Por darme las armas necesarias para el adecuado ejercicio de la profesión, demostrarme a través de la práctica, que sin duda, es la mejor universidad de México.

A MIS AMIGAS MIRZA Y LUCÍA

Por compartir cinco años de clases, anécdotas, buenos y malos momentos, por quedarse en mí para toda la vida.

A MIS AMIGOS ENTRAÑABLES DE LA FACULTAD

Sofía Galván, Sergio Gómez, Fernando González, Octavio Romero, Marco Juárez, Brenda Santana, Mónica Santamaría, René Viruega, Edgar Malagón, Miguel Ángel Ramírez y Alejandro Arriola.

CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO

A quienes me dieron una oportunidad de desarrollo profesional y el apoyo incondicional para realizar este proyecto:

Lic. Jorge Kim Villatoro

Lic. Daniela Bustamante Avilés

Lic. Juan Fernando López García Cano

Lic. Ana Lilia Casas Martínez

Lic. Erick Ascencio Ángeles

A MIS AMIGAS DE PFF

Elsa Escalante, Nancy González, Nancy García y Paola Velasco por su invaluable amistad y apoyo.

A MIS AMIGOS DE PFF

Adrián Toriz y Eduardo Bravo por todo el impulso, por su increíble amistad, por hacerme ver de nuevo el presente, por el start, porque sin querer, han sido los grandes cómplices en la realización de mis sueños actuales.

ÍNDICE

“EL PAPEL NORMATIVO PREVENTIVO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CREACIÓN DE LEYES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO”

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | I |
|--------------------|---|

CAPÍTULO PRIMERO LA DIVISIÓN DEL PODER EN EL ESTADO MODERNO

| | |
|---|----|
| I. El poder público del Estado..... | 1 |
| II. La División del Poder | 8 |
| III. Estudio del principio de la división de poderes concebida por <i>Montesquieu</i> | 12 |
| IV. Interpretación moderna del principio de la división del Poder y las teorías contemporáneas..... | 16 |
| A) Órgano Legislativo | 21 |
| B) Órgano Ejecutivo..... | 23 |
| C) Órgano Judicial..... | 28 |
| V. Respeto del Estado de Derecho | 31 |

CAPÍTULO SEGUNDO EL PODER LEGISLATIVO Y SU FUNCIÓN LEGISLATIVA

| | |
|--|----|
| I. La función legislativa desde el punto de vista formal y material..... | 35 |
| II. Características esenciales de la ley | 53 |
| III. Qué debemos entender por legislación | 59 |

| | |
|--|----|
| IV. Estudio sobre el procedimiento legislativo ordinario: | 61 |
| A) Iniciativa | 62 |
| B) Discusión | 67 |
| C) Aprobación..... | 68 |
| D) Sanción..... | 69 |
| E) Promulgación | 72 |
| F) Publicación..... | 76 |
| G) Entrada en vigencia | 78 |
| V. El problema de la gestación de leyes inconstitucionales | 80 |

CAPÍTULO TERCERO
ESTUDIO EN TORNO AL CONTROL PREVENTIVO CONSTITUCIONAL

| | |
|---|-----|
| I. El control constitucional..... | 82 |
| II. El control preventivo constitucional | 84 |
| III. Órganos encargados del control preventivo constitucional | 85 |
| IV. El control de la constitucionalidad de leyes..... | 95 |
| A) Preventivo | 96 |
| B) Posterior..... | 96 |
| 1. Juicio de amparo | 97 |
| 2. Controversia constitucional..... | 102 |
| 3. Acción de inconstitucionalidad..... | 107 |
| 4. La cuestión de constitucionalidad en España | 113 |
| V. Clasificación del control preventivo:..... | 118 |
| A) Facultativo..... | 118 |

| | |
|---|-----|
| B) Obligatorio..... | 119 |
| C) Por órgano político..... | 119 |
| D) Por órgano jurisdiccional..... | 124 |
| VI. La legitimidad activa en materia de control preventivo constitucional..... | 125 |
| VII. La Ley como objeto sobre el que puede versar el control preventivo constitucional..... | 128 |
| VIII. Los efectos de las sentencias emitidas en materia de control preventivo constitucional..... | 129 |

CAPÍTULO CUARTO DERECHO COMPARADO

| | |
|--|-----|
| I. Países seleccionados para el estudio del derecho comparado..... | 133 |
| A) Chile..... | 134 |
| B) Ecuador..... | 138 |
| C) Venezuela..... | 142 |
| D) España..... | 147 |
| E) Francia..... | 151 |

CAPÍTULO QUINTO EL PAPEL NORMATIVO PREVENTIVO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CREACIÓN DE LEYES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

| | |
|--|-----|
| I. La Suprema Corte de Justicia como órgano del poder facultado para llevar a cabo el control constitucional previo..... | 156 |
| II. El abuso del juicio de amparo..... | 159 |
| III. El modelo mexicano para el control preventivo constitucional..... | 163 |

| | |
|--|-----|
| A) Conveniencia de la adopción del sistema obligatorio..... | 165 |
| B) Etapa en la que se debe hacer del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su participación para la gestación de leyes constitucionales | 167 |
| C) Proceso de declaratoria de constitucionalidad previa | 168 |
| D) Análisis de la ley o del proyecto de reforma | 168 |
| 1. Órgano facultado | 168 |
| 2. Plazos para el análisis del proyecto..... | 169 |
| E) Audiencia para los representantes de las Cámaras y el órgano Ejecutivo | 169 |
| F) Aprobación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. | 171 |
| G) Emisión del dictamen..... | 171 |
| 1. Dictamen de constitucionalidad | 172 |
| 2. Dictamen de inconstitucionalidad | 172 |
| H) Efectos..... | 173 |
| I) Efectos jurídicos de la falta de análisis de la ley o proyecto de reformas en el plazo establecido | 173 |
| J) Plazo para que la ley declarada inconstitucional en el dictamen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea modificada..... | 174 |
| K) Publicación de la ley o las reformas..... | 174 |
| IV. Las limitaciones del control preventivo constitucional en otros países y su mejoramiento en el sistema jurídico mexicano..... | 175 |
| V. Propuesta de reforma constitucional y legal | 176 |
| A) Propuesta de reforma a la Constitución (exposición de motivos) | 177 |
| B) Propuesta de reforma a la Ley (exposición de motivos) | 183 |
| Conclusiones..... | 196 |

| | |
|--------------------|-----|
| Bibliografia | 200 |
|--------------------|-----|

INTRODUCCIÓN

La expedición de nuevas normas jurídicas o las reformas a éstas, tienen justificación en el dinamismo social, por tanto, el Derecho debe ser dinámico a efecto de regular todas las conductas sociales para que exista armonía y orden entre la población de un Estado de conformidad a sus propios cambios, de ahí que sean necesarias las reformas a las leyes o bien la gestación de unas nuevas.

Pero dichas leyes, jamás pueden ser violatorias de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna en atención a la jerarquía normativa que rige en nuestro sistema jurídico de corte constitucional. Las garantías individuales y los derechos fundamentales deben ser procurados por el Estado y esto incluye a los órganos del y en el poder.

En los últimos tiempos, se han gestado un sinnúmero de leyes, sometidas, a petición generalmente de los particulares, al análisis de su constitucionalidad, generando con esto, una enorme promoción de juicios de amparo y una creciente desigualdad social, dado que no todos los afectados pueden acudir a este medio de impugnación.

Más allá de esto, existe un fenómeno que se ha evidenciado con el paso del tiempo y que cada vez se convierte en una situación más complicada en controlar, me refiero al abuso del poder de los legisladores.

Anteriormente en México, el abuso del poder se asociaba con el jefe del Ejecutivo, para contrarrestarlo, se sugirió dar un mayor peso y poder al órgano parlamentario. Sin embargo, la habilitación de determinadas facultades ha sido malentendida por los legisladores, de forma que se atiende más a cuestiones políticas y de partido que a la representación social de que son depositarios.

Sobre este último punto, no debemos olvidar que la facultad legislativa deriva de la representación popular, de tal suerte que los integrantes del Congreso

de la Unión deben cumplir la función por la que el pueblo se otorga sus propias normas.

Bajo dicha circunstancia, es claro que el pueblo al dictarse sus propias normas, no pretende, bajo ninguna circunstancia, gestar normas que violen sus derechos, afecten sus bienes, posesiones, su propia integridad o bien, faculte a las autoridades a actuar de manera arbitraria.

No obstante ello y, como ya lo mencioné anteriormente, el juego político al que se sujetan los legisladores mexicanos ha desatendido a las demandas de la población para atender a intereses de partido.

Por otra parte, la Ciencia Política y la Teoría del Estado, han estudiado arduamente los controles para la existencia de un contrapeso directamente a las actividades del Ejecutivo, la solución a ello es otorgarle un mayor peso al parlamento, que fungirá como freno a los abusos del Presidente.

Sin embargo, ha escapado a esa solución, el abuso que pudiera observar el órgano legislativo, por esa razón, en esta tesis se propone un mecanismo que servirá no sólo para tutelar los derechos fundamentales de los gobernados, sino que además, pretende la creación de un contrapeso a través del poder, dirigido a las actividades del órgano legislativo, ya que en el desarrollo de la función normativa, obligará a poner una mayor atención al momento de crear normas jurídicas de carácter general, evitando con esto que se vulneren los derechos de los ciudadanos y además, que las normas realmente tutelen y aboguen por el bien común.

Para ello, considero pertinente que sea el órgano jurisdiccional, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el que realice el análisis de constitucionalidad de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión y promulgadas por el Presidente de la República, con anterioridad a su publicación,

para que de inicio sean declaradas conforme a la Constitución y en caso contrario impidan que surtan efectos, declarándola inaplicable, acto con el que realmente se regulará la actuación de los legisladores mexicanos, así como el del jefe del Ejecutivo.

Con este mecanismo, se permite al órgano jurisdiccional llevar a cabo un control constitucional de carácter preventivo, pues lo único que cambia es el momento en el que lo realiza, esto es, analiza la constitucionalidad de la ley antes que surta efectos ante la población y no hasta que existe una evidente violación de garantías, reflejo de una mala actuación del legislador en la realización de sus funciones.

Será entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el órgano constitucionalmente facultado para llevar a cabo esta tarea, debido a que ya la realiza, una vez que las leyes son publicadas y entran en vigor. Además, es el único órgano del poder que no tiene facultad de iniciativa, de manera que no tiene interés alguno en que prospere una ley propuesta por y, seguramente, para su beneficio, lo que la convierte en imparcial.

Se propone más allá de una simple variación al control constitucional de leyes en México, ya que se pretende el establecimiento de un contrapeso del poder, por el que los legisladores se verán obligados a mejorar su función legislativa, a ceñirse estrictamente al mandato constitucional al momento de crear normas jurídicas de carácter general, que éstas sean emitidas en beneficio de los gobernados y no atiendan a intereses de corte político y partidario, que el legislativo recobre su esencia, que es, ser un verdadero contrapeso para el ejecutivo y sobre todo la representación popular, todo esto en pro del respeto al Estado de Derecho.

Por lo expresado, propongo esta investigación con el fin de contribuir con un método que permitirá un mayor equilibrio del poder y la creación de leyes

constitucionales que evitarán verdaderas violaciones a los derechos de los ciudadanos, sin que sea necesaria la promoción de medios de defensa a los que puedan acceder únicamente aquellos que cuentan con mayores recursos, sino que a la vez creará una mayor igualdad social.

Para lo anterior, en el capítulo primero se desarrolla lo relativo al *poder público del Estado*, se especifica qué es, las diversas teorías que han surgido a lo largo de la historia que han postulado los tratadistas más destacados para lograr el equilibrio del poder, hasta llegar a la denominada teoría de los pesos y contrapesos, en la que ya no es división del poder, sino distribución de funciones, esto con la finalidad de ubicar las funciones y facultades de cada uno de los órganos. En este capítulo se da una breve introducción a las actividades que desarrolla cada uno de los órganos del poder con la importancia de la no invasión de facultades.

Por su parte, en el capítulo segundo se analiza al *Poder legislativo y su función* principal, en este apartado se analizó con detenimiento el proceso que se sigue para la emisión de leyes y su importante diferencia con el resto de las normas jurídicas de carácter general, también se define lo que es una ley, cuál es el impacto que tiene sobre la población y finalmente el problema de la emisión de leyes contrarias a la Constitución, sobre todo, una breve crítica a la función legislativa.

En el capítulo tercero se atiende al *control constitucional preventivo*, en este apartado se realiza un estudio partiendo de las cuestiones generales y que se encuentran vigentes en nuestro sistema jurídico, como es la definición de control constitucional, para posteriormente particularizar en el control constitucional previo o preventivo. Se determina qué es, cuál es el órgano facultado para llevarlo a cabo, el objeto sobre el que puede versar y los efectos del fallo que emita el órgano que lo conoce, en este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al tratarse de una figura jurídica no existente en nuestro País, en el capítulo cuarto, se hace un *estudio de Derecho comparado*, se explica brevemente el funcionamiento, implementación, ventajas y desventajas que ha tenido este medio de control constitucional en los diversos países en los que está o ha estado vigente. No omito señalar que para mí, fue de suma importancia incluir países de América Latina en los que existe este medio de control constitucional debido no sólo a la cercanía regional, sino a la similitud de los sistemas jurídicos y la evolución de cada uno de esos países como son Chile, Ecuador y Venezuela, sin dejar de lado nuestro antecesor legal e histórico España y finalmente el primer país que adoptó este medio de control, Francia.

Finalmente, en el capítulo quinto expongo la propuesta de este trabajo de investigación, consistente en la creación de un modelo mexicano de control constitucional previo, al que denominé **juicio de constitucionalidad previa**, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá una “intervención” de carácter meramente jurisdiccional en el proceso de creación de leyes, pues a través de esta figura jurídica, el Máximo Tribunal del País, podrá determinar si una ley emanada por el Congreso de la Unión y promulgada por el Presidente de la República es o no constitucional antes de ser publicada y surtir efectos ante la población, la conveniencia de que este medio de control sea de carácter obligatorio, versando únicamente sobre leyes federales y tratados internacionales, subsistiendo con los tres medios de control constitucional posterior vigentes en nuestro Derecho nacional.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DIVISIÓN DEL PODER EN EL ESTADO MODERNO

SUMARIO:

I. El poder público del Estado. II. La división del poder. III. Estudio del principio de la división de poderes concebida por Montesquieu. IV. Interpretación moderna de la división del Poder y las teorías contemporáneas. V. Respeto del Estado de Derecho.

I. El poder público del Estado

Antes de iniciar con el estudio de las diversas teorías que se han emitido respecto a la división del poder, considero pertinente estudiar el origen de dicho vocablo a efecto de determinar las bases sobre las que surge la necesidad de establecer las funciones de los órganos del Estado y sus fines primordiales.

El poder es un fenómeno que se encuentra íntimamente vinculado al hombre a lo largo de toda su historia, el cual, se ha manifestado de múltiples formas. Por ejemplo, en los principios de nuestra existencia el poder del *más fuerte* se justificaba cuando estaba en juego la supervivencia y se manifestaba a través de aquel individuo que contaba con cierta superioridad física, la cual ejercía sobre aquel o aquellos que atentaban en su contra, ya fuera sometiéndolos o, incluso, privándolos de la vida.

En la Era Moderna, la manifestación del poder no ha sufrido cambios considerables, es su justificación, lo que se ha transformado, es decir, que ya no es la supervivencia lo único que se encuentra en juego para que el poder se manifieste de tal o cual forma sino que en la actualidad existen otras causas que motivan el ejercicio del mismo tales como los bienes materiales, la seguridad, la libertad, la paz o la guerra, el bien común, entre otros.

El poder como tal, es definido por el diccionario de la lengua española, como:

"[...] 1. Dominio, facultad para mandar o ejecutar una cosa [...] 3. Suprema potestad rectora y coactiva del Estado [...] 1. Tener expedida la facultad o potencia de hacer una cosa [...]"¹

Atendiendo a la definición anterior, en la que fue suprimida la parte que a mi juicio constituye el aspecto negativo de la misma (cuando la palabra poder se usa como negación, v. g. *no poder más*), podemos decir que todos los individuos, excluyendo a aquellos que se encuentran en un estado de interdicción, gozan y ejercen un determinado grado de poder, atendiendo al papel que desarrollen dentro de la sociedad, sin importar si éste es de carácter público o privado, no obstante ello, en esta tesis se abordará únicamente el estudio de las expresiones del *poder público*.

En toda sociedad en donde existe pluralidad de pensamiento, de decisión y acción y en la cual el poder, según lo expuesto, se encuentra disperso en cada individuo que la compone y que tiene capacidad para ejercerlo, es necesaria la existencia de un ente que controle y regule el poder con el que cuenta cada individuo, ya sea estableciendo normas o disposiciones para tal efecto, o bien, teniendo una función concentradora del poder de todos ellos, o ambas, de lo contrario se corre el riesgo de entrar en constante conflicto, lo que va en contra de la finalidad suprema de cualquier sociedad que es la de buscar su mayor bienestar y progreso.

El Estado surge así, como ese ente regulador y controlador de la vida social del hombre y que ha de expresar o manifestar su poder de distintas formas, ejercido a través de uno o varios individuos. Este es el "poder", el del Estado, en el cual fijaremos toda nuestra atención para los efectos de la presente tesis.

"En la doctrina tradicional [el poder] constituye, por así decirlo, la médula sustancial del Estado, mismo que se consideraba una necesidad

¹ Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española, España, Catell, 1990, p. 775.

afirmar con insistencia que tiene un poder, o, simplemente, que él es poder", es así como Hans Kelsen define al poder en su Teoría General del Estado.²

Como se puede observar, el poder como tal es un factor de vital importancia y que decir del poder del Estado que en igual o mayor medida juega en el campo de lo jurídico, político y social, lo cual queda demostrado de manera fehaciente con la anterior afirmación hecha por uno de los más grandes pensadores de nuestro tiempo. Para la mejor comprensión de este tema, será indispensable precisar qué es, de dónde emana, qué lo integra, quiénes son sus depositarios originales, cuál es su función.

El poder puede ser considerado como algo arbitrario, injusto, todo depende de la posición en la que uno se encuentre, si como aquel que tiene el poder o como aquel sobre el que se ejerce el poder.

En primer lugar, el poder del Estado no debe ser atribuido a una organización, corporación o asociación en particular, ni tampoco cabe atribuirlo de manera exclusiva al Estado como ente jurídico-político, y mucho menos concederlo a un sólo individuo o gobierno por muy totalitario o dictatorial que éste sea, lo anterior de conformidad con el criterio sustentado por el político Hermann Heller, al sostener que el poder del Estado se encuentra constituido por la cooperación de todos los miembros del Estado, en el entendido de que son miembros integrantes de éste, no sólo los hombres, sino todo el cúmulo de organizaciones políticas, sociales, económicas, religiosas, etcétera, y además, *"las generaciones pasadas."*³

Según lo afirma el autor citado *"el poder del Estado, como unidad de acción no puede ser referido ni a los actos de los que tienen el poder ni a los de los sometidos al mismo"*⁴, esto quiere decir que ambas actividades son complementarias unas de otras, pues, para que las actividades individuales de

² Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, (trad. Luis Legaz Lacambra), México, Editora Nacional, 1983, p. 125.

³ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 242, 256 y 257. Hermann Heller en su obra titulada *Teoría del Estado* señala que las generaciones pasadas también son miembros del Estado, por considerarlas unidades de acción objetivas aunque éstas no actúen de modo concreto en las relaciones internas que se dan dentro del Estado.

⁴ Ídem, p. 257.

los gobernados puedan concebirse como "*unidad de acción*" del Estado éstas necesariamente tendrán que ser condensadas de manera unitaria por un gobernante, y el poder de éste último sólo se explica en razón de las actividades realizadas por los propios gobernados. Es importante señalar que la anterior afirmación puede llevarnos a considerar al gobernante como el único depositario del poder del Estado excluyendo del mismo a los gobernados, pero hay que aclarar que ambos son depositarios del mismo aunque de manera separada e independiente que al unirse dan paso a la formación del llamado *poder del Estado*.

Por tanto, el poder del Estado, es la unidad de acción que se da de manera causal por la cooperación de todos los miembros integrantes del Estado, y que constituye la acción de un todo que actúa de manera conjunta para su formación.

El poder del Estado **tendrá que revestir, necesariamente, la legalidad y legitimidad requerida para tener plena validez y vigencia**, esto es, que tendrá que estar organizado de tal manera que su ejercicio tienda en todo momento a otorgar el mayor bienestar y a satisfacer los intereses de los miembros del Estado y consecuentemente obtener el reconocimiento y autorización de éstos últimos que son quienes sustentan el poder "*No hay gobiernos ni gobernantes perfectos en el mundo, pero los mejores han sido aquellos que han contado con el pueblo y han respondido a sus ambiciones.*"⁵ La autorización del poder es, pues, la legitimación de éste.⁶

En el Estado, como en toda organización humana por naturaleza heterogénea, existen divergencias de toda clase, es decir, que dentro de una comunidad creada por acuerdo de sus miembros, como lo es el Estado, cabe la posibilidad de que los intereses de unos cuantos se antepongan al poder de éste, siendo precisamente el Estado, a través del poder, quien se encargará de crear el derecho positivo y aplicarlo a los que se opongan a él.

⁵ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo doctrina, legislación y jurisprudencia*, décimo séptima edición, México, Porrúa, 1996, p. 296.

⁶ Hermann Heller, op. cit., pp. 261-262.

Hermann Heller en su *Teoría del Estado* precisa que en toda organización habrá que distinguir el poder objetivo de la organización, el poder subjetivo sobre la organización y el poder subjetivo en la organización⁷. El poder objetivo de la organización es "*la capacidad de acción del todo*"⁸. A este poder no hay que localizarlo en algún miembro de la organización, pues como sujeto sólo debe considerarse a la organización en su totalidad, dicho poder se constituye de las actividades de los miembros integrantes de la organización.

El poder sobre la organización es el soporte de la misma y se traduce en determinar quien o quienes son los depositarios del mismo, los cuales decidirán sobre el ser y la forma de la organización, de esta manera se podrá estar en posibilidad de fincar la responsabilidad de éstos en relación con el poder que ejercen y que pertenece a la organización.

*"El poder subjetivo en la organización entraña la cuestión de la jerarquía de los que efectivamente ejercen el poder."*⁹ Estos sujetos serán los encargados de aplicar y actualizar el poder que se les ha conferido, a los casos concretos que se les presenten. Cabe mencionar que el sujeto del poder en la organización puede coincidir con el sujeto del poder sobre la organización. El poder en la organización se caracteriza por la supraordinación del órgano superior con respecto al inferior dentro de la jerarquía de poder. Para que el poder de una organización sea permanente éste tendrá que estar dividido entre diversos depositarios del poder ordenados jerárquicamente (*división de poderes o de competencias mejor llamada distribución de funciones*) de esta forma, al menos en teoría, no existirá un abuso del poder, ya que se contará con las limitaciones que entraña una división de poderes, de todos conocidas.

De la anterior distinción se puede percibir la separación que existe entre el sujeto del poder con respecto a los depositarios del mismo. Es en estos últimos en donde habremos de encontrar el soporte de la soberanía de la

⁷ *Ibidem*, pp. 263-264.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ídem*.

organización, pues, sólo es soberana aquella que es capaz de autodeterminar su forma de ser y su forma de organización jurídico-política, y que puede con toda libertad ejercer el poder que le es propio. Las mismas características son las que se presentan dentro de un Estado que se diga soberano, lo cual nos conducirá necesariamente a afirmar que "*...el poder del Estado es soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo*"¹⁰ La soberanía es la característica que define al poder del Estado y por lo tanto dentro de su territorio no podrá existir un poder superior al de él, ya que dicho poder es dominante, total, porque dispone de la coacción y se impone a todos,¹¹ de no ser así no será soberano, ni poder.¹²

El poder público del Estado encuentra su máxima expresión cuando existe una jerarquización del mismo, es decir, cuando existen relaciones de supraordinación entre los depositarios de éste; lo anterior es así en virtud de que la función esencial del poder consiste en someter a los miembros integrantes del Estado, de tal modo que éste impere sobre aquéllos.

Para que dichas relaciones tengan plena validez será necesaria la existencia de un "*orden jurídico*"¹³, al cual tendrán que estar sometidos todos los miembros del Estado. Este orden jurídico someterá a los hombres "*ligando su conducta a la realización de un deber jurídico, entrelazando así todas sus conductas*"¹⁴

A simple vista puede parecer que el poder del Estado y el orden jurídico son dos cosas diferentes, aislados uno del otro y con vida propia, pero esto no debe ser concebido de tal manera. Ambos someten a los miembros integrantes del Estado y el poder requiere para su plena validez de un orden que lo transforme en un "*poder jurídicamente ordenado*" y esto constituye precisamente el orden jurídico cuyo objeto originario ya no será el poder mismo

¹⁰ Ídem. Cabe mencionar que Hans Kelsen sostiene que no cabe hablar propiamente de la "*irresistibilidad*" del poder del Estado, toda vez que en la realidad se presentan casos en que se puede evitar la aplicación objetiva del poder y sustraerse a la eficacia del orden jurídico. *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez), segunda edición, México, UNAM, 1988, p. 302.

¹¹ Serra Rojas, Andrés, op. cit., p. 295.

¹² Heller Hermann, op. cit., p. 265.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, tercera edición, México, Fontamara, 1991, pp. 125 y 126.

¹⁴ *Ibidem*, p. 126.

sino que su objeto estará constituido por el Derecho. De tal manera que la validez normativa del Derecho es lo que aparece como poder del Estado.¹⁵

En los comienzos de la evolución social el poder del Estado aparece como una voluntad directora de la comunidad con un carácter puramente fáctico, actuando a través de mandatos y órdenes, pero de manera aislada. Sin embargo, con la aparición necesaria del orden jurídico, en formas de normas sólidas y de carácter general y coercible emitidas por el propio Estado, se somete y regula jurídicamente a ese poder.¹⁶

De tal suerte que el poder que tienen los integrantes del Estado y el orden se complementan para la formación del Derecho, empero no se trata de dos cosas diferentes más bien complementarias, pero a tal grado que una sin la otra no podría existir:

"En la afirmación de la voluntad directora de una comunidad [Estado] se encubre ya el supuesto de un orden jurídico, el cual determina que ciertos hombres deben mandar a otros y éstos obedecer a aquéllos, aplicándose en caso contrario la consecuencia coactiva"¹⁷

El Estado por sí mismo implica poder y dicho poder precisa de un orden jurídico (sistema de normas de Derecho) emanado del propio Estado que implique a su vez el sometimiento de unos frente a otros, pero con el cual se contenga la fuerza natural del poder del Estado que sin control puede engendrar en hechos de violencia y desorden. A este respecto cabe hacer la siguiente aclaración: el poder ordenado jurídicamente implica sumisión de todos los miembros del Estado, frente al poder de éste, todos sin excepción, se encuentran sometidos a las normas, al orden jurídico, al poder, sin importar que en razón de las atribuciones conferidas por dichas normas sean unos cuantos los creadores de las mismas (por ejemplo, poder legislativo), éstos últimos también se encuentran sometidos al orden jurídico; debemos insistir en que

¹⁵ Ídem. Hans Kelsen asevera que "el llamado poder del Estado no es sino el Derecho del Estado" y que "una simple etiqueta gramatical ha hecho variar totalmente el contenido"

¹⁶ Ídem, p. 127.

¹⁷ Ídem.

dicha atribución sólo se obtiene en razón del mandato conferido por el propio orden jurídico, ya que es una peculiaridad de éste el contener normas que regulen su propia creación, es decir, que contengan normas que afecten la creación de sus normas.¹⁸

En este sentido, el poder del Estado tiene la característica de ser coactivo, es decir, que el orden estatal se compone de normas que prescriben la coacción, es decir, de normas jurídicas cuya aplicación se realiza con independencia del querer y del deseo de los hombres a los que van dirigidas y que eventualmente pueden imponerse en contra de ese querer y ese deseo.¹⁹

De esta manera, podemos concluir que el poder del Estado, el orden jurídico y el Derecho son términos que en su esencia significan lo mismo y con los cuales se puede designar a esa fuerza natural, soberana, emanada de las relaciones que se dan dentro de una colectividad, el Estado.

II. La división del poder

En los Estados liberales, y particularmente en nuestro sistema jurídico, se ha adoptado la separación de las funciones de los órganos del Estado, misma que se prevé en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que textualmente establece:

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

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

¹⁸ Cfr., Kelsen, Hans, op. cit., p. 128.

¹⁹ Ídem.

El artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un ejemplo de adopción de división tripartita del poder, depositándolo en los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, proscribiendo con ello la concentración de las funciones en un solo órgano, lo que indica que se busca el contrapeso del poder a través de la notoria determinación de las funciones a ejercer.²⁰

A lo largo de la historia, han habido múltiples teorías sobre la limitación del poder y más aún para poder mejorar las relaciones entre gobernantes y gobernados, en este sentido, es posible concluir que la razón de ser de la división del poder tiende a preservar la vigencia de la Constitución de un Estado.

Desde los inicios de la teoría de la división del poder, o bien, la distribución de las funciones de los órganos del Estado, se ha considerado necesaria su existencia atendiendo al **equilibrio** que debe existir entre dichos órganos, es decir, que entre unos y otros existan limitaciones y frenos entre sí para evitar la concentración del poder y en consecuencia llegar a su abuso.

Rafael De Agapito Serrano, afirma que ese equilibrio del que se habla al momento de dividir las funciones de los órganos del Estado, se traduce en una regulación jurídico-constitucional para regular las relaciones entre los distintos órganos superiores del Estado, fijando para cada uno de ellos competencias específicas, para evitar la concentración de las funciones en uno de ellos.²¹

La existencia del Derecho y muy particularmente la existencia de las normas escritas, atiende a la regulación de las conductas de los hombres que viven en sociedad, a efecto de garantizar la convivencia armónica y la garantía de sus libertades.

²⁰ Desde un punto de vista *formal* (de la ubicación de las autoridades en los poderes), la existencia de órganos constitucionales autónomos (sin dependencia de poder alguno, pero si autoridades), rompe dicha división tripartita.

²¹ Agapito Serrano, Rafael, De, *Libertad y División de Poderes, El contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, primera edición, Madrid, España, Tecnos, 1989, p. 120.

De la misma manera en la que la sociedad, ha tenido que sujetarse al establecimiento del Derecho positivo, el Estado se ha visto en la imperiosa necesidad de regular sus propios actos, delimitar sus atribuciones e incluso, establecer, a quienes detentan el poder, sanciones por el quebranto a las normas jurídicas que los rigen.

En consecuencia, para mantener la vigencia constitucional, de la que se hablaba en líneas anteriores, es necesario que, tanto gobernados, como gobernantes, se encuentren sujetos a normas jurídicas, que regulen sus actuaciones y que en caso de contrariarlas o incumplirlas obtengan una sanción. De esto se advierte que, para obtener un equilibrio entre los órganos del Estado, también es necesario que exista una igualdad de trato entre gobernantes y gobernados, para así garantizar el *Estado de Derecho* y la justicia.

La división del poder, inicia de manera sostenible en Inglaterra en el siglo XIII con la firma de la Carta Magna e inicia una cruenta lucha entre absolutismo y constitucionalismo; la división del poder se materializa durante los siglos XVIII, XIX y XX, cuando dicho principio se incorpora en los textos constitucionales, constituyendo los primeros Estados democrático liberales, como resultado de oposición a los gobiernos monárquicos y absolutistas, en los que el rey o monarca eran la ley suprema e incuestionable de los Estados.

Los teóricos de la división de las funciones del Estado, afirmaban que sólo el poder podía frenar al poder, de tal forma, que el monarca podía ser limitado únicamente por otro órgano que tuviera un poder de la misma magnitud.

De ahí que, el fin inicial de la división del poder era frenar los actos del monarca, del titular del Ejecutivo, quien gobernaba de forma impredecible, sin límites, con el poder concentrado sólo en sus manos.

La distribución de las funciones de los órganos del Estado, debía contener un modelo que pudiera surtir los efectos que se deseaban, esto es, para que el poder, pudiera frenar al poder, era necesario dividir las funciones y encomendarse a diversos órganos. En un principio, los iniciadores de la teoría sólo sabían que el poder tenía que dividirse, sin embargo, aún no se sabía cómo.

De ahí, surgen las primeras propuestas, en las que se advierte, que deben ser tres los órganos que ejerzan el poder público para crear un verdadero equilibrio.

Es entonces, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el primer documento constitucional que recoge la teoría de la División del poder de Montesquieu.

En la Asamblea Nacional Francesa, en sesión de 31 de agosto de 1789, Lally Toliendal, manifiesta que serán tres los órganos en los que se dividirá el poder argumentando que *“Un poder único terminará necesariamente por devorar todo. Dos se combatirán hasta que uno destruya al otro. Pero tres se atenderán en un perfecto equilibrio de tal manera que si dos lucharan juntos, el tercero igualmente interesado en mantener tanto a uno como al otro se uniría al oprimirlo contra su opresor, llevando la paz entre todos.”*²²

En los inicios, la división del poder, se concebía como una separación tajante de las funciones de los órganos, así el Ejecutivo únicamente se encargaría de la administración del Estado, el Legislativo de la creación de normas de carácter general y el Judicial de dirimir las controversias suscitadas entre particulares, sin que los otros pudieran intervenir en alguna de las funciones que no le estuvieran expresamente designadas.

²² Cfr. Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *La teoría de la División de Poderes y la Cultura Física en los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2006, p. 62.

Posteriormente, en el artículo 19 de la Constitución francesa de 1848, se establece como mandato constitucional que *“La separación de poderes es la primera condición de un gobierno libre.”*

Esa división extremadamente marcada, pretendía dar plena autonomía a los órganos del poder. Sin embargo, propició que las funciones gubernamentales se hicieran lentas e ineficaces, por lo que la tajante división del poder, se ha convertido en una distribución de las funciones de los órganos del Estado, en las que subsiste la autonomía de cada uno de los órganos, en las que, a las funciones materiales, le siguen otras formales cuya naturaleza no es modificada por inclusión en otro campo de acción, por el contrario, han permitido que las funciones del Estado y del gobierno sean realizadas con mayor eficiencia y además, se ha logrado un mayor control del poder.

En este sentido, se afirma que la división del poder, se ha convertido en una necesidad para distribuir funciones y para controlar el ejercicio del poder público del Estado, impidiendo el abuso del poder, para mantener el Estado de Derecho.

De ahí que, la división tajante del poder, se haya transformado en una distribución de las funciones de los órganos del Estado, que garantiza el mantenimiento del Estado democrático y la garantía de las libertades de los gobernados, bajo un mejor ejercicio del poder por parte de los órganos constitucionalmente constituidos.

III. Estudio del principio de la división de poderes concebida por Montesquieu

En este apartado, se analizará brevemente la esencia de la teoría de la división del Poder concebida por Montesquieu, quien, hasta el momento, es el principal exponente del tema. Sin embargo, son muchas las opiniones acerca de que este tratadista nunca pretendió explicar la división del poder, sino realizar una exposición sobre las formas de Estado y gobierno y en consecuencia, la

división de las funciones de los órganos del Estado, opinión que comparto, por lo que adoptaré el uso de este lenguaje a lo largo de la presente tesis.

La teoría de la división de poderes no es una materia que haya sido producto de la casualidad ni de la invención espontánea del hombre, sino que ya tiene en su haber varios siglos de existencia, como resultado de pensadores de la antigüedad, entre quienes figuran, *Platón y Herodoto*,²³ quienes con base a su experiencia en asuntos políticos ya vislumbraban mecanismos jurídico-políticos a través de los cuales se lograra moderar el poder absoluto de los gobernantes.

El principio de la división del poder surge del estudio que se hace respecto a las formas de Estado y las formas de gobierno, tal como se desprende de los tratados realizados por pensadores de la talla de Platón. En su libro "*El diálogo de las leyes*", sustentó la tesis de mezclar la monarquía con la democracia, a efecto de lograr un buen régimen político; toda vez que los supuestos regímenes restantes son el resultado de la mezcla de los enunciados.²⁴

Esta postura, se robustece con las ideas de *Aristóteles*, quien sugiere en su obra denominada *La política*, la forma mixta de gobierno, postulando una amplia clase media que actuará como moderadora, señalando como elementos principales del Estado, a los legisladores, los funcionarios administrativos y los tribunales.²⁵

A pesar de las interesantes ideas plasmadas en sus libros, no es posible que se pueda exigir a los pensadores de aquella época que pudieran concebir de una forma tan clara y pura la teoría de la división del poder, como más adelante fuera explicada por *Locke y Montesquieu*, y menos aún como es

²³ De acuerdo al pensamiento de Herodoto se ventilaba un debate sobre las tres formas de gobierno conocidas en su época, siendo éstas, la democracia, la aristocracia y la monarquía. Cfr. Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducido por José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 15 y ss.

²⁴ Cfr. Platón, *Las leyes*, traducido por José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Madrid, España, Instituto de Estudios Políticos, 1960, p. 110.

²⁵ Cfr. Aristóteles, *La política*, Novena edición, traducido por Patricio de Azcárate, España, Espasa-Calpe, 1962, p. 191 y ss.

concebida en nuestros tiempos, pues la idea de la división de las funciones de los órganos del Estado, tiene su fundamento en la historia, en los sucesos de la lucha por el poder.

En su libro *Del espíritu de las leyes*, Montesquieu escribe sobre su observación crítica, así como de la experiencia adquirida durante su estancia en Inglaterra, inspirado en las costumbres del lugar y su régimen gubernativo, sin dejar de mencionar la fuerte influencia que en su pensamiento ejerció John Locke (*Ensayo sobre el Gobierno Civil*)

En cuanto a las formas de gobierno; Montesquieu, las clasifica en despotismo, monarquía y república, cuyo régimen se puede subdividir en aristocracia y democracia.

Es en el gobierno despótico, en el cual, el gobernante de forma arbitraria y tiránica es dueño de los destinos, la libertad y la vida de los hombres que se encuentran bajo su tutela. En tal régimen, el gobernante tiene la necesidad de emplear la violencia y la represión para mantenerse en el poder, y hacerse obedecer, exponiéndose siempre a ser derrocado por un levantamiento del pueblo.

Por su parte, la monarquía, es el gobierno que se deposita en una sola persona, pero que es encauzado jurídicamente mediante leyes positivas y normas del derecho natural. La monarquía es aquél gobierno que se encarna en una persona llamada rey, emperador, monarca o príncipe y que es ejercido por él. La monarquía es hereditaria y vitalicia, es decir que sólo se puede transmitir por muerte o abdicación. Es el gobierno de clases privilegiadas.

*“La República es un sistema que se remonta a Grecia, a Roma, a la Edad Media, a las ciudades italianas y se desarrolla intensamente en la era moderna.”*²⁶ Etimológicamente la palabra *República* proviene a su vez de la palabra latina *res*, que significa cosa, y *publicae*, que significa pública o causa

²⁶ Serra Rojas, Andrés, *Op. cit.*, p. 463.

pública, por lo tanto, es un sistema político de todos y que a todos interesa. Así la “*cosa pública*” o *res publicae* se distingue de la cosa privada en el sentido de que aquella atañe a un interés general por encima de un interés particular.²⁷

En esta forma de gobierno el pueblo es el soberano, esta es la característica esencial; además el Poder Ejecutivo no es hereditario ni vitalicio y su titular es elegido periódicamente por el pueblo o por sus representantes. En efecto, el gobierno es ejercido por los órganos encargados y electos por el pueblo, que por una parte pueden ser elegidos por éste último de manera directa, o bien, de manera indirecta o representativamente (democracia), y por otra, pueden ser electos por una clase social privilegiada (aristocracia).

Montesquieu justifica su teoría de la división del poder, en la necesidad de preservar la libertad del hombre dentro de la comunidad política, con independencia del régimen de gobierno en que ésta se constituya. Sin embargo, y como hombre de su tiempo, consideraba que la división del poder únicamente era posible con la forma de gobierno monárquica.

La idea de poder la equipara al órgano de autoridad, y para lograr el equilibrio entre los distintos órganos de autoridad del Estado, habría que dividir las funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial entre los distintos órganos de autoridad que integran el gobierno.

Señalaba, que mediante el poder legislativo el magistrado o príncipe produciría leyes, las abrogaría y las modificaría; mediante el poder ejecutivo se evitarían invasiones, se ocuparía de la seguridad pública, enviaría y recibiría embajadas, en resumen, se encargaría de administrar al Estado; y mediante el judicial castigarían los crímenes y resolverían los conflictos que surgieran entre los particulares.

Advirtió que cuando el poder se concentra en una sola persona o un mismo órgano, éste puede crear leyes arbitrarias para aplicarlas tiránicamente.

²⁷ Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma Federal de Estado*, primera edición, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 47.

En este sentido, me atrevo a afirmar que, desde la concepción de Montesquieu no se propone la separación estricta y tajante de las funciones de los órganos del Estado, antes bien, *pugna por la colaboración y control recíproco entre dichos órganos* precisamente para evitar los actos arbitrarios de unos y otros.

IV. Interpretación moderna del principio de la división del poder y las teorías contemporáneas

Ignacio Burgoa Orihuela, sostiene que contrariamente a lo que suele suponerse, en el sentido de que la tesis de *Montesquieu* refiere a una obligada y tajante separación de poderes, el mismo creador de la teoría hablaba de una especie de interdependencia entre ellos, al aseverar que: “*Éstos tres poderes – ejecutivo, legislativo y judicial- deberían dar lugar al reposo o la inacción; pero como el movimiento necesario de las cosas los obligaría a moverse, tendrán que marchar de acuerdo*”.²⁸

De acuerdo al pensamiento del autor la complejidad del funcionamiento del Estado no permite que se lleve a efecto una tajante separación de funciones entre los órganos de poder; a cada uno de ellos se reviste de ciertas potestades, atribuciones o competencias, que materialmente pudieran calificarse como administrativas, legislativas o jurisdiccionales, tal es el caso de la facultad reglamentaria a cargo del Ejecutivo, la facultad jurisdiccional a cargo de los órganos del Legislativo, y las facultades administrativas que se han encomendado a los órganos del Poder Judicial (por ejemplo, Consejo de la Judicatura Federal).

Abonando a favor de la moderna concepción del jurista mexicano, el autor español *Rafael de Agapito Serrano* sostiene que:

²⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, décimo cuarta edición, México, Porrúa, 2001, p. 206.

“[...] el contenido concreto de su propuesta representa por una parte la aplicación de este conocimiento teórico a la realidad histórica. Su formulación concreta tiene en consecuencia un significado político en el sentido de que, siendo aplicación jurídica de algunos principios a una forma histórica determinada, es también una solución de naturaleza histórica. El no distinguir entre ambos aspectos es la causa de una serie de dificultades para la interpretación de esta teoría que impiden una apreciación de su verdadero significado constitucional. Si se confunden estos dos momentos, se llega al tópico ampliamente difundido de que lo que se propone es una fragmentación del poder del Estado que, según esta opinión, ha de integrarse a través de la integración de varias fuerzas”.²⁹

Nuestra historia constitucional nos demuestra que los constituyentes se han preocupado por consagrar este amplio y difundido principio histórico que tiene su génesis, como ya se vio, en los pensadores europeos.

Nuestra Norma fundamental en su Artículo 49 ha acogido el principio de la división de poderes, numeral que se relaciona estrechamente con los Artículos 50, 80, 94 y 115 del mismo documento.

En este sentido la Carta Magna claramente expresa que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial; que el Poder Legislativo se deposita en un Congreso General, de conformación bicameral (500 diputados y 128 senadores); el Poder Ejecutivo de la Unión será depositado en un Presidente; en tanto que el Poder Judicial en una Suprema Corte de Justicia, en Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito.

No obstante, la misma Constitución establece un régimen republicano y federal, otorgando autonomía a las entidades federativas que componen el Estado mexicano; por lo que el *Pacto Federal* previene que los Estados adopten una forma republicana de gobierno, representativo, y cuyo poder

²⁹ Agapito Serrano, Rafael De, *Op. Cit.*, p. 148.

también estará dividido para su ejercicio en los mismos tres; es decir, en Ejecutivo, que será depositado en el gobernador de la entidad federativa; el Poder Legislativo que se depositará en una legislatura local³⁰; mientras que el Poder Judicial en un Tribunal Superior de Justicia. El respeto de tal principio implica el respeto recíproco y la voluntad política de permitir a sus órganos actuar de forma independiente y autónoma, tal y como lo ha sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 80/2004 que a continuación se cita:

“DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTEN PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. El artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe implícitamente tres mandatos prohibitivos dirigidos a los poderes públicos de las entidades federativas, para que respeten el principio de división de poderes, a saber: a) a la no intromisión, b) a la no dependencia y c) a la no subordinación de cualquiera de los poderes con respecto a los otros. La intromisión es el grado más leve de violación al principio de división de poderes, pues se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación al citado principio, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe. En ese sentido, estos conceptos son grados de la misma violación, por lo que la más grave lleva implícita la anterior.”

³⁰ Cfr. Lanz Duret, Miguel, *Derecho Constitucional Mexicano*, quinta edición, México, Norgis editores, 1959, p. 101.

Jorge Carpizo, al igual que *Ignacio Burgoa* son de la opinión de que la tesis en la Constitución mexicana no es la adopción del principio de la división de poderes, sino que sólo existe un poder, que para su ejercicio se divide en ramas, siendo la misma Constitución la que expresamente les designa sus facultades, así como el marco de colaboración entre los órganos encargados del ejercicio del poder. Por ello, a manera de ejemplo se advierte que durante el procedimiento legislativo ordinario el Presidente de la República interviene, mediante la iniciativa, el derecho de veto y la promulgación de la ley o decreto, previsto en la misma Carta Magna; el Senado ratifica los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo, así también aprueba los nombramientos de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y quienes forman el gabinete del titular el ejecutivo.

La flexibilidad en la interpretación del principio de la división de poderes consagrado en el Artículo 49 de la Constitución Política es un criterio que a su vez ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se desprende de la tesis aislada 109 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de texto siguiente:

“DIVISION DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARACTER FLEXIBLE. *La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder. Así, el artículo 109 constitucional otorga el ejercicio de facultades jurisdiccionales, que son propias del Poder Judicial, a las Cámaras que integran el Congreso de la Unión, en los casos de delitos oficiales cometidos por altos funcionarios de la Federación, y los artículos 29 y 131 de la propia Constitución consagran la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas en los casos y bajo las condiciones previstas en dichos numerales. Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, motu proprio, arrogarse*

facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita el ejercicio del Supremo Poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los Poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario, en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas, y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de aplicación estricta.”

Jorge Carpizo señala que una cosa es la colaboración entre poderes y otra muy distinta que se detenten dos o más en la misma persona o corporación. Esta *confusión de poderes*, como ya ha sido señalado la prohíbe el texto constitucional; aunque junto a los poderes tradicionales, la Carta Magna ya contempla una serie de órganos más o menos autónomos, tal es el caso de los tribunales agrarios, la institución del banco central; el organismo encargado de la realización de las elecciones previsto en la fracción III del Artículo 41; los organismos encargados de la protección de los Derechos Humanos, en el inciso “B” del Artículo 102, entre otros.³¹

Con todo y que el principio de división de poderes ha sufrido modificaciones en su aplicación práctica, es decir, que ha tenido una evolución hacia su relajamiento, no constituye un argumento suficiente para afirmar su obsolescencia y pensar en su abolición; sino por el contrario, dicho principio ha sido un instrumento implacable para el ejercicio de la libertad, al distribuir el poder en varios órganos y establecer en ellos controles recíprocos a fin de evitar el despotismo y el abuso de autoridad; por lo que la solución no está en la desaparición de dicho principio, sino en asimilar la evolución que ha sufrido y en establecer un modo adecuado para operar en las relaciones

³¹ Cfr. Carbonell, Miguel (coordinador), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Porrúa, 2002, pp. 206 y 207.

intergubernamentales, siendo así la forma en que lo manifiesta *Hector Fix Zamudio*.³²

A) Órgano legislativo

Para *Elisur Arteaga Nava*, dentro de nuestro sistema constitucional el Poder Legislativo es un concepto genérico y abstracto, que no sólo se ha atribuido a uno solo de los órganos constitucionales, ya que sería casi imposible hacer esto, por lo que se debe entender como todas aquellas manifestaciones de autoridad que se caractericen por ser de observancia obligatoria; tal es el caso de leyes, los decretos, acuerdos, bandos, reglamentos, ordenanzas de carácter general, que se emiten en relación con las materias susceptibles de ser reguladas por el mandato constitucional.³³

Ignacio Burgoa Orihuela clasifica a los poderes en su aspecto formal y material. Es por ello que, al hablarse del poder legislativo en su aspecto formal, se está haciendo alusión a los órganos constitucionales que tengan como función principal, la creación de las leyes, por lo que se trata del Congreso General de la República y los congresos estatales, toda vez que se debe tomar en consideración el régimen federal adoptado por nuestra última norma fundamental.³⁴ En su sentido material, se estará tomando en cuenta a todo órgano constitucional facultado para crear normas de carácter general, impersonal y abstracto, por lo que ahí pueden entrar los ayuntamientos, órganos del ejecutivo, la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando interpretan los textos legales y crean jurisprudencia.

A esta conclusión llega el jurista mexicano después de haber tomado en cuenta la opinión de *León Duguít*, quien textualmente manifiesta:

“Desde el punto de vista material, la ley es todo acto que posee, en sí mismo, el carácter intrínseco de ley, y esto con

³² Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa y UNAM, 1999, p. 394.

³³ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1998, p. 212.

³⁴ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2003.

*entera independencia del individuo o de la corporación que realiza el acto. Es, pues, acto legislativo según su propia naturaleza, pudiendo ser, al mismo tiempo, una ley formal, pero también no serlo, como frecuentemente sucede[...]*³⁵

Apoyándonos en las anteriores consideraciones cualquier acto de autoridad que produzca normas jurídicas, será siempre una ley desde su punto de vista material y por su propia naturaleza, aunque no proviniese de un órgano estatal al que se encomendara primordialmente el cumplimiento de dicha función³⁶. Pero, también es cierto que no todo acto emanado de los órganos legislativos son ley, sus características esenciales no son la abstracción, impersonalidad y generalidad. En éste orden de ideas, los órganos en que se deposita el Poder Legislativo pueden realizar funciones de distinta naturaleza a la legislativa, tal es el caso de su participación en el nombramiento de servidores públicos (función administrativa), o la sustanciación del juicio político o la declaración de procedencia previstos en los Artículos 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (función judicial).

El legislativo como función es susceptible de ser realizado por cualquier órgano del Estado, de acuerdo a las competencias fijadas en la Norma Fundamental y sus leyes secundarias. Bajo éste criterio encontramos que en el texto constitucional se facultan a distintos órganos de gobierno, no pertenecientes todos, al Poder Legislativo, para crear normas jurídicas, aunque la etiqueta que les revista sea distinta al de la ley.

Como órgano, el legislativo es uno sólo, y no por el hecho de estar repartido en distintos órganos de gobierno se trata de distintos poderes legislativos. Sin embargo, en un régimen federal se suele hablar de dos tipos de poderes, a saber: el federal y el local. En la opinión del Dr. *Burgoa*, es inadmisibles que se conciba la división del poder atendiendo a dicho criterio. Lo que ocurre, es que bajo el sistema federal de gobierno hay una distribución de competencias entre los órganos federales, de las entidades federativas y de los

³⁵ *Ibidem*, p. 610.

³⁶ En este supuesto se encuentra la expedición de reglamentos gubernativos y de policía y la expedición de normas oficiales mexicanas.

municipios. Nuestra Constitución establece la premisa de la distribución residual de competencias en su Artículo 124, cuyo texto a la letra expresa: “*Las facultades que no estén expresamente concedidas por ésta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados*”.

En este orden de ideas, así como el Congreso de la Unión tiene previstas sus principales facultades en el Artículo 73 de la Constitución Federal, las legislaturas locales encuentran el fundamento de sus actividades en las constituciones locales expedidas por las mismas legislaturas pertenecientes a las entidades federativas. Aunque ambas legislaturas tienen encomendada la misma función, sólo la pueden ejercer en las materias que al efecto les permitan los textos constitucionales.

B) Órgano ejecutivo

Para entender de mejor manera, la estructura y funcionamiento de nuestro Poder Ejecutivo es menester hacer referencia a la forma en que se ejercía el poder político antes de la llegada de los españoles, cuando el monarca indígena contaba con un poder espectacular y central, así como en la colonia lo ejercía el Virrey. Se trató ni más ni menos de ejecutivos centralizados de corte autoritario. Llegada la independencia, no sólo de México, sino de todos los países que conforman América Latina, se creó un enorme hueco político que fue llenado por hombres fuertes y caudillos.³⁷

En el mismo sentido, *Emilio O. Rabasa* concibe la historia político-constitucional de nuestro país cuando escribe:

“Sí, según la concepción de Emerson, la humanidad puede representarse por unos cuantos de sus grandes hombres que la sintetizan, con más razón las épocas de los pueblos pueden representarse por los hombres que la han presidido. La historia de

³⁷ Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, tercera edición, México, Porrúa y UNAM, 2003, p. 717.

México independiente, en lo que tiene de trascendental, cabe en las biografías de tres presidentes: Santa Anna, Juárez y Díaz.³⁸

Así pues, el régimen presidencial trazado en la Constitución de 1917, con un ejecutivo fuerte, se ha ido matizando con el transcurso de los años, sobre todo con la transición política que está viviendo nuestro país durante los últimos tres sexenios.³⁹

Cuando el Artículo 80 de la Constitución General de la República establece que el presidente de la República es el titular del Poder Ejecutivo, quiere significar que está a cargo fundamentalmente de la función administrativa del Estado, aunque cabe señalar, que, por la materia, también es titular de facultades de índole legislativo y jurisdiccional.

En las siguientes líneas se hará mención de las principales facultades y funciones, que están a cargo del titular del Poder Ejecutivo y sus órganos, sin detenerme en el estudio y análisis de cada uno de ellos, por exceder por mucho el propósito que se persigue mediante la elaboración de la presente tesis.

Facultades administrativas.- Principalmente, al presidente de la República incumbe la función administrativa, la administración de las leyes, aplicación de las normas expedidas por el Congreso de la Unión, constituyéndose en el motor del aparato administrativo. Además, cuenta con la facultad de nombramiento de los miembros que conforman su gabinete, encontrando su fundamento constitucional en el artículo 89, fracciones II a V, XVII y XVIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y aunque en éstas fracciones sólo se contempla la facultad de nombramiento respecto de los funcionarios de primer nivel del Poder Ejecutivo, en las leyes secundarias y en la práctica del ejercicio del poder político se contemplan otros nombramientos. Cabe señalar que interviene en el nombramiento de los

³⁸ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, séptima edición, México, Porrúa, 1990, p. 112.

³⁹ Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Op. Cit.*, p. 718.

Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en los altos cargos militares y diplomáticos.

Desde un criterio meramente formal, *Gabino Fraga* sostiene que la función administrativa es la actividad que realiza el estado por medio del Poder Ejecutivo y sus órganos auxiliares. En su estudio incluye las nociones de otros autores, como *Berthelemy*, quien concibe la función administrativa como la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley.⁴⁰

Es obvio que una definición en la que sólo se incluya la ejecución de las leyes es demasiado corta para el cúmulo de facultades que tienen a su cargo los órganos que integran formalmente el Poder Ejecutivo; por lo que se sirve citar en su obra, el pensamiento de *Hauriou*, para quien la función administrativa

*“...tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa”.*⁴¹

Para *Andrés Serra Rojas*:

*“[...] la función administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía y control”.*⁴²

⁴⁰ Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, trigésima tercera edición, México, Porrúa, 1994, pp. 53 y 54.

⁴¹ Ídem, p. 56.

⁴² Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo doctrina, legislación y jurisprudencia*, décimo séptima edición, México, Porrúa, 1996, p. 67.

Pero sus facultades no se agotan en las señaladas, sino que además tiene un papel protagónico en la elaboración del Presupuesto de Egresos y en la Ley de Ingresos de la Federación, atento a lo dispuesto por las fracciones VII y VIII del artículo 73 y fracción IV del 74 constitucionales. *Fix Zamudio y Valencia y Carmona* consideran lógico que así sea, pues, es el mejor preparado para la conducción de las finanzas nacionales, debido a que cuenta con los elementos técnicos necesarios para elaborar tales documentos, así como velar su debida ejecución gracias a la estructura jerárquica y la red de dependencias que forman parte del ejecutivo de la Unión.

A éste le corresponde la elaboración del Plan Nacional del Desarrollo, a fin de darle cabal solución a los principales problemas sociales y económicos del país.

En resumen, las facultades a cargo del Ejecutivo de la Unión son tantas y tan complejas, que ya no se trata de un mero ejecutor de las leyes creadas por el Congreso, sino que se trata de un órgano dinámico que se encarga de dirigir y encauzar la política y la administración interior y exterior del país, contando entre sus principales funciones las educativas consagradas en el Artículo 3º ; agraria ecológica y urbanística en el 27; económica en el 25, 26 y 28; energética en el 28; laboral en el 123, entre muchas otras.⁴³

Facultades legislativas.- Estas tienen dos formas distintas, a saber: como un órgano que interviene en el procedimiento legislativo ordinario, prevista en la fracción I del Artículo 71, y como legislador autónomo mediante la facultad reglamentaria dispuesta en la fracción I del Artículo 89 de la Constitución General de la República. Con relación a tales facultades, sólo señalaré que la mayor parte de los proyectos legislativos tienen como fuente el impulso del ejecutivo. Otras facultades legislativas son las que provienen en cuanto a la suspensión de garantías (artículo 29) y en materia de comercio exterior (artículo 131 de la Norma Fundamental).

⁴³ Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Op. Cit.*, pp. 746 a 748.

Facultades jurisdiccionales. A través de una serie de órganos jurisdiccionales formalmente pertenecientes al Poder Ejecutivo, dentro de éste poder se administra justicia, estando dentro de su órbita competencial las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los tribunales agrarios, y el Tribunal Superior de Justicia Militar.

Para el cumplimiento de sus amplias facultades, el Ejecutivo preside una serie de órganos jerarquizados que conforman la administración pública, misma que se divide en centralizada y paraestatal, atento a lo dispuesto por el Artículo 90 de la Norma Fundamental. Cabe señalar que las dependencias de la administración centralizada tienen un titular al que se le denomina secretario de despacho, y en la administración pública paraestatal, son cabezas de cada uno de los organismos los directores o administradores respectivos, tal como se advierte de la lectura de los numerales 90, 91, 92 y 93 del máximo ordenamiento nacional.

De forma más específica, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁴⁴ dispone el marco normativo en torno a las atribuciones que corresponde a ejercitar a cada una de las secretarías de Estado que componen la Administración Pública centralizada. Paralelo a éste ordenamiento se encuentra la Ley Federal de Entidades Paraestatales y su respectivo reglamento del 14 de mayo de 1986 y del 27 de mayo de 1990 respectivamente.⁴⁵

Ignacio Martínez Morales señala que en nuestro país, el presidente de la República reviste el papel de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, y aunque difícil, de forma didáctica clasifica aquellos actos que son de suma importancia para lograr la conducción gubernativa del país, y los que sólo guardan una naturaleza protocolaria.

⁴⁴ Véase el Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre de 1976.

⁴⁵ Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Op. Cit.*, p. 751.

Así pues, entre los actos de gobierno contempla la ejecución de las leyes que expide el Congreso de la Unión; el nombramiento y remoción de su gabinete y la propuesta de otros altos funcionarios del país; dirigir la política exterior del país, y la celebración de tratados internacionales; facilitar a los órganos del Poder Judicial el auxilio que estos requieran para el ejercicio de sus funciones; habilitar puertos, aduanas marítimas y fronterizas; conceder ciertos privilegios a los inventores y perfeccionadores de algún ramo de la industria, entre otras.

En su papel de Jefe de Estado promulga las leyes que expide el Congreso General de la República; declara la guerra en nombre de nuestro país; convoca al Congreso a sesiones extraordinarias; concede indultos; etcétera.

Pese al esfuerzo realizado por el autor, éste expresamente reconoce que es tan complejo el cúmulo de facultades y atribuciones a cargo del titular del Ejecutivo que se hace sumamente difícil poderlas clasificar en ambas categorías.⁴⁶

C) Órgano judicial

No en todo momento y todos los autores le han otorgado el carácter de poder a la función jurisdiccional; muestra de ello, es que durante la evolución de la idea de la separación de poderes, en un principio sólo se había concebido el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Emilio Rabasa sostuvo en su momento, que el Judicial no constituye un poder, pues su función consiste en la aplicación de la Ley; tiempo después rectificó su postura y le reconoció el carácter de poder a la administración de justicia.

⁴⁶ Cfr. Martínez Morales, Ignacio, Diccionarios jurídico temáticos, *Derecho administrativo*, México, Harla, 1999, pp. 110 y 111.

Felipe Tena Ramírez le resta importancia al debate que ha surgido respecto a dotar o no de reconocimiento de poder a la función jurisdiccional, toda vez que lo realmente importante es dotar de atribuciones necesarias a los órganos constitucionales encargados de la administración de justicia, y al mismo tiempo logra un equilibrio de poderes, objetivo que se puede alcanzar sin decidirse teóricamente por alguna de las tesis propuestas.⁴⁷

De acuerdo con el *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:

*“La jurisdicción se puede concebir como una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir controversias de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial”.*⁴⁸

El Poder Judicial desde el punto de vista formal lo componen los órganos en quienes se deposita preponderantemente la función jurisdiccional, o de impartir justicia (artículo 94 de la Constitución General) Desde el punto de vista material, no debe interesar la ubicación constitucional en que se encuentre un determinado órgano, por ejemplo, la Junta de Conciliación y Arbitraje, pues lo que realmente interesa es la función que ella ejerce.

En sentido similar se ha expresado el maestro *Burgoa*, cuando escribe:

“La locución “poder judicial” suele emplearse, como se sabe, en dos sentidos que son: el orgánico y el funcional. Conforme al primero, que es impropio aunque muy usual, el “poder judicial” denota a la judicatura misma, es decir, al conjunto de tribunales federales o locales estructurados jerárquicamente y dotados de distinta competencia. Bajo el segundo sentido, dicho concepto implica la función o actividad que los órganos judiciales del

⁴⁷ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, trigésima tercera edición, México, Porrúa, 2000, pp. 425 y 426.

⁴⁸ Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, novena edición, Tomo I–O, México, Porrúa y UNAM, 1996, p. 1885.

estado desempeñan, sin que sea total y necesariamente jurisdiccional, puesto que su ejercicio también comprende, por excepción, actos administrativos.”⁴⁹

Para Borja y Borja:

“La función jurisdiccional consiste en la creación de normas individuales; pero no puede afirmarse de ella que consiste en producir las normas individuales, pues el género próximo de éstas abarca la especie de las normas jurisdiccionales y la de las normas individuales administrativas...si bien todas las normas jurisdiccionales son individuales, no todas las individuales son jurisdiccionales.”⁵⁰

Actualmente el fundamento constitucional de la garantía consagrada a favor de los gobernados para acercarse a los órganos encargados de la administración de justicia lo podemos encontrar, en el Artículo 17 de la Norma Fundamental, cuyo texto a la letra dispone:

“Artículo 17. *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.”

⁴⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, décimo segunda edición, México, Porrúa, 1999, p. 819.

⁵⁰ Borja y Borja, Ramiro, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Argentina, Ediciones Depalma, 1977, p. 377.

Elisur Arteaga Nava advierte que en el texto constitucional se contempla una función judicial con dos grandes manifestaciones, a saber: la federal y la local. En el ámbito federal, la Constitución ha depositado, en principio el ejercicio de la función judicial en un conjunto de tribunales a los que se ha servido denominar Poder Judicial de la Federación.⁵¹

Es universalmente aceptada la función jurisdiccional constitucional, concretada a través de los tribunales constitucionales, además de la ordinaria en la medida en que se progresó el principio de aseguramiento de la supremacía constitucional y de que el mejor método para ello era a través del órgano judicial.

La función jurisdiccional, materialmente hablando encuentra su fundamento jurídico en distintas disposiciones del texto constitucional, ya sea de forma directa o indirecta, tal es el caso de los Artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 94 a 107 de la norma fundamental.

V. Respeto del Estado de Derecho

Al Estado de Derecho se le relaciona con el “imperio de la ley” en la que el Estado se rige por reglas determinadas para evitar la arbitrariedad de sus gobernantes.

Para la permanencia de un verdadero Estado de Derecho, es necesaria la existencia de diversos elementos como son, según Elías Díaz⁵²:

1. El imperio de la ley,
2. La división de poderes,
3. Legalidad de la administración y
4. Derechos y libertades fundamentales.

⁵¹ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Op. Cit.*, p. 439.

⁵² Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª. Edición, España, Taurus, 1981, p. 31.

En relación al imperio de la ley, el autor citado enfatiza que la legislación debe ser un producto del órgano popular, ya que es la expresión de la voluntad general, trasladado a nuestro sistema jurídico, significa que las normas deben ser creadas por el Congreso de la Unión emitiendo normas de carácter general siempre subordinadas a la Constitución.

Por su parte, respecto a la división de poderes o separación de funciones de los órganos del Estado, se encuentra ligada a la anterior, ya que debe ser el órgano legislativo el único formalmente facultado para expedir leyes y ningún otro órgano del poder podrá emitirlos aunque se encuentren materialmente facultados para ello, ya que, la emisión de leyes advierte la expresión de la voluntad general, que sólo puede cumplir el legislativo. Así también en esa división de funciones, los dos órganos restantes deberán en consecuencia, únicamente aplicar las leyes, interpretarlas y dirimir controversias.

Respecto al principio de legalidad de la Administración, significa que el órgano de gobierno, sólo podrá actuar conforme a las atribuciones que las propias leyes le permitan, su actuación siempre estará reglada, sin permitir en su actuar arbitrariedades de ningún tipo. En resumen, debe haber una subordinación de los actos de autoridad al marco normativo de un Estado.

Finalmente, además de que considero el punto más importante para la existencia de un verdadero Estado de Derecho, se tiene la protección de los derechos fundamentales, mismos que en nuestro país se encuentran consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prerrogativas de los nacionales que tanto la autoridad como los demás integrantes del Estado se encuentran constreñidos a observar.

Ahora bien, el nexo que existe entre la permanencia del Estado de Derecho y los derechos fundamentales, se encuentra en que es el propio Estado quien garantiza el respeto a las garantías de los ciudadanos.

Los derechos fundamentales constituyen las garantías con que cuentan los integrantes de un Estado de Derecho de que los órganos del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) respeten la condición humana, son una limitación frente al abuso del poder y ante los propios gobernados.

Adicionalmente el Estado de Derecho únicamente puede desarrollarse y permanecer en sistemas liberales e individualistas y jamás en sistemas totalitarios y absolutistas.

Así, tenemos que la relación que existe entre lo que Montesquieu pugnaba y la defensa del Estado de Derecho es sumamente estrecha, ya que la verdadera división de las funciones de los órganos estatales y más aún los pesos y contrapesos del poder público únicamente pueden desarrollarse en los sistemas liberales.

En consecuencia, el respeto al Estado de Derecho, debe ser cumplido principalmente por los órganos del Estado (ejecutivo legislativo y judicial) pues es la propia maquinaria del Estado la que permite su permanencia.

En la presente tesis, se alude a este tema ya que, como se puede apreciar de las consideraciones teóricas anteriormente vertidas, quienes detentan el poder público, deben generar las condiciones necesarias para el respeto al Estado de Derecho.

Esto es así, pues no sólo quedan constreñidos a ceñir su actuación a lo permitido por las leyes, pues eso sería simplemente un Estado jurídico, sino que deben garantizar el respeto a las libertades y derechos de los gobernados para que pueda, entonces sí, hablarse de un verdadero Estado de Derecho.

Ahora bien, parte de la inquietud del análisis crítico de la creación de leyes en el sistema jurídico mexicano, surge de observar que el respeto al Estado de Derecho ha escapado a la creación de las normas emanadas del Congreso de la Unión.

Afirmo dicha circunstancia, ya que es de suma evidencia que el producto legislativo adolece de vicios de constitucionalidad lo que provoca que sea el mismo creador de las leyes el primero en dejar de ceñirse a lo estrictamente establecido en la ley, específicamente en la Carta Magna, vulnerando reiteradamente los derechos fundamentales de los gobernados no sólo por no avocarse a las leyes para la creación de normas, sino al emitir contenidos normativos inconstitucionales.

Por lo anterior, es necesario el pronunciamiento de constitucionalidad previo por parte de la Suprema Corte de Justicia, a efecto de que en esa división de funciones, garante del Estado de Derecho, cumpla con su objetivo a efecto de prevenir que las leyes emanadas del Congreso de la Unión vulneren los derechos fundamentales de que gozan los gobernados en pro del respeto al Estado de Derecho que debe prevalecer en nuestro sistema gubernativo.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PODER LEGISLATIVO Y SU FUNCIÓN LEGISLATIVA

SUMARIO:

I. La función legislativa desde el punto de vista formal y material. II. Características esenciales de la ley. III. Qué debemos entender por legislación. IV. Estudio sobre el procedimiento legislativo ordinario. V. El problema de la gestación de leyes inconstitucionales.

I. La función legislativa desde el punto de vista formal y material

En este capítulo, se hará un breve estudio de las funciones del órgano legislativo del Estado y de forma muy especial, al producto de la actividad formal de dicho órgano, es decir, la creación de leyes.

Si bien, la función legislativa no es la única que realizan los integrantes del Poder Legislativo, para efectos de este trabajo de investigación, la creación de leyes sí es la única que se desarrollará en esta tesis.

En el primer capítulo del presente trabajo, expuse de forma breve las teorías que surgen alrededor de la división del poder, así como las razones por las cuales se consideró necesario su equilibrio a través, principalmente, del funcionamiento de los tres órganos del Estado, creando con ello, el denominado control del poder por el poder mismo.

Ahora, abordaré la función principal del órgano legislativo del Estado, es decir, la creación de leyes.

Desde la concepción de la repartición de las funciones de los órganos del Estado, se consideró que una de las actividades, que debían ser exclusivas de alguno de los órganos que detentaran el poder público, era la función legislativa, pues para el buen funcionamiento del Estado, era necesario que se dictaran normas de carácter general que propiciaran la armónica convivencia entre los integrantes de la sociedad.

Dicha función, no podía recaer en un solo individuo, de tal manera que, se consideró, que la mejor opción sería que la misma sociedad dictara sus propias normas de convivencia, esto se logró a través de la representación ciudadana, que en los sistemas jurídicos ha dado origen al órgano legislativo, al que se le ha denominado de diversas maneras, tales como Parlamento, Congreso General, Asamblea Nacional, Dieta, entre otros.

Al respecto Fernando Ortiz Arana y Onosandro Trejo Cerda conciben a la función legislativa, relacionándola directamente con el órgano legislativo en sus funciones formales y materiales como se desprende de lo siguiente:

“Vale la pena aclarar que originalmente el concepto de “poder legislativo” obedece a un criterio funcional, en la medida que se aplica a una actividad de imperio del Estado que tiene como propósito crear leyes. Sin embargo, este tipo de poder debe asignársele a un órgano del Estado que sea quien desarrolle y elabore las leyes, el cual en nuestro país es el Congreso General o el Parlamento o la Asamblea Nacional en otras naciones, con lo que se llega finalmente a identificar tanto al poder legislativo en sí mismo como a la institución encargada de ejercerlo...”⁵³

De esta manera, la denominación *Poder legislativo* u órgano legislativo, se refiere a que éste órgano del Estado estará facultado y tendrá como encargo primordial, la producción de normas de carácter general, denominadas leyes.

La función formalmente legislativa se lleva a cabo por el órgano legislativo, en la que se *“evidencia la potestad y el imperio del Estado, al imponer patrones de actuación a la conducta externa humana a través de normas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas; en*

⁵³ Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosandro, *El procedimiento Legislativo Mexicano*, primera edición, México, Sista, 2005, pp.28 y 29.

*desempeño de dicha función, el Estado crea, modifica, adiciona, deroga y abroga la ley.*⁵⁴

Así, en el sistema jurídico mexicano, el artículo 50 de la Constitución Política, establece lo siguiente:

“Artículo 50. El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.”

De la lectura de ese dispositivo constitucional, se colige que el poder legislativo del Estado, se ha conferido al denominado Congreso de la Unión, mismo que, para su ejercicio, se conformará de dos cámaras, la de diputados y la de senadores, de ahí que, a dicho Congreso se le confiera la facultad legislativa.

En el mismo sentido, el artículo 70 de la Constitución General, en la parte que nos interesa, determina lo siguiente:

“Artículo 70. Toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto. Las leyes o decretos se comunicarán al Ejecutivo firmados por los presidentes de ambas Cámaras y por un secretario de cada una de ellas, y se promulgarán en esta forma: “El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta: (texto de la ley o decreto).”

Del contenido del artículo 70 de nuestra Constitución General, se advierte que los actos emitidos por el Congreso de la Unión, tendrán el carácter de ley o decreto, de lo que se concluye que la función primordial encomendada al órgano legislativo, es la creación de leyes.

Según Joseph Aguiló Regla⁵⁵, la función legislativa implica la existencia de diversos requisitos saber:

⁵⁴ Fernández Ruíz, Jorge, *Poder Legislativo*, Segunda edición, México, Porrúa-UNAM, 2004, p.307.

1. Que sea realizada por una autoridad investida de poder para emitir leyes, es decir de un órgano del Estado que tenga atribuidas dichas facultades en la Constitución;
2. Que exista una iniciativa de ley;
3. Que se lleve a cabo un procedimiento legislativo, y;
4. Que el producto de ese proceso se manifieste en una norma de carácter general que tendrá la denominación de ley.

En este sentido, se advierte que para que se pueda llevar a cabo la función legislativa, es necesario que, se faculte constitucionalmente a un órgano del Estado, que se le otorgue el poder de crear leyes; que se ponga en movimiento la maquinaria legislativa a través de una propuesta de ley por que cuentan con dicha facultad; que se lleve a cabo el proceso legislativo y que finalmente con todo ello, se produzca una ley, es precisamente esta, la función formal y materialmente encomendada al órgano legislativo del Estado.

Ahora bien, la función legislativa de este órgano del poder, no es única, ni exclusiva, pues en la práctica, los creadores de las leyes, también realizan funciones administrativas, jurisdiccionales, presupuestarias, de dirección política, entre otras tantas.⁵⁶

Estas atribuciones que no revisten el carácter de atribuciones formales, sino que pueden considerarse materialmente administrativas, jurisdiccionales o legislativas, se encuentran reguladas en la propia Constitución en el artículo 73, que a la letra establece:

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. Para admitir nuevos Estados a la Unión Federal;

II. Derogada.

⁵⁵ *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, España, Editorial Ariel, 2000, pp. 69 y 70.

⁵⁶ Martínez Hernández, Ifigenia, Coordinadora, Flores Velasco Guillermo, *El procedimiento Legislativo en, El Nuevo Poder del Congreso en México, Teoría y Práctica Parlamentaria*, Primera edición, México, Miguel Ángel Porrúa, 2001, pp. 197 y 198.

III. Para formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, siendo necesario al efecto:

[...]

IV. Derogada.

V. Para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación.

VI. Derogada;

VII. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto.

VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29. Asimismo, aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la ley de ingresos, que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de dicha deuda a cuyo efecto el Jefe del Distrito Federal le hará llegar el informe que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere realizado. El Jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al rendir la cuenta pública;

IX. Para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones.

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y

nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;

XI. *Para crear y suprimir empleos públicos de la Federación y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones.*

XII. *Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo.*

XIII. *Para dictar leyes según las cuales deben declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho marítimo de paz y guerra.*

XIV. *Para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber: Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea Nacionales, y para reglamentar su organización y servicio.*

XV. *Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la forman, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a los Estados la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.*

XVI. *Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.*

1a. *El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.*

2a. *En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.*

3a. *La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.*

4a. *Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación*

ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

XVII. *Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobre postas y correos, para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.*

XVIII. *Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas;*

XIX. *Para fijar las reglas a que debe sujetarse la ocupación y enajenación de terrenos baldíos y el precio de estos.*

XX. *Para expedir las leyes de organización del Cuerpo Diplomático y del Cuerpo Consular mexicano.*

XXI. *Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.*

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales;

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;

XXII. *Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación.*

XXIII. *Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.*

XXIV. *Para expedir la Ley que regule la organización de la entidad de fiscalización superior de la Federación y las demás que normen la gestión, control y evaluación de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales;*

XXV. Para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República. Los Títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República.

XXVI. Para conceder licencia al Presidente de la República y para constituirse en Colegio Electoral y designar al ciudadano que deba substituir al Presidente de la República, ya sea con el carácter de substituto, interino o provisional, en los términos de los artículos 84 y 85 de esta Constitución.

XXVII. Para aceptar la renuncia del cargo de Presidente de la República.

XXVIII. Para expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, a fin de garantizar su armonización a nivel nacional;

XXIX. Para establecer contribuciones:

1o. Sobre el comercio exterior;

2o. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27;

3o. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;

4o. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y

5o. Especiales sobre:

a) Energía eléctrica;

b) Producción y consumo de tabacos labrados;

c) Gasolina y otros productos derivados del petróleo;

d) Cerillos y fósforos;

e) Aguamiel y productos de su fermentación; y

f) Explotación forestal.

g) Producción y consumo de cerveza.

Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los Municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica.

XXIX-B. Para legislar sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himno Nacionales.

XXIX-C. Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

XXIX-D. Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional;

XXIX-E. Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios.

XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y

aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

XXIX-G. *Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.*

XXIX-H. *Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones;*

XXIX-I. *Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de protección civil, y*

XXIX-J. *Para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado, y*

XXIX-K. *Para expedir leyes en materia de turismo, estableciendo las bases generales de coordinación de las facultades concurrentes entre la Federación, Estados, Municipios y el Distrito Federal, así como la participación de los sectores social y privado.*

XXIX-L. *Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de pesca y acuicultura, así como la participación de los sectores social y privado, y*

XXIX-M. *Para expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes.*

XXIX-N. *Para expedir leyes en materia de constitución, organización, funcionamiento y extinción de las sociedades cooperativas. Estas leyes establecerán las bases para la concurrencia en materia de fomento y desarrollo sustentable de la actividad cooperativa de la Federación, Estados y Municipios, así como del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias.*

XXX. *Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.”*

Del contenido del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que el órgano legislativo del Estado, no sólo tiene encomendada la función legislativa, pues además, realiza actos cuya naturaleza reviste el carácter de actos materialmente administrativos y jurisdiccionales.

Entre las funciones administrativas, según el artículo 73 de la Carta Magna, se encuentran la admisión y formación de nuevos estados, cambiar la residencia de los poderes federales, la concesión de licencias y la admisión de la renuncia del Presidente de la República y además las funciones administrativas que competen a cada Cámara del Congreso que se encuentran establecidas en el artículo 74 para la Cámara de Diputados y el diverso 76 para la Cámara de Senadores.

Por otro lado, las funciones materialmente jurisdiccionales del Congreso de la Unión, están las de conocer las acusaciones que se hagan a los funcionarios públicos por delitos oficiales, denominado comúnmente *juicio político*.

Relacionado con lo anterior, es muy importante recordar, que el órgano legislativo, tiene además facultades de representación y de control, esta última, es considerada, en la actualidad, como la función más importante en los parlamentos modernos, pues es la que refleja el verdadero contrapeso entre los órganos del poder, principalmente frente al órgano ejecutivo.⁵⁷

En este estudio y de forma especial en el sistema jurídico mexicano, las funciones legislativas del Congreso de la Unión, no se limitan de forma estricta, pues el legislativo, además de crear normas, puede llevar a cabo funciones administrativas y jurisdiccionales. En ese mismo sentido, el órgano ejecutivo, podrá expedir normas de carácter general y llevar a cabo funciones jurisdiccionales. Así también, el órgano judicial, podrá expedir sus normas de funcionamiento y administrarse de forma interna, sin que esas funciones materialmente legislativas impliquen una invasión de competencias entre los órganos del Estado.

Es importante señalar, que la facultad formal del órgano legislativo es la creación de leyes, una de las facultades materiales del ejecutivo es la expedición de Reglamentos, conforme a lo establecido en el artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en consecuencia, una de las facultades materiales del órgano judicial es la emisión de las normas bajo las cuales se regirá internamente, reiterando que estos actos considerados como legislativos no implican la invasión de funciones entre los órganos del poder, a lo que el jurista Gabino Fraga ha denominado *“temperamentos y excepciones del principio de separación de poderes en la legislación constitucional de México”*.

Ahora, regresando a la función formalmente legislativa, que es la que nos interesa para efectos de esta investigación, es la que corresponde únicamente al órgano legislativo, pues posee la actividad de imperio del Estado que le faculta a emitir reglas de carácter general denominadas leyes.

⁵⁷Ibidem, p. 197.

Los actos materialmente legislativos, que sean emitidos por alguno de los otros dos órganos del Estado no podrán ser denominados leyes, aunque sean normas de carácter general, pues como se ha venido mencionando, el producto legislativo únicamente puede nacer del órgano constitucionalmente facultado para expedirlo, es decir, del Congreso de la Unión.

De esta manera, se concluye que la función materialmente legislativa será la actividad que produzca normas jurídicas, generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, que provengan del órgano ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria concedida en el artículo 89, fracción I de la Constitución General, o bien las que sean emanadas del órgano judicial, conforme a las atribuciones otorgadas en el artículo 81, fracción II de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, en las que se regulen de forma interna las actuaciones de este órgano del poder.⁵⁸

Por ello, para culminar con este capítulo y cumplir con su cometido, defino la función legislativa formal como la actividad constitucionalmente encargada al órgano legislativo del Estado, para emitir normas jurídicas primordialmente, que revisten la característica de ser generales, abstractas, impersonales y obligatorias, que tienen la denominación de leyes, aunque también sean formalmente legislativas en las que desarrolla materialmente el Legislativo funciones administrativas o jurisdiccionales..

Ahora, la actividad legislativa material, la concibo como la actividad constitucionalmente permitida a los órganos ejecutivo y judicial, para emitir reglas de carácter general, que tendrán cualquiera otra denominación, excepto leyes (tratados, reglamentos, Acuerdos Generales, etcétera).

De todo lo anterior, advierto que no se divide el poder, sino las funciones que estos realizan, tomando en consideración que esa división tampoco es estricta y tajante, de tal manera que la realización de actos

⁵⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *Op. Cit.*, pp. 307 y 308.

materialmente ejecutivos, legislativos o jurisdiccionales, no implica la invasión de las competencias de los órganos que detentan el poder público.

Ahora bien me he de referir a dos situaciones constitucionales que podrían llevarnos a conclusiones diversas:

Primero; A los tratados internacionales la Constitución les denomina en el artículo 133 primera parte, "ley suprema de la Unión"; en atención a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano, inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local, como se advierte de la tesis P LXXVII/99, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, noviembre de 1999, página 46 en la que estableció:

“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 en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que 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,

esta 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 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 JERARQUÍA 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.”

(Lo resaltado es propio)

Esta interpretación deriva del artículo 133 constitucional, que dispone:

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

De la transcripción anterior, se desprende que constitucionalmente se reconoce en los tratados la única fuente del derecho internacional y como consecuencia de lo anterior, el Constituyente mexicano establece la incorporación de las normas contenidas en los tratados dentro del sistema jurídico y los hace vigentes. De esta manera, los tratados internacionales forman parte de la legislación mexicana.

No obstante ello y como se lo he venido estudiando a lo largo de este capítulo, la creación de leyes compete al órgano legislativo, que se deposita en el Congreso de la Unión. Sin embargo, considero importante destacar que los tratados internacionales son celebrados únicamente por el Presidente de la República y ratificados por el Senado.

De esta manera, los tratados internacionales, considerados leyes en nuestro sistema jurídico, son creados por un órgano del poder, representado por el Presidente de la República, con una somera ratificación por parte del Senado de la República.

Segundo: La Constitución prohíbe de manera determinante que dos poderes se reúnan en una sola persona o depositar el legislativo en un solo individuo, pero establece dos salvedades:

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

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

(Lo resaltado es propio)

De lo anterior se desprende que el Ejecutivo puede legislar (crear leyes), en dos situaciones:

1.- En el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (suspensión de garantías) dictando reglas para superar la situación de emergencia; y

2.- En materia de regulación del comercio exterior mexicano (facultades arancelarias) con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución Federal.

A lo anterior, se le han denominado “facultades legislativas del Presidente de la República”.

En relación a la primera, consistente en suspensión de garantías individuales, el artículo 29 de la Constitución General establece con toda claridad las condiciones que se deben cumplir y son:

- a) Que sólo puede ejercerse por el Presidente de la República y no podrá delegarla a algún otro órgano del Estado.
- b) Deberá contar con acuerdo de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República.
- c) También, deberá respaldarse de la autorización del Congreso o en su caso, de la Comisión Permanente.
- d) Sólo podrá ejercerla en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública u otra que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.
- e) Únicamente deberán suspenderse las garantías que signifiquen un obstáculo para hacer frente a la situación de emergencia.
- f) La suspensión de garantías deberá hacerse de manera general, nunca a dirigida a un individuo en particular.

Bajo tales consideraciones, el Congreso de la Unión jamás podrá otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República en época de paz, de ahí que deban reunirse todas las circunstancias anotadas para que el ejecutivo pueda ejercer la facultad extraordinaria a que refiere el artículo 29 constitucional.

Por otro lado, las facultades arancelarias a que refiere el artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tienen como finalidad preponderante la regulación de la economía nacional y estabilización económica del país, prohibiendo las importaciones, exportaciones o tránsito de productos cuando lo estime urgente, estableciendo normas relativas a regulaciones o restricciones no arancelarias a la importación o exportación, pero siempre en atención al beneficio del país.

Ahora bien, como ya lo mencioné en líneas precedentes, el artículo 49 de la Constitución Federal, establece el principio de la división del poder y en su segundo párrafo la prohibición expresa para que el legislativo se deposite en un solo individuo, salvo las excepciones reguladas en los artículos 29 y 131 del propio ordenamiento constitucional.

Por tanto, vuelvo a concluir que la división del poder no puede ser tajante y que en se está ante una distribución de funciones, esto es así, pues para una correcta dirección del Estado, no se pueden limitar las actividades que realiza cada órgano, pues como se ve, el ejecutivo como administrador del gobierno, ante una situación emergente, se encuentra no sólo facultado, sino obligado a dictar las medidas necesarias para el buen orden del país y la protección de los gobernados.

También, considero que existe una justificación de peso para otorgar facultades extraordinarias para emitir normas de carácter general en relación al comercio exterior, de manera específica en materia aduanera, pues como rector de la economía nacional, también se encuentra obligado a dictar, emitir normas y tomar decisiones que mejor convengan a la economía nacional, generalmente esta facultad la ejerce a través de Decretos presidenciales por los que establece reglas específicas a la importación de diversas mercancías a territorio nacional.

Todo lo anterior, sin que se rompa con el equilibrio del poder, ya que existe un contrapeso, como es, que en el caso de las medidas en estado de emergencia, debe contar con la autorización del órgano legislativo.

II. Características esenciales de la ley

Antes de establecer cuáles son las características esenciales de la ley, considero pertinente determinar qué es una ley y para ello, es necesario ir de lo general a lo particular, por tanto, determinar en primera instancia qué es una norma jurídica.

La vida en sociedad y la permanencia del Estado de Derecho, necesitan de la existencia de normas que regulen la conducta de los individuos que integran un pueblo, de tal forma que conduzcan su actuar permitiendo, prohibiendo y sancionando la infracción a las reglas de comportamiento establecidas por los gobernantes.

De esta manera, surge la necesidad de establecer una serie de regulaciones que conduzcan y permitan la convivencia social armónica y a dichas reglas se les ha dado la denominación de *normas*.

Existen diversas clases de normas, pero para efectos de esta tesis, únicamente se explicarán las normas jurídicas, para ello me auxiliaré de las diversas definiciones que al respecto han brindado diversos tratadistas.

La norma jurídica es “...una prescripción de una conducta o de un comportamiento obligatorio con carácter imperativo, de tal manera que su incumplimiento acarrea una consecuencia jurídica negativa que es la sanción.”⁵⁹

Jesús Quintana y Franco Carreño entienden la norma jurídica “...como la regla que se debe seguir o a la cual se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, designándoseles también como precepto jurídico.”⁶⁰

De las definiciones anteriores, se concluye que las normas jurídicas son reglas que existen en el mundo del Derecho, creadas por los órganos del Estado investidos de poder público para conducir la conducta de los individuos que conforman un Estado, en su calidad de gobernantes o gobernados.

Las normas jurídicas cumplen diversas funciones:

*“...las reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Desde una perspectiva estructural, las reglas que confieren poderes, ligan la producción de un resultado institucional (y en su caso, según nuestra terminología, la asignación de un **nomen iuris**) a la existencia de un determinado estado de cosas conjuntamente con la realización por parte de un sujeto de una o varias acciones orientadas a la*

⁵⁹ Cfr. López Olvera, Miguel Alejandro, *Técnica Legislativa*, primera edición, México, McGraw-Hill, 2002, p.48.

⁶⁰ Cfr. Quintana Valtierra, Jesús y Carreño García, Franco, *Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa en México, principios generales*, primera edición, México, Porrúa, 2006, p. 215.

*producción de dicho resultado. Otra forma de decir lo mismo es que son las reglas que establecen qué hay que hacer –qué acciones hay que realizar- para producir intencionalmente resultados institucionales o cambios normativos.”*⁶¹

Es decir, las normas jurídicas cumplen esencialmente dos funciones:

1. Determinar las conductas de los individuos, y
2. Crear instituciones jurídicas que servirán para conducir a un Estado.

Ahora bien, se suele tratar a la norma jurídica y a la ley como sinónimos, sin embargo, este tratamiento es equivocado, pues las normas jurídicas implican un universo muy amplio de normas de conducta, mientras que la ley recibe dicha denominación por provenir de la función legislativa⁶², esto es, la ley es un producto legislativo que constituye una especie de norma jurídica.

En ese mismo sentido se pronunció Luis Raigosa Sotelo al afirmar que *“...la ley es un modelo paradigmático de norma general, pero que de ninguna manera agota la totalidad de normas generales...”*⁶³

Para que exista una ley en sentido formal y material, es necesario que ésta sea emitida por el órgano al que se le ha encomendado la función legislativa, es decir, debe ser un acto emitido por el Congreso de la Unión.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la ley es el precepto dictado por la autoridad, en que manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para bien de los gobernados.

La ley es definida como *“una norma de Derecho emanada del Estado, de forma escrita y con un procedimiento solemne.”*⁶⁴

⁶¹ Cfr. Joseph Aguiló Regla, *Op. Cit.*, p. 59.

⁶² Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosandro, *Op. Cit.*, p. 31

⁶³ Raigosa Sotelo, Luis, *Las funciones legislativas y no legislativas del Senado*, primera Edición, México, ITAM, 2003, p 57.

Para Rafael Martínez Morales, la *ley* es un “ordenamiento jurídico de carácter general, abstracto, obligatorio e impersonal, que contiene una sanción directa o indirecta en caso de inobservancia.”⁶⁵

Se citan las fuentes anteriores, pues en la búsqueda de la definición de ley, tanto los diccionarios generales, como algunos de los especializados, confunden la norma jurídica con la ley, la tratan como sinónimos. Sin embargo, no son lo mismo, pues la ley debe constar de dos elementos sin los cuales, no puede denominársele como tal y estos son:

- a) Que sea un ordenamiento jurídico con características de generalidad, abstracción, obligatoriedad e impersonalidad; y
- b) Que haya sido emitida por el órgano legislativo.

Esto es así, pues existen ordenamientos jurídicos generales, abstractos, impersonales y obligatorios que son emitidos por el órgano ejecutivo, tales como los Reglamentos, que no pueden considerarse ley.

En este mismo sentido, se advierte que el vocablo “ley” es indistintamente utilizado en el lenguaje jurídico como sinónimo de derecho, sin considerar que no es así, pues la ley, efectivamente es una fuente del derecho, pero no es la única.

Por ello, se hace propia la definición de ley que brindan Jesús Quintana Valtierra y Franco Carreño García al citar a Susana Thalía Pedroza De la Llave y el complemento que vierten, que es como sigue:

“Ahora bien, el término ley proviene del latín lex, legis, que significa el precepto o disposiciones dictadas por la suprema autoridad que versan sobre materias de interés común, a través

⁶⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*, España, Espasa Calpe, 2001, p. 900.

⁶⁵ Martínez Morales, Rafael I., *Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho Administrativo*, segunda edición, México, Oxford University Press, 2000, p. 158.

de los cuales se manda o se prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.

Recordemos que la ley o decreto positivo tiene como características el ser: a) general; b) abstracta; c) imperativa u obligatoria; y d) dictada por el Congreso de la Unión, no siendo aceptable como excusa para su cumplimiento, el alegar su desconocimiento, el desuso, la costumbre o la práctica en contrario.⁶⁶

De las definiciones brindadas, se obtienen las características de la ley, que son:

1. Generales,
2. Abstractas, y
3. Obligatorias.

1. Generales

La generalidad de las leyes, debe entenderse como la característica que revisten las normas jurídicas emanadas del Congreso de la Unión, en las que se regulan un número indefinido de actos y hechos que encuadran en la hipótesis jurídica, es decir, no se regulan casos concretos.

Las leyes regulan actos y hechos jurídicos, de tal suerte que para ser generales, deben incluir en su base normativa toda la gama de actos y hechos similares en la que pueda encuadrar cualquier caso concreto.

En nuestro sistema jurídico, se encuentra plenamente reconocida la característica de generalidad de las leyes, tal como lo establece el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que determina:

⁶⁶ Cfr. Quintana Valtierra, Jesús y Carreño García, Franco, *Op. Cit.*, p. 239.

“Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

Del artículo transcrito, se advierte que existe prohibición de emitir y en consecuencia juzgar a cualquier individuo por leyes privativas, de lo que se advierte que la generalidad de las leyes, también implica el respeto a la garantía de igualdad de los mexicanos.

2. Abstractas

Las leyes generales, además, deben ser abstractas, es decir, que no regulan casos únicos o singulares, sino que, en ella se deben encuadrar diversos supuestos que hagan aplicable su disposición a todos los casos del género en ella determinados.

Que la ley sea abstracta implica que las hipótesis normativas que en ella se prevén no son únicas ni concretas a un caso o conducta singular, sino que encuadran en ella infinidad de actos susceptibles de ser actualizados cuando dichas conductas se presenten en el mundo fáctico.

3. Obligatorias

Para que las leyes puedan ser eficaces y lleven a cabo el fin para el cual fueron creadas, deben revestir el carácter de obligatorias, es decir, que la norma debe ser cumplida por los sujetos a los que va dirigida aún en contra de su voluntad,

la obligatoriedad de las leyes, se encuentra íntimamente relacionado al concepto de coercibilidad.

La coercibilidad, no es más que la facultad de imperio del Estado, para que a través, incluso del uso de la fuerza, haga cumplir los mandatos normativos que regulan la conducta de los individuos que conforman la sociedad y el Estado.

De ahí que, la violación o inobservancia de la ley, trae aparejada una sanción por parte de los órganos del Estado.

III. Qué debemos entender por legislación

Una vez que se ha determinado qué es la facultad legislativa en su carácter formal y material, qué son las normas jurídicas y finalmente qué es una ley y sus características, considero pertinente precisar, qué es lo que se debe entender por *legislación*.

Esto, pues en nuestro sistema jurídico, como en muchos otros, el sistema legal, se compone no sólo del producto legislativo, sino que además, existen diversas normas de carácter general que surten efectos frente a la sociedad que no son emitidas por el órgano legislativo y que modifican la conducta de la sociedad o bien, imponen determinadas obligaciones a quienes van dirigidas.

De esta manera y desde mi particular punto de vista, la legislación se compone de todos los ordenamientos jurídicos de carácter general, abstracto y obligatorio, que regulan las conductas de los sujetos a quienes se dirigen.

Si bien lo apunté en líneas anteriores, la ley es sólo aquella que emana del acto formal y materialmente legislativo, la legislación o conjunto de normas jurídicas que componen el sistema legal de un país, abarca también a las

disposiciones que de una u otra manera inciden en la esfera jurídica de los individuos para regularlos, imponerles obligaciones o concederles derechos.

De esta manera y para efectos de esta tesis, enlisto de forma general, los ordenamientos jurídicos de mayor trascendencia y relevancia en nuestro sistema jurídico a los que les voy a dar el trato de legislación en este trabajo de investigación y sobre los cuales recaerá el control constitucional de carácter preventivo.

- Tratados Internacionales
- Leyes Federales
- Reglamentos Federales
- Constituciones Locales
- Leyes Locales
- Reglamentos locales

Como se advierte, cito las leyes de mayor jerarquía. En el caso particular de la Constitución Federal, no se incluye para el control preventivo, ya que en nuestro sistema jurídico la Carta Magna es rígida, por lo que su procedimiento de creación o reforma es solemne y sólo compete al legislativo en carácter de poder constituyente además de establecer los principios básicos que han de regir al Estado, sin que pueda someterse, su creación o reformas a la potestad de algún órgano diverso, como en el caso sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por lo que si bien, la Constitución es el ordenamiento de mayor jerarquía normativa en nuestro sistema jurídico, debido a ello, no puede ser objeto de control constitucional por parte del órgano judicial.

IV. Estudio sobre el procedimiento legislativo ordinario

Hablar del procedimiento legislativo ordinario, es tocar la función legislativa en su máxima expresión. Sin embargo, existen diversidad de opiniones entre los tratadistas del derecho respecto a si debe denominársele proceso o procedimiento legislativo, para efectos de este trabajo de investigación, dejaré de lado la discusión de los doctrinarios respecto a dicho tópico, pues a ningún fin práctico conduciría, pues no es el tema central de esta tesis.

El diccionario de Derecho Constitucional define al procedimiento legislativo en su primera acepción como:

“Llámase también proceso legislativo (nosotros preferimos reservar la expresión proceso para la actividad propiamente jurisdiccional) o proceso de formación de ley. Entiéndese por tal la serie ordenada de actos que deben realizar los órganos del gobierno facultados para ello, a fin de elaborar, aprobar y expedir una ley o decreto.”⁶⁷

También es concebido como el *“conjunto de trámites necesarios para la aprobación de una ley.”⁶⁸*

Fernando Ortiz Arana lo define como *“aquel que consta de una serie de actos jurídicamente concatenados que lleva a cabo el Organo (sic) Legislativo para la creación de la ley.”⁶⁹*

De las transcripciones realizadas, se advierte que el procedimiento legislativo es la serie de pasos que deben realizar los órganos del Estado, legítimamente facultados para ello, cuyo producto será la emisión de una ley jurídicamente válida.

⁶⁷ Carbonell, Miguel, Coord. *Diccionario de Derecho Constitucional*, primera edición, México, Porrúa y UNAM, 2002, p. 494.

⁶⁸ *Diccionario Jurídico Espasa*, p. 1175

⁶⁹ Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosandro, *Op. Cit.*, p. 52.

Salta a mi interés, un apuntamiento importante del escritor Miguel Alejandro López Olvera respecto al procedimiento legislativo, pues destaca que éste se origina con la iniciativa y culmina con la aprobación de la Cámara revisora, pues en los demás actos, como son promulgación y publicación, ya no interviene el órgano legislativo, por lo que dichos pasos ya no pueden considerarse dentro del procedimiento.⁷⁰

De esta manera, se advierte que existe una ley en sentido material, una vez que la Cámara revisora aprueba el proyecto presentado y la envía al Ejecutivo para su promulgación, sin embargo, no se puede dejar de lado que, aunque una vez aprobado un proyecto ya es ley, necesita de la promulgación del Ejecutivo y su consecuente publicación para ser jurídicamente válida y poder surtir efectos legales.

A) Iniciativa

La iniciativa es el primer paso del procedimiento legislativo, es el acto que pone en marcha la maquinaria legislativa para la creación de normas de carácter general denominadas leyes.

Por mandato constitucional, la iniciativa es considerada una facultad para determinados órganos del Estado, pues como lo dispone el artículo 71 de la Constitución federal, quienes detentan este derecho y obligación⁷¹ son:

1. El Presidente de la República;
2. Los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión; y
3. Las Legislaturas de los Estados.

En esta parte, es importante agregar, que también se encuentra facultada la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, según lo dispone el artículo 122, base primera, fracción V, inciso ñ) de la Constitución Política de

⁷⁰ López Olvera, Miguel Alejandro, *Op. Cit.*, p. 21.

⁷¹ Ídem, p. 21.

los Estados Unidos Mexicanos para presentar iniciativa de ley ante el Congreso de la Unión únicamente en materias relativas al Distrito Federal.

Por exclusión, se advierte que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni los particulares gozan de esta facultad.

Por regla general, la iniciativa de ley se puede presentar en cualquiera de las Cámaras y, excepcionalmente, se deberá presentar primero en la Cámara de Diputados aquella iniciativa de ley que verse sobre las materias expresamente consignadas en la Carta Magna a saber:

“Artículo 72. [...]

H. La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.”

(Lo resaltado es propio)

De conformidad con el artículo 72 de la Constitución en el inciso H, se determina que la iniciativa de ley puede presentarse en cualquiera de las Cámaras, sin embargo, existen materias reservadas exclusivamente a la Cámara de Diputados en la que ésta deberá fungir necesariamente como Cámara de origen.

La iniciativa *“es la propuesta por medio de la cual se hace llegar al órgano u órganos depositarios del poder legislativo del Estado, un proyecto de ley que puede ser nueva en su totalidad o ya existente, pero que por circunstancias supervenientes necesita ser reformada o modificada por adición,*

*corrección o supresión de algunas de sus normas o proyecto de decreto, presentado por sujetos facultados por ley.*⁷²

En resumen, la iniciativa es el documento que presentado por sujetos constitucionalmente facultados, que contiene una propuesta o proyecto de ley o reforma, que se hace llegar al órgano legislativo a través de cualquiera de sus cámaras.

La iniciativa, como documento, consta de tres elementos, como son, la exposición de motivos, el texto de la ley y los artículos transitorios.

La exposición de motivos, es la primera parte del proyecto de ley, en ella se expresan las razones y justificaciones por las cuales se considera pertinente crear una regulación, modificar o eliminar una ya existente.

Se afirma que en esta parte de la iniciativa, quienes tienen la facultad de iniciar leyes, exponen los argumentos y razones con los que trata de convencer al órgano legislativo para que acepte la modificación, eliminación o establecimiento de una ley.⁷³

Considero que la exposición de motivos no sólo puede quedarse únicamente como justificación de las razones, motivos o circunstancias que dan origen a una modificación, eliminación o creación de leyes, sino que además, como todo acto de autoridad, debe existir una motivación de los actos que emanan de quienes detentan el poder público, de esta manera, la exposición de motivos debe hacerse un requisito indispensable para la creación, modificación o anulación de leyes.

Hago patente dicha circunstancia, pues no es obligatorio, para quienes presentan una iniciativa, que ésta incluya una exposición de motivos, aunque de forma implícita, no suficientemente clara, se advierte esa situación del

⁷² Martínez Hernández, Ifigenia, Coordinadora, Flores Velasco Guillermo, *Op. Cit.* p. 199.

⁷³ Quintana Valtierra, Jesús y Carreño García, Franco, *Op. Cit.* p. 241.

contenido del artículo 87 del Reglamento para El Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dispone:

“Artículo 87.- Toda Comisión deberá presentar dictamen en los negocios de su competencia, dentro de los cinco días siguientes al de la fecha en que los haya recibido. Todo dictamen deberá contener una parte expositiva de las razones en que se funde y concluir con proposiciones claras y sencillas que puedan sujetarse a votación.”

(Lo resaltado es propio)

De la transcripción realizada, se advierte que las comisiones de la Cámara de inicio son las obligadas a presentar una parte expositiva de las razones en las que se funda para emitir sus conclusiones, pero no existe disposición legal, alguna en la que este mismo requisito deba cumplirse por quienes presentan la iniciativa.

La exposición de motivos, por tanto, ha sido más una práctica parlamentaria que un requisito que deba cumplir el texto que contenga el proyecto de ley o decreto.

En ese mismo documento y seguido a la exposición de motivos, se debe establecer el texto de la ley a reformar o crear, tal cual se desea que sea aprobada por los legisladores y al final de éste, los artículos transitorios en los que se deberá establecer la fecha en la que cobrará vigencia la ley y demás disposiciones que la podrán hacer aplicable una vez que haya sido publicada.

Por otra parte, la iniciativa como fase del procedimiento legislativo tiene dos momentos que son:

1. Turno; y
2. Dictamen

1. Turno

Como su propio nombre lo indica, el turno se refiere a la remisión del documento al órgano competente para su análisis y este tiene su fundamento en el artículo 71 de la Constitución general, que en la parte que nos interesa dispone:

“Artículo 71. [...]

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.”

(Lo resaltado es propio)

En este caso, el Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de inicio, podrá remitir el asunto a la comisión o comisiones, que por su materia, sean competentes para analizar el proyecto de ley.⁷⁴

2. Dictamen

Una vez turnado el asunto a la comisión o comisiones, éstas, estarán obligadas a analizar el proyecto de ley y emitir un dictamen.

El dictamen legislativo es considerado como:

“...una resolución acordada por la mayoría de los integrantes de alguna comisión de una Cámara del Congreso de la Unión o de la Comisión permanente, fundada y motivada, con respecto de (sic) una iniciativa, asunto o petición sometida a su

⁷⁴ Ibidem, p. 206.

*consideración por acuerdo de la Asamblea, debiendo contener proemio, antecedentes, considerandos, puntos resolutivos y mayoría de firmas.*⁷⁵

De la definición anterior se advierte que el dictamen es una resolución que recae a la iniciativa de ley, emitida por el voto mayoritario de los miembros de la comisión o comisiones a las que fue turnada para su estudio.

Dictamen aprobado por la comisión, estará sujeto a la discusión y aprobación del Pleno de la Cámara de inicio.

Según lo dispone el artículo 87 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, la comisión o comisiones a las que les fue turnada la iniciativa, deberán emitir el dictamen en un plazo de 5 días hábiles posteriores a su recepción. Sin embargo, el pleno de la Cámara, podrá autorizar una prórroga para la emisión del dictamen, siempre que existan razones justificadas para ello.

La comisión, al emitir su dictamen, puede desechar la iniciativa a través de un dictamen negativo, aprobarlo en su integridad, o bien realizar modificaciones al proyecto de ley, y todas esas posturas, deberán estar debidamente fundadas y motivadas.

En este acto, también se puede emitir un voto particular, mismo que deberá quedar plasmado en el dictamen y que será leído ante el Pleno de la Cámara.

B) Discusión

Es la segunda fase del procedimiento legislativo, pues una vez que la comisión o comisiones han analizado la propuesta de ley y han emitido su dictamen, someten dicha resolución a la discusión del Pleno de la Cámara de origen. A

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*.

dicho dictamen se le considera una *proposición legislativa*⁷⁶ pues ya ha sido analizada de forma técnica y especializada por los integrantes de las comisiones a las que fue turnada.

Este es considerado el momento en el que se abre el debate parlamentario.

Para poder discutir el dictamen, este debe someterse a dos lecturas, siempre ante el Pleno de la Cámara, la primera lectura tiene como propósito principal, que todos los miembros del pleno, tengan conocimiento del proyecto de ley que se va a someter a su consideración.

Generalmente, existe una dispensa de la primera lectura, acordada por votación económica de los miembros del pleno, pues el proyecto se distribuye por escrito a todos los legisladores para su conocimiento.⁷⁷

Una vez que los legisladores conocen el contenido del proyecto de ley y ha terminado la segunda lectura, proceden a su intervención, que se efectuará en el desarrollo de la sesión una vez que han sido incluidos en la lista que forma el Presidente de la Mesa Directiva.

Se discute el proyecto de ley primero en lo general y posteriormente en lo particular, los legisladores que solicitaron intervención, podrán exponer sus posturas a favor o en contra del proyecto.

C) Aprobación

Realizadas las manifestaciones por los legisladores, se procede a la primera votación, que se refiere a resolver si el asunto se encuentra totalmente discutido.

⁷⁶ López Olvera, Miguel Alejandro, *Op. Cit.*, p. 24.

⁷⁷ Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosandro, *Op. Cit.*, p. 168.

D) Sanción

Como se afirmó en líneas precedentes, el proceso o procedimiento legislativo en sí, comprende las etapas en las cuales interviene el órgano legislativo del Estado para dar vida material a una norma de carácter general denominada ley.

En este sentido, la iniciativa, discusión y aprobación son las etapas en las cuales interviene el Congreso de la Unión para crear una norma de carácter general y en consecuencia, constituyen el verdadero procedimiento legislativo. De ahí que, una vez que la Cámara revisora ha emitido su voto aprobatorio, ha elaborado y expedido una ley en sentido material. Sin embargo, es necesario que dicha ley tenga plena validez para que pueda ser cumplida por aquéllos a quienes se dirige.

Una de las etapas que se han incluido en el procedimiento legislativo, aunque ya no forman parte de él, es la que nos ocupa en este punto, por lo que corresponde tratar a la denominada *sanción o veto presidencial*.

La sanción, es la facultad del Presidente de la República para aprobar las leyes expedidas por el Congreso de la Unión⁷⁸, esto es, una vez que el Congreso de la Unión ha discutido y aprobado un proyecto de ley, envía la nueva disposición al Ejecutivo Federal para su aprobación, como lo establece el artículo 72 constitucional, que en su parte conducente señala:

“Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 186.

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

[...]”

(Lo resaltado es propio)

De la disposición constitucional transcrita, se advierte que una vez que el Congreso de la Unión ha aprobado la ley, se remite al Ejecutivo para su aprobación y si no existen observaciones (veto) a la disposición, deberá publicarse inmediatamente.

Por otro lado, también se dispone que habrá una aprobación tácita, cuando el Ejecutivo Federal, no devuelva la ley a la Cámara de origen, en un plazo de diez días hábiles y de la misma manera, transcurrido el mismo, la ley deberá publicarse de inmediato.

Sin embargo, también se faculta al titular del órgano Ejecutivo para desaprobar la ley que expide el Congreso de la Unión, y a este acto se le ha denominado “*Derecho de Veto*”.

A este se le ha definido como “*el derecho que ejerce el titular del Poder Ejecutivo para formular observaciones y propuestas de modificación a la Ley y por lo tanto su devolución al Órgano Legislativo...*”⁷⁹

⁷⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 192.

Siguiendo con el artículo 72 de la Constitución general, en el inciso C, se establece:

“Artículo 72. [...]

C. El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por esta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

[...]”

De la disposición transcrita, se concluye que el Presidente de la República, puede desechar la ley de forma total o parcial, en estos casos, las observaciones realizadas, deberán ser analizadas y discutidas de nueva cuenta por la Cámara de origen. Si ésta confirma la ley por las dos terceras partes de sus miembros, se envía a la Cámara revisora, misma que, si lo aprueba, lo remitirá de nuevo al Ejecutivo únicamente para su promulgación, esto es, el Presidente, ya no puede volver a hacer observaciones a la ley, de ahí que, el veto presidencial sea limitado.

La facultad de veto, es un sistema de pesos y contrapesos del poder,⁸⁰ en el que se pretende asociar al ejecutivo con el legislativo cuyas finalidades principales, según Jesús Quintana Valtierra y Franco Carreño García,⁸¹ son:

1. Evitar la precipitación en el proceso legislativo, tratándose de impedir la aprobación de leyes inconvenientes o que tengan vicios constitucionales.
2. Capacitar al ejecutivo para que se defienda “*contra la invasión y la imposición del legislativo*”.

⁸⁰ Quintana Valtierra, Jesús y Carreño García, Franco, *Op. Cit.*, p.289.

⁸¹ Ídem.

3. Aprovechar la experiencia y la responsabilidad del Poder Ejecutivo en el procedimiento legislativo.

De esta manera, la facultad de veto, se concibe como un contrapeso del poder, en el cual, el órgano ejecutivo puede desaprobado en todo o en parte una ley aprobada por el Congreso, a la cual, puede hacer observaciones y proponer modificaciones. Sin embargo, dicha facultad es limitada y puede ser superada por el órgano legislativo con la votación de las dos terceras partes de los votos de sus miembros.

E) Promulgación

Es el segundo acto, que no realiza el órgano legislativo del Estado, pero que es necesario para la validez de la ley.

La promulgación es acto seguido e íntimamente ligado al de la sanción o aprobación de la ley por parte del Presidente de la República.

Una vez que el titular del órgano ejecutivo, aprueba de forma expresa o tácita la ley que le envía el Congreso de la Unión, debe promulgarla.

La promulgación es el *“decreto a través del cual el Jefe de Estado certifica la autenticidad de la ley, de forma tal que nadie pueda negar u objetar su existencia ni legalidad con que se formó, con lo cual sanciona con su autoridad el nuevo ordenamiento jurídico, dándole fuerza para que se cumpla por la autoridad y los individuos, al mismo tiempo que dispone su publicación.”*⁸²

También se conceptualiza como *“el acto en virtud del cual el Jefe de Estado notifica solemnemente a los gobernados la existencia de la ley y ordena que se ejecute.”*⁸³

⁸² Cfr., *Ibidem*, pp. 291 y 192.

⁸³ Cfr., López Olvera, Miguel Alejandro, *Op. Cit.*, p. 34.

Como se desprende de las definiciones dadas por algunos doctrinarios, entre ellos existen discrepancias de gran relevancia, de tal manera que, para efectos de este trabajo de investigación, se concibe a la promulgación como el acto a través del cual, el Presidente de la República, una vez que aprueba la ley enviada por el Congreso de la Unión, certifica su existencia y solicita el refrendo secretarial, para posteriormente ordenar su publicación.

Otro paso inmerso en la promulgación y en el procedimiento legislativo, es el refrendo secretarial, que constitucionalmente se establece en el artículo 92, que establece:

“Artículo 92. Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.”

De la transcripción se colige, que el refrendo que realizan los secretarios de Estado, constituye un acto formal y obligatorio consistente en la firma de aquéllos a la ley promulgada por el órgano ejecutivo, sin el cual no podrán ser obedecidos.

Ahora bien, a partir del 26 de diciembre de 1985, las leyes emanadas del Congreso de la Unión y promulgadas por el Presidente de la República, son refrendadas únicamente por el Secretario de Gobernación y no por el secretario del ramo, esto es así, atendiendo a diversas razones, la primera, porque una vez que la Cámara revisora aprueba una ley, la envía al ejecutivo por conducto del Secretario de Gobernación, si la sanciona, éste será el encargado de publicarla, por lo que cuenta con plena facultad para refrendar y dar validez al decreto promulgatorio del ejecutivo, lo que se consigna en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Otra de las razones, se refiere a que, según el artículo 92 de la Constitución general, los secretarios de Estado están obligados a refrendar los

actos provenientes del ejecutivo, por lo que, la ley, al ser un acto de naturaleza legislativa, requiere el refrendo, pero no necesariamente del secretario del ramo, por lo que el Secretario de Gobernación puede cumplir con dicho requisito, incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así lo ha determinado en la tesis que señala:

“REFRENDO DE LOS DECRETOS PROMULGATORIOS. CORRESPONDE UNICAMENTE AL SECRETARIO DE GOBERNACION EL DE LAS LEYES APROBADAS POR EL CONGRESO DE LA UNION. En materia de refrendo de los decretos del Ejecutivo Federal, el Pleno de la Suprema Corte ha establecido las tesis jurisprudenciales ciento uno y ciento dos, visibles en las páginas ciento noventa y seis y ciento noventa y siete, primera parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación -mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y cinco- cuyos rubros son los siguientes: "REFRENDO DE LOS DECRETOS DEL EJECUTIVO POR LOS SECRETARIOS DE ESTADO RESPECTIVOS" y "REFRENDO DE UNA LEY, CONSTITUCIONALIDAD DEL". Ahora bien, el análisis sistemático de los artículos 89, fracción I y 92 de la Constitución General de la República, conduce a interrumpir las invocadas tesis jurisprudenciales en mérito de las consideraciones que en seguida se exponen. El primero de los preceptos mencionados establece: "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes": "I.-Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia". A su vez, el artículo 92 dispone: "Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe del Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos". De conformidad con el primero de los numerales reseñados el presidente de la República tiene, entre otras facultades, la de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión, función ésta que lleva a cabo a través de la realización de uno de los actos que

*señala el artículo 92 constitucional, a saber, la emisión de un decreto mediante el cual ese alto funcionario ordena la publicación de la ley o decreto que le envía el Congreso de la Unión. Esto significa, entonces, que los decretos mediante los cuales el Titular del Poder Ejecutivo Federal dispone la publicación de las leyes o decretos de referencia constituyen actos de los comprendidos en el artículo 92 en cita, pues al utilizar este precepto la locución "todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente...", es incuestionable que su texto literal no deja lugar a dudas acerca de que también a dichos decretos promulgatorios, en cuanto actos del presidente, es aplicable el requisito de validez previsto por el citado artículo 92, a saber, que para ser obedecidos deben estar firmados o refrendados por el Secretario de Estado a que el asunto o materia del decreto corresponda. Los razonamientos anteriores resultan todavía más claros mediante el análisis de lo que constituye la materia o contenido del decreto promulgatorio de una ley. En efecto, en la materia de dicho decreto se aprecian dos partes fundamentales: la primera se limita a establecer por parte del presidente de la República, que el Congreso de la Unión le ha dirigido una ley o decreto cuyo texto transcribe o reproduce y la segunda a ordenar su publicación para que la ley aprobada por el Congreso de la Unión pueda ser cumplida u observada. Por consiguiente, si la materia del decreto promulgatorio está constituida en rigor por la orden del presidente de la República para que se publique o dé a conocer la ley o decreto para su debida observancia, mas no por la materia de la ley o decreto oportunamente aprobados por el Congreso de la Unión, **es de concluirse que el decreto respectivo única y exclusivamente requiere para su validez constitucional de la firma del Secretario de Gobernación cuyo ramo administrativo resulta afectado por dicha orden de publicación, toda vez que es el acto que emana de la voluntad del Titular del Ejecutivo Federal y, por ende, el que debe ser refrendado, sin que deba exigirse, además, la firma del secretario o secretarios de Estado a quienes corresponda la materia de la ley o decreto que se***

promulgue o publique, pues sería tanto como refrendar un acto que ya no proviene del titular o del órgano ejecutivo sino del órgano legislativo, lo cual, evidentemente, rebasa la disposición del artículo 92 constitucional, pues dicho precepto instituye el refrendo sólo para los actos del presidente de la República ahí detallados. Lo hasta aquí expuesto llega a concluir que es inexacto que el artículo 92 constitucional exija, como se sustenta en las jurisprudencias transcritas, que el decreto promulgatorio de una ley deba refrendarse por parte de los Secretarios de Estado cuyos ramos sean afectados por la misma ley, pues tal interpretación no tiene fundamento en el precepto constitucional en cita ni en otro alguno de la Ley Suprema.”

(Lo resaltado es propio)

De la transcripción, se advierte que el refrendo secretarial a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, lo realiza únicamente el Secretario de Gobernación, pues como justificación está, que a éste le afecta el acto promulgatorio, ya que una vez que el Presidente de la República aprueba la ley, ordena su publicación, y ésta, la realiza el Director del Diario Oficial de la Federación, dependiente de la Secretaría de Gobernación. De ahí que, a partir de 1985 este funcionario sea el encargado de refrendar el acto promulgatorio del jefe del ejecutivo a una ley emanada del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

F) Publicación

Una vez que la ley ha sido aprobada por los órganos del poder constitucionalmente facultados para ello, es necesario que se dé a conocer a quienes va dirigida para que se convierta en derecho positivo y en suma, obligatorio.

Según el diccionario de Derecho Constitucional, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la publicación de la ley es *“la obligación que corresponde al Poder Ejecutivo para que, una vez que la ley ha sido discutida, aprobada y sancionada, la dé a conocer a los habitantes del país, a través del órgano de difusión oficial, que en México se llama Diario Oficial, con lo que aquella adquiere fuerza obligatoria, inicia su vigencia y despliega todos sus efectos.”*⁸⁴

En la doctrina española, la publicación es la *“...inserción de la ley en el Diario Oficial, para conocimiento de los ciudadanos y autoridades obligados a su cumplimiento. La publicación constituye un requisito para la vigencia de la ley y determina el momento a partir del cual puede entrar en vigor.”*⁸⁵

De las definiciones otorgadas por los diccionarios, se desprende que la publicación constituye un acto formal, que le dará vigencia a la ley una vez que ésta ha sido sometida a todos los pasos que forman el procedimiento legislativo, tiene como finalidad que los gobernados conozcan el contenido de las leyes, en consecuencia, sus derechos y obligaciones, así como el momento en el que gozarán de ellos o se encontrarán constreñidos a cumplir con el mandato legal.

El órgano encargado de realizarlo es la Secretaría de Gobernación, a través de la Dirección General de Gobierno, que es la encargada de vigilar la publicación de las leyes y decretos en el Diario Oficial de la Federación.⁸⁶

Una vez publicada, la ley empieza a surtir efectos, en los términos del transitorio que fija el inicio de vigencia, con toda su fuerza obligatoria para todos los habitantes del país. En este sentido, el Código Civil Federal, en su artículo 21 dispone que la ignorancia de las leyes no exime su cumplimiento, de esta manera, una vez que las leyes se han dado a conocer a los gobernados, no puede alegarse su desconocimiento y en consecuencia su transgresión.

⁸⁴ Cfr. *Op. Cit.*, p.503.

⁸⁵ Cfr. Diccionario Jurídico Espasa, *Op. Cit.*, p.1206.

⁸⁶ Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosandro, *Op. Cit.*, pp. 199 y 200.

A través de la publicación, se da a conocer no sólo el contenido de la ley, también, el momento en que ésta cobrará su vigencia.

G) Entrada en vigencia

A través de la investigación realizada, pude percatarme que una gran mayoría de autores no realizan un análisis de este tópico, terminan su estudio con la publicación de la ley. Sin embargo, considero que se debe tratar el tema de la entrada en vigor, pues el inicio de la vigencia de la ley se puede dar en momentos posteriores al que fue dada a conocer a los habitantes del país.

Así, es conveniente tratar de forma breve la denominada ***vacatio legis*** entendida como “*el lapso de tiempo (sic) que media entre la fecha de publicación en el Diario Oficial, de una ley, reglamento, circular o cualquier otra disposición de observancia general, y la fecha de iniciación de la vigencia.*”⁸⁷

La *vacatio legis* no es más, que el tiempo que pasa entre la fecha de publicación de la ley y el momento en que ésta comienza a su vigencia.

No todas las leyes que han sido publicadas en el Diario Oficial de la Federación tienen una *vacatio legis*, ya que en la mayoría de ellas, el inicio de la vigencia es al siguiente día de su publicación.

Entrando al tema del inicio de la vigencia de las leyes y en general, de cualquier disposición de observancia obligatoria, existe diversidad de opinión doctrinal, respecto al número de sistemas existentes en nuestro sistema jurídico, algunos autores sugieren la existencia de dos y otros de tres.

Al respecto, adopto la opinión de quienes sostienen que existen tres sistemas, dado a lo obsoleto y ya inusual de lo que establece el Código Civil Federal.

⁸⁷ López Olvera, Miguel Alejandro, *Op. Cit.*, p. 42.

En este sentido, se tiene que los sistemas de inicio de vigencia de la ley son tres,⁸⁸ a saber:

1. **Sistema sucesivo**, se encuentra establecido en el artículo 3 del Código Civil Federal que textualmente señala:

“Artículo 3. Las leyes, reglamentos, circulares o cualquiera otras disposiciones (sic) de observancia general, obligan y surten efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

En los lugares distintos del en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.”

En la actualidad, este sistema se encuentra en desuso, pues dado el avance tecnológico se hace evidente que el cálculo de la distancia entre el lugar donde se publica la ley y aquellos territorios alejados, complica la determinación de la entrada en vigor de la ley.

2. **Sistema sincrónico**, de la misma manera que el sistema sucesivo, el sistema sincrónico se encuentra regulado en el Código Civil Federal, en el artículo 4.

En este sistema, la ley, decreto, circular o disposición de carácter general, fija, generalmente a través de un artículo transitorio, la fecha exacta en la cual cobrará vigencia.

⁸⁸ Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosando, *Op. Cit.*, pp. 202 a 205.

La fecha precisa de inicio de vigencia, se precisa en el momento de la publicación de la ley. Éste es el sistema más utilizado en nuestro sistema jurídico por su practicidad y precisión.

3. **Sistema inmediato**, otra de las prácticas comunes para el inicio de la vigencia de las normas de carácter general publicadas en el Diario Oficial de la Federación, es la que, en alguno de los artículos transitorios del decreto de publicación, se determina que *“la presente ley iniciará su vigencia, al siguiente día de su publicación”*, se le denomina sistema inmediato, ya que no existe *vacatio legis*.

En suma, la iniciativa de vigencia, implica que la ley, reglamento, decreto o cualquiera otra norma jurídica de carácter general, comienza a surtir efectos frente a los sujetos a quienes se dirige actualizando sus hipótesis normativas en la esfera jurídica de los individuos.

V. El problema de la gestación de leyes inconstitucionales

A lo largo de este capítulo, he establecido la forma de crear una ley, su procedimiento y el órgano facultado para dicha actividad. Sin embargo, considero pertinente realizar una breve reflexión sobre el producto legislativo.

Si bien, en nuestro sistema jurídico existen reglas específicas para la creación de leyes, también lo es que éstas no siempre se adecuan a la Carta Magna y en consecuencia son inconstitucionales.

Desafortunadamente, no existe un medio de control constitucional verdadero al interior del Congreso de la Unión para que el producto legislativo, no sólo sea técnicamente bien elaborado, sino que además, en su creación, se apeguen a los mandatos constitucionales.

No se debe olvidar que los legisladores, no sólo son representantes del pueblo, también son servidores públicos y por regla general, los actos

emanados por los órganos del poder, deben respetar las garantías consagradas en la Constitución, de ahí que los parlamentarios no estén exentos de observar dichos principios.

Me refiero a esta circunstancia, pues tanto en la Cámara de Diputados, como en la de Senadores, existe una Comisión de Puntos Constitucionales, que en teoría, tiene encomendada la función de cerciorarse que las leyes, que van a ser emitidas por éstos órganos, cumplen con los requisitos de constitucionalidad requeridos y en consecuencia que respetan las garantías de los sujetos a quienes se dirigen.

No obstante la existencia de dicho órgano, es clara la gestación de leyes inconstitucionales, de ahí que, dicho órgano no cumple con la función para la cual fue creada. En este sentido, se observa que el juicio de amparo contra leyes aumenta en una magnitud considerable, de tal suerte que, los órganos del gobierno involucrados en él, ya sea como parte o como juzgador, se han visto seriamente rebasados por el abuso de este medio de defensa.

En este mismo contexto, la problemática existente en la creación de leyes inconstitucionales, va más allá de la excesiva carga de trabajo que generan a los órganos jurisdiccionales y administrativos, pues lo más grave de esto, es que el juicio de amparo, principalmente, está sufriendo una desnaturalización por el abuso de los particulares en la interposición de los medios de defensa y el afán de las autoridades administrativas en realizar modificaciones constitucionales y legales para evitar que se sigan promoviendo juicios de garantías, como la reciente iniciativa de reforma a la Ley de Amparo, de forma particular, contra leyes fiscales.

Es precisamente este problema el que me permite escribir esta propuesta de cambio, en la que considero, puede existir un control constitucional previo, para que la protección constitucional se encuentre garantizada desde los pilares rectores de la sociedad y del gobierno, como son, las leyes, la cual concretaré más adelante.

CAPÍTULO TERCERO

ESTUDIO EN TORNO AL CONTROL PREVENTIVO CONSTITUCIONAL

SUMARIO:

I. Control Constitucional. II. Control preventivo constitucional. III. Órganos encargados del control preventivo constitucional. IV. El control de la constitucionalidad de leyes. V. Clasificación del control preventivo. VI. La legitimidad activa en materia de control preventivo constitucional. VII. La ley como objeto sobre el que puede versar el control preventivo constitucional. VIII. Los efectos de las sentencias emitidas en materia de control preventivo constitucional.

I. Control Constitucional

En la investigación de este tema, pude percatarme que el control de la constitucionalidad es sumamente amplio y no sólo se refiere a la protección de garantías individuales.

El control constitucional, se refiere a la debida observancia de cada uno de los mandatos establecidos en la Carta Magna, para ello, se han establecido diversos mecanismos, por los que se ha mantenido la vigencia de la Constitución, en México, existen diversos, como son, los de carácter jurisdiccional, el juicio de amparo, la controversia constitucional y las acciones de inconstitucionalidad, además de los dos juicios electorales federales. Por otro lado, también existen medios de control constitucional no jurisdiccionales, como el juicio político y la facultad de investigación. De esta manera, puede observarse que el control de constitucionalidad no se limita sólo a la defensa de derechos individuales, sino a cualquier contraposición que se suscite entre la conducta de la autoridad administrativa o legislativa, contraria a los presupuestos básicos contenidos en la Carta Magna.

Tampoco se refiere exclusivamente a la violación de la parte dogmática de la Constitución. Hace unos años, en una charla sostenida con un abogado a

quien admiro muchísimo, me comentaba, que en los estudios de licenciatura, nos enseñaban a dividir (de forma totalmente equivocada) a la Constitución en dos partes: dogmática y orgánica.

Lo calificó como equivocado, pues en la parte dogmática se nos hacía creer que únicamente en ella se contenían los derechos fundamentales y en la otra, orgánica, se encontraba exclusivamente la forma de organización del Estado mexicano. Para lo cual, consideró que la Constitución es un todo integral, en la que las garantías individuales también se contenían en la parte orgánica. Traigo al presente dicho comentario, por una razón, el control constitucional, no sólo se refiere a la defensa de garantías individuales o derechos fundamentales, sino a todo lo estipulado en nuestra Carta Magna y en ese sentido, el control de la constitucionalidad en nuestro sistema lo realiza no sólo el órgano judicial, también han participado en él, los órganos ejecutivo y legislativo, sin que ello implique una invasión de competencias.

Hablar de control constitucional, implica a la vez tocar el tema de justicia constitucional.

Al respecto, Enrique Uribe Arzate, hace una distinción de la justicia constitucional, argumentando que *“no se trata de la defensa del ordenamiento jurídico en general, sino de la defensa de un corpus de carácter especial: es el ordenamiento de mayor jerarquía normativa y también el de mayores alcances, pues sus declaraciones, principios y prescripciones no se pueden leer en ningún otro documento jurídico del Estado.”*⁸⁹

De la transcripción realizada, se advierte que también se toca el tema de jerarquía normativa, ya que el control de constitucionalidad se ciñe únicamente al respeto de la ley fundamental y no a otras de menor jerarquía, pues de ella emanan todas las permisiones y obligaciones que regirán el Estado.

⁸⁹ Cfr. Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, primera edición, México, Porrúa, 2006, p.101.

En este caso, la justicia constitucional es el cotejo, por parte de un órgano jurisdiccional, entre la Constitución de un Estado y las normas a ella subordinadas, que tendrán como objetivo, la expulsión del sistema, aquellas normas que se contrapongan a la ley fundamental.⁹⁰

No omito señalar que el control de constitucionalidad no sólo versa sobre leyes o normas jurídicas de carácter general, también respecto a los actos de aplicación de las mismas. Sin embargo, en este trabajo de investigación, únicamente nos interesa la primera.

II. Control preventivo constitucional

Aunque es difícil obtener una definición o concepto de lo que es el control preventivo constitucional, en consecuencia, por ende es tarea de esta investigación formular una definición al respecto.

Para ello, considero necesario desmembrar los vocablos del concepto, en este sentido me apoyaré en las definiciones que de cada uno de ellos brinda el diccionario de la Lengua Española, que los conceptualiza de la siguiente manera:

- a) **Control**, en su primera acepción significa comprobación, inspección, fiscalización, intervención, dominio mando o preponderancia.
- b) **Preventivo**, al respecto se traerá la definición de **prevenir** que significa: prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio, precaver, evitar, estorbar o impedir algo, advertir, informar o avisar a alguien de algo, anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción, disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo.
- c) **Constitucional**, perteneciente o relativo a la Constitución de un Estado.

⁹⁰ Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Primera edición, Madrid, Dykinson, 2004, p.16.

De las definiciones anteriores y del punto anterior de la presente tesis, puedo proponer que el control preventivo constitucional es el análisis procesal, dirigido al sostenimiento del orden constitucional, **de manera anticipada**, antes de tener plena aplicación actos a efecto de evitar violaciones a los derechos fundamentales y al orden constitucional del Estado.

III. Órganos encargados del control preventivo constitucional

En este capítulo se comienza con la propuesta directa del trabajo de tesis, consistente en el establecimiento de un control constitucional preventivo en el sistema jurídico mexicano, como una opción para la gestación de leyes constitucionales, el equilibrio de los órganos del poder en su participación activa y de la misma manera, la garantía de una eficiente creación de normas con el respeto al *Estado de Derecho*.

Para ello, considero que, el órgano del poder mejor calificado para realizar esta función, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues hasta el momento, es el órgano de menor ingerencia política, con integrantes técnicamente capacitados y quienes tienen la última decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley en los procedimientos de control posterior, por lo que dicha función sería la misma, sólo que en diverso momento.

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación

a) Integración

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 94 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once ministros y su funcionamiento será en Pleno y en Salas.

Cabe señalar que como regla general, las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y excepcionalmente secretas en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público. La publicidad de las sesiones abona a favor de la transparencia en el funcionamiento y la toma de decisiones del máximo tribunal del país.

El funcionamiento de la Suprema Corte en Pleno y Salas, y su competencia, se regirá por lo que dispongan principalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Amparo y la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las bases que la Constitución establece. El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es sumamente complejo, pues a su cargo están funciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional, incluso de investigación que parecen salir de su naturaleza institucional. Abordar cualquiera de sus funciones merece el desarrollo de un libro aparte, motivo por el cual, lo único que se persigue cuando se abordan el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad es resaltar la estrechez de la legitimidad activa para hacerles valer, sobre todo, de los dos últimos, y el carácter clasista del juicio de amparo, no porque así lo ordene la ley, sino porque en la práctica procesal, sólo algunos acuden al principal mecanismo de control constitucional.

b) Requisitos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Los requisitos que se deben satisfacer para poder aspirar al cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, están contenidos en el artículo 95 de la Carta Magna, que textualmente establece:

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.
- II. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación;

III.- Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;

IV.- Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.

V.- Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y

VI.- No haber sido secretario de estado, jefe de departamento administrativo, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento.”

c) Elección de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El nombramiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica, de conformidad con el artículo 95 constitucional. Sin embargo, el juego político que se da en virtud de dicho nombramiento, en ocasiones, tensan las negociaciones en el Senado de la República ya que como se trata de un asunto de negociación política, los líderes de las fracciones parlamentarias deben llegar a un acuerdo político, dejando en segundo lugar el carácter técnico de la función.

Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro

que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En el supuesto que la Cámara alta llegara a rechazar la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los mismos términos arriba señalados. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República, tal como lo dispone el artículo 96 de nuestra Constitución general.

Cuando la falta de un Ministro pasara de un mes, el Presidente de la República someterá al Senado el nombramiento de un Ministro interino, observándose lo dispuesto en el artículo 96 del mismo ordenamiento. El mismo procedimiento habrá de seguirse, si la ausencia de algún ministro se diera por una causa definitiva.

Las renunciaciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia solamente procederán por causas graves; serán sometidas al ejecutivo y, si éste las acepta, las enviará para su aprobación al Senado. Las causas graves, normalmente de carácter político orillan a los órganos ejecutivo y legislativo a intervenir en la vida interna de nuestro máximo tribunal.

Así también, cuando las licencias de los Ministros no excedan de un mes, podrán ser concedidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; las que excedan de este tiempo, únicamente podrán concederse por el Presidente de la República con la aprobación del Senado, sin que ninguna licencia pueda exceder del término de dos años, pues así lo establece el artículo 98 de la Norma Fundamental.

d) Duración en el cargo de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su cargo quince años, y únicamente podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de la Constitución Federal y, al vencimiento de su período, tendrán derecho a un haber por retiro.

También se puede criticar duramente que la remoción de los Ministros de la Suprema Corte se pueda deber a cuestiones de índole política. En tal sentido, el máximo órgano jurídico de la Nación estará siempre sometido a los probables caprichos de nuestros legisladores, quienes por cierto, no han demostrado madurez, seriedad y profesionalismo en el ejercicio de su encargo. Me manifiesto totalmente en contra de que la coyuntura e inestabilidad política del país pueda traer como consecuencia la renuncia o remoción de los Ministros de la Suprema Corte, porque atenta contra la estabilidad jurídica y el equilibrio del poder público.

A fin de evitar la generación de cotos de poder, ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo período, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino; no obstante que el control y la vigilancia que se tenga sobre el desempeño de cada uno de los Ministros es crucial al momento que se califica su gestión.

e) Funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para:

1. Velar en todo momento por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y la independencia de sus miembros.
2. Expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución, entre las Salas, de los asuntos que sean de su

competencia, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados, según lo dispone el artículo 94 de la Constitución general.

3. Cada cuatro años, el Pleno elegirá de entre sus miembros al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual no podrá ser reelecto para el período inmediato posterior (artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), al mismo tiempo que presidirá el Consejo de la Judicatura Federal.
4. Con fundamento en el artículo 48 de la Ley de Amparo, el Pleno tiene la facultad de dirimir el conflicto surgido en materia de competencia de las Salas de la Suprema Corte.
5. Debe conocer de las Controversias Constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 105 fracciones I y II de la Constitución Política, según lo dispone el artículo 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
6. Debe conocer de la queja que se promueva en términos de la Ley de Amparo, siempre y cuando el conocimiento del recurso de revisión en el amparo le hubiere correspondido. Además de ser de su competencia la aplicación de lo dispuesto por la fracción XVI del artículo 107 constitucional.
7. Del recurso de reclamación contra las providencias o acuerdos del presidente de la Suprema Corte de Justicia, dictados durante la tramitación de los asuntos jurisdiccionales de la competencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia (artículo 10, fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).
8. De las denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por las Salas de la Suprema Corte de Justicia, o por los Tribunales Colegiados de Circuito cuando se trate de asuntos que, por razón

de la materia, no sean de la competencia exclusiva de alguna de las Salas, o por el Tribunal Electoral en los términos de los artículos 236 y 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

9. De los conflictos de trabajo suscitados con sus propios servidores en términos de la fracción XII, del apartado B, del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir del dictamen que le presente la Comisión Sustanciadora Única del Poder Judicial de la Federación, en términos de los artículos 152 a 161 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo conducente;
10. De los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los Estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, y de los juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación celebrados por el Gobierno Federal con los Gobiernos de los Estados o el Distrito Federal, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Coordinación Fiscal, en términos de lo dispuesto por la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por lo que hace a las controversias constitucionales;
11. De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas.

En Salas:

El artículo 48 de la Ley de Amparo dispone que, cuando alguna de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tenga conocimiento que otra está conociendo de amparo o de cualquier otro asunto que aquélla deba conocer, dictará resolución en el sentido de requerir a ésta para que cese en el conocimiento y le remita los autos. Dentro del término de tres días, la Sala requerida dictará la resolución que crea procedente y si estima que no es competente, le remitirá los autos a la Sala requirente. Si la Sala requerida no

estuviere conforme con el requerimiento, hará saber su resolución a la Sala requirente, suspenderá el procedimiento y remitirá los autos al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que el Tribunal Pleno resuelva lo que proceda.

Cuando se turne a una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación un juicio de amparo directo o la revisión o cualquier otro asunto en materia de amparo, y estime que con arreglo a la ley no es competente para conocer de él, lo declarará así y remitirá los autos a la Sala que, en su concepto, lo sea. Si ésta considera que tiene facultades para conocer, se avocará al conocimiento del asunto; en caso contrario, comunicará su resolución a la Sala que se haya declarado incompetente y remitirá los autos al Pleno para que resuelva lo que estime procedente.

Es importante destacar que tanto las Salas como el Pleno de la Suprema Corte están facultados para conocer del recurso de revisión⁹¹⁹², según dispone el artículo 90 de la Ley de Amparo, y observando las reglas dispuestas en el artículo 91 del mismo ordenamiento secundario. Ambos órganos tienen competencia para la creación de jurisprudencia, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo.

Bajo la misma lógica, el artículo 68 de la Ley de Amparo, establece que los impedimentos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la

⁹² Según el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Pleno tiene competencia para conocer “II. Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito, en los siguientes casos:

a) Cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado una ley federal, local, del Distrito Federal, o un tratado internacional, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

b) Cuando se ejercite la facultad de atracción contenida en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción VIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para conocer de un amparo en revisión que por su interés y trascendencia así lo amerite, y

c) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que baste la afirmación del quejoso sobre la existencia de un problema de esa naturaleza;”... “III. Del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un tratado internacional, o cuando en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos la materia del recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales;”

Nación, serán resueltos en Pleno, cuando el negocio sea de su competencia⁹³, y en Salas cuando el asunto sea competencia de éstas.

De conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación corresponde conocer a las Salas:

“I. De los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en aquellas controversias ordinarias en que la Federación sea parte, de conformidad con lo dispuesto en la fracción III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II. Del recurso de revisión en amparo contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o tribunales unitarios de circuito, en los siguientes casos:

a) Cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado un reglamento federal expedido por el Presidente de la República, o reglamentos expedidos por el gobernador de un Estado o por el Jefe del Distrito Federal, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o si en la sentencia se establece la interpretación directa de un precepto de la misma en estas materias, y

b) Cuando se ejercite la facultad de atracción contenida en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción VIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para conocer de un amparo en revisión que por su interés y trascendencia así lo amerite;

⁹³ Según el artículo 10 fracción VI. “De las excusas e impedimentos de los ministros, en asuntos de la competencia de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno.”

III. Del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito:

a) Cuando habiéndose impugnado la constitucionalidad de un reglamento federal expedido por el Presidente de la República, o de reglamentos expedidos por el gobernador de un Estado o por el Jefe del Distrito Federal, o en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en estas materias, se haya decidido o se omita decidir sobre la misma inconstitucionalidad o interpretación constitucional; y

b) De los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten en uso de la facultad de atracción prevista en el segundo párrafo del inciso d) de la fracción V del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

IV. Del recurso de queja interpuesto en los casos a que se refieren las fracciones V, VII, VIII, IX del artículo 95 de la Ley de Amparo, siempre que el conocimiento del amparo en que la queja se haga valer sea competencia de una de las Salas, directamente o en revisión, en los términos del artículo 99, párrafo segundo, de la misma ley;

V. Del recurso de reclamación contra los acuerdos de trámite dictados por su presidente;

VI. De las controversias que por razón de competencia se susciten entre los tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados o del Distrito Federal, entre los de un Estado y los de otro, entre los de un Estado y los del Distrito Federal, entre cualquiera de éstos y los militares; aquellas que le correspondan a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, así como las que se susciten entre las juntas de conciliación y arbitraje, o las autoridades judiciales, y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje;

VII. De las controversias que por razón de competencia se susciten entre tribunales colegiados de circuito; entre un juez de distrito y el tribunal superior de un Estado o del Distrito Federal, entre tribunales superiores de distintos Estados, o entre el tribunal superior de un Estado y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los juicios de amparo a que se refieren los artículos 51, fracciones I y II, 52, fracción I, 53, fracciones I a VI, 54, fracción I y 55, de esta Ley;

VIII. De las denuncias de contradicción entre tesis que sustenten dos o más tribunales colegiados de circuito, para los efectos a que se refiere la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

IX. De las controversias que se susciten con motivo de los convenios a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 119 Constitucional;

X. Del reconocimiento de inocencia.”

IV. El control de la constitucionalidad de leyes

El control de la constitucionalidad de de leyes es fundamental para el Estado de Derecho, para el ser humano y para el goce de las garantías individuales. Recordemos que la Constitución Política de un Estado, de la norma fundamental que rige sus instituciones y sus leyes; es el pacto político a partir del cual se puede organizar toda sociedad compleja. Dada la importancia que tiene una Constitución para el debido funcionamiento del Estado, la creación de mecanismos que velen por su respeto es crucial en la vida pública.

El control constitucional siempre es bueno, pero mejor aún cuando permite que todos los gobernados tengan el cobijo y respaldo de la Norma Fundamental, pues mientras menor sea la creación de leyes inconstitucionales, menores serán las violaciones de los derechos individuales por parte de la

autoridad. Esto es lo que al parecer ha ocurrido con el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, ya que no son mecanismos que estén al alcance de la población, en general, ni de todas las instituciones públicas que se pueden ver afectadas por actos inconstitucionales de las autoridades de los tres órganos del poder.

A) Preventivo

El control preventivo consiste, como se verá a lo largo de la presente tesis, de mecanismos instrumentados para evitar que los actos de autoridad, principalmente de carácter legislativo salgan a la vida jurídica lesionando derechos fundamentales de los gobernados, así como los postulados fundamentales sobre los que reposa el Estado.

Como su nombre lo indica, este tipo de control trata de prevenir anomalías jurídicas, antes de que estos actos de autoridad tengan plena vigencia, y que ocurren en detrimento de las garantías individuales de los gobernados y de las instituciones. A mi modo de ver, los mecanismos de control constitucional de naturaleza preventiva habrán de solucionar fuertes conflictos sociales y evitarán el ahora denominado “*abuso del juicio de amparo*” generados por la inconstitucionalidad de las leyes que se emiten por el Congreso de la Unión, como lo fue el caso de la expedición de la nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la reforma a la Ley del Impuesto al Activo y la más reciente emisión de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, sólo por citar algunos ejemplos.

B) Posterior

El control posterior de los actos de autoridad que atentan contra la Constitución Política se realiza, en nuestro país, a través de tres mecanismos principales: el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de

inconstitucionalidad, instituciones sobre las cuales habremos de escribir en el presente capítulo.

1. Juicio de Amparo

Al juicio de amparo se le puede concebir como un medio de defensa autónomo, cuya finalidad es mantener el orden constitucional, el principio de legalidad y hacer efectivas mediante el órgano jurisdiccional, las garantías otorgadas en la norma fundamental en beneficio de los gobernados. Hasta la fecha se discute si el juicio de amparo comparte tal naturaleza o, simplemente se trata de un recurso, o una institución *sui generis*; es decir, se ha registrado un debate en torno a su naturaleza jurídica, sobre la que aún no encontramos unanimidad. Justamente, para lograr una mejor definición del amparo es importante que se llegue a una conclusión respecto de su naturaleza jurídica.

En mi opinión, el Amparo constituye un juicio, debido a que en él se manifiesta un conflicto de intereses jurídicamente calificados, que mediante un proceso se hace del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes una disputa para que ellos emitan una resolución definitiva.

Tanto en la práctica de los tribunales, como en la doctrina se ha acostumbrado el uso de la denominación “juicio de amparo” ó “juicio de garantías”; pero para poder determinar si desde el punto de vista técnico, se trata o no de un proceso, podemos decir que todo proceso jurídico trata de una serie unificada de actos de naturaleza jurídica, sistemáticamente vinculados entre sí por el fin que se pretende lograr a través de los pasos o etapas que se desarrollan. De donde se concluye que el amparo es uno de tantos procesos jurídicos, cuyo concepto es más amplio que el de juicio y recurso, ya que en él están incluidos estos dos.

El estudio de este apasionante tema obliga a hablar de otro concepto procesal fundamental, “la impugnación”. Este vocablo ha adquirido su carta de

naturalización dentro del Derecho Procesal, aunque no siempre los códigos y leyes le han dado la misma importancia.

El estudio de la impugnación procesal debe ubicarse dentro del extenso campo de los actos procesales, no sólo por pertenecer a ellos, sino también porque como poder surge en cuanto existe la posibilidad de un cumplimiento anormal o injusto de esta clase de actos.⁹⁴

Cualquier acto de autoridad defectuoso o incorrecto se manifiesta a través de un vicio, cuya importancia estriba en atención a las consecuencias de orden público o frente al interés de las partes que intervienen. Ante la posibilidad que emerjan esos vicios dentro de la actividad procesal, las normas adjetivas mediante provisiones correctivas y también con amenazas sancionadoras dirigidas al acto en sí, buscan sanear los daños provocados por la conducta ilícita de las autoridades.

De tales normas jurídicas emanan a favor de los distintos interesados en la legalidad y justicia del proceso, poderes que tienden a la eliminación del vicio. Son poderes procesales que corresponden a las partes, a nadie más, que se presentan de forma autónoma respecto al vicio, pues la verificación de éste no es condición para su ejercicio. En ese orden de ideas, una de las partes puede impugnar un acto de autoridad a pesar que, en el fondo, sepa que carece de la razón jurídica, o por el contrario, una parte puede verse seriamente afectada en sus derechos y no impugnar la resolución que se la ha producido; es por ello que se les consideran poderes de naturaleza procesal, nunca confundibles con la sustancia.

Uno de estos poderes que menciono es la impugnación, que definido por *Couture* es la acción y efecto de atacar, tachar o refutar un acto jurisdiccional (materialmente hablando), con el firme objeto de obtener su revocación o invalidación.⁹⁵

⁹⁴ Cfr. Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XV, Argentina, Impo-Insa, 1977, p. 213.

⁹⁵ Ídem, p.214.

En la opinión de *Alcalá Zamora* y *Héctor Fix Zamudio*, el amparo tiene el carácter de recurso para obtener la declaración de inconstitucionalidad de un acto o de una ley, de los que menciona el Artículo 103 de la Norma Fundamental; además de fungir como medio protector de las garantías individuales; y por último, realiza la función que en otros países lleva a cabo el Tribunal de Casación.

*Emilio Rabasa*⁹⁶, tuvo la apreciación de la doble naturaleza del amparo en México, concibiéndole como juicio y como recurso simultáneamente. Considero, que no se debería otorgar el mismo tratamiento a la protección de los derechos fundamentales del ser humano, que la revisión de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales, especialmente los que se pronunciaran en materia civil. Afirma que en la citada materia, el juicio de amparo solo sirvió como una especie de recurso, motivo por el cual el Código de Procedimientos Federales de 1897 estableció un plazo preclusivo para interponer la demanda.

La visión de éste jurista sobre la doble naturaleza del juicio de amparo no quedó en el olvido; toda vez que, de manera indirecta, se manifestó su pensamiento en la redacción del artículo 107 Constitucional y en las leyes reglamentarias de 1919 y la vigente de 1935, de tal suerte que se introdujeron dos procedimientos distintos, a saber: uno biinstancial configurado como un proceso autónomo, y un amparo directo o uni instancial, con las características de un recurso judicial.⁹⁷

Las notas características del juicio de amparo para el jurista *Eduardo Pallares* son las siguientes:

- Es un proceso constitucional, por buscar su regulación en la Norma Fundamental, y por tener la eficacia de anular todos los actos que no se apeguen a sus normas.

⁹⁶ Cfr. Autor citado por: Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, p. 101.

⁹⁷ Cfr. Ídem, p. 102.

- Es un proceso jurisdiccional, debido a que estamos en presencia de un litigio y de la necesidad de que mediante un acto jurisdiccional se le ponga fin.
- Está regido por el principio de la individualización, basado en que las sentencias que se pronuncien únicamente se ocupan de individuos, limitándose a protegerlos, en el caso particular sobre el que versará la ejecutoria, sin que se realice una declaración general respecto de la ley o acto que le diera motivo; principio que por cierto, da plena justificación al control constitucional que se propone.
- Es un juicio federal, pues sus leyes tienen este carácter, y sobre el cual no pueden legislar los Estados.
- Es un juicio escrito, que consta en expedientes de papel impresos con tinta, recordando que hasta cierto punto la naturaleza de los juicios orales es debido a que en una sola audiencia se recibe y desahogan las pruebas, se oyen los alegatos formulados por las partes y se pronuncia la sentencia respectiva.
- Por tratarse de un juicio constitucional se considera de orden público.
- Se inicia a instancia de parte, pero una vez iniciado se continúa con la tramitación hasta que se realice el pronunciamiento de la sentencia.
- Es siempre parte demandada la autoridad emisora del acto; entendida ésta como el órgano del poder que ha sido el ejecutor o autor del acto que se impugna por quien promueve el juicio de garantías.⁹⁸

⁹⁸ Cfr. Pallares, Eduardo, *Diccionario teórico práctico del juicio de amparo*, quinta edición, México, Porrúa, 1982, pp. 24 y 25.

Una vez que ha sido estudiada la naturaleza jurídica del amparo, es posible que se citen algunas de las principales definiciones esbozadas por algunos de los autores más reconocidos de la materia.

Para *Raúl Chávez Castillo*, la acción de amparo:

*“es el derecho público subjetivo que tiene todo individuo de acudir ante los tribunales de la federación, (mencionando como ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Nación según el artículo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación) cuando crea que una ley o acto de cualquier autoridad del Estado en las hipótesis que contempla el artículo 103 de la Constitución Federal, viola sus garantías individuales, con el objeto de que se le restituya en el goce y disfrute de las mismas”.*⁹⁹

Para *Elisur Arteaga Nava* el juicio de amparo es la *“controversia por virtud de la cual, a instancia de parte agraviada, se ventilan y resuelven cuestiones de naturaleza constitucional con efectos limitados”*.¹⁰⁰

Para *Juventino V. Castro* el amparo es:

“un proceso concentrado de anulación -de naturaleza constitucional- promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la Constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta o definitiva atribución de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya Federal, estatales, que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado en que tenían antes de efectuarse la violación reclamada –si el acto es

⁹⁹ Cfr. *Chávez Castillo, Raúl, Diccionarios jurídico temáticos. Juicio de Amparo*, Vol. 7, México, Harla, 1999, p. 1.

¹⁰⁰ *Arteaga Nava, Elisur y Trigueros Gaisman, Laura, Diccionarios jurídico temáticos. Derecho constitucional*, Vol. 2, México, Harla, 1999, p. 61

*de carácter positivo-, o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige, - si es de carácter negativo-.*¹⁰¹

Ignacio Burgoa es determinante al señalar que el amparo se ubica dentro de los sistemas de control constitucional por órgano jurisdiccional y en vía jurisdiccional activa.¹⁰² Por sus características, el amparo es un instrumento de defensa de la Constitución, de alcances limitados; e inoperante para enmendar las violaciones generales y graves que a ella se hacen, toda vez que desde el punto de vista jurídico, no todas las violaciones al texto constitucional son reclamables por esta vía, y cuando así es procedente, no toda la gente tiene de facto, tal oportunidad.

Por tratarse de un mecanismo de control difuso, los órganos del Poder Judicial de la Federación en su conjunto tienen competencia para conocer del amparo, siendo estos: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito.

2. Controversia constitucional

Fundamento constitucional

“Artículo 105. 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:

a).- La Federación y un Estado o el Distrito Federal;

b).- La Federación y un municipio;

c).- El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión

¹⁰¹ Castro, Juventino, V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974, p. 118.

¹⁰² Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, quinta edición, México, Porrúa, 1998, p. 28.

Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;

d).- Un Estado y otro;

e).- Un Estado y el Distrito Federal;

f).- El Distrito Federal y un municipio;

g).- Dos municipios de diversos Estados;

h).- Dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

i).- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

j).- Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y

k).- Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia...

Es de todos conocida la existencia de una ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política cuya publicación se remonta al 11 de mayo de 1995. El referido ordenamiento cuenta con tres títulos, 73 artículos y cuatro artículos transitorios. Por su propia y especial naturaleza, la regulación del artículo 105 constitucional necesariamente debió hacerse en una nueva ley reglamentaria, distinta a la del amparo. Además no era factible, por técnica legislativa que su regulación se insertara en otro ordenamiento.¹⁰³

¹⁰³ Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigadora de la Corte*, tercera edición, México, Monte Alto, 1997, p.13.

El Título primero trata sobre disposiciones generales, mientras que el Título segundo regula todo lo relacionado con las controversias constitucionales, siempre resueltas por el máximo tribunal del país, tal y como lo dispone su artículo primero, por lo que se le concibe como un mecanismo de control concentrado.

Para Elisur Arteaga Nava, *“por virtud de la controversia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asume las funciones de defender la Constitución, definir su sentido e impedir que los entes y órganos de autoridad previstos por ella, rebasen su campo de acción e invadan el que ha sido asignado a otros”*.¹⁰⁴

Para Héctor Fix Zamudio las controversias constitucionales se crearon a manera de un instrumento procesal para la solución de conflictos entre órganos constitucionales o entre diversas esferas de gobierno; de donde se deduce la importancia de revisar que todos los depositarios de los poderes estén legitimados para promoverlas.¹⁰⁵

La controversia constitucional no es medio de impugnación nuevo en nuestro Derecho, aunque está muy lejos de su actual redacción a la establecida en un principio en la Constitución de 1917¹⁰⁶. *Fix Zamudio* apunta que con motivo de la reforma constitucional, durante el primer año hubo más demandas presentadas que durante 77 años en que se mantuvo vigente la antigua redacción. *José de Jesús Gudiño Pelayo* considera que si bien es cierto la que figura de la controversia constitucional no tiene su origen con la

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰⁵ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, pp. 67 y 68. Hay quienes proponen la inclusión de los organismos constitucionalmente autónomos, tales como el Banco de México, la Comisión nacional de derechos Humanos y el Instituto Federal Electoral como legitimados para demandar una controversia constitucional. Véase Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 759 a 766.

¹⁰⁶ En la Constitución de 1857 fue contemplado como medio de control de la constitucionalista de los actos de autoridad el juicio de amparo, más no así las controversias constitucionales, mismas que fueron obra del constituyente de Querétaro. Cfr. Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios constitucionales*, Nueva serie, México, Jus, 1964, p. 254. En atención al minucioso estudio de la historia constitucional de nuestro país Juventino V. Castro considera que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es Tribunal Constitucional desde el año de 1847, y no como algunos pretenden afirmar, después de la reforma hecha a finales de 1994. Cfr. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997, pp. 69 a 71.

reforma constitucional de 1995, gracias a la cual, comenzaron a fluir las demandas y a pronunciarse numerosas sentencias de fondo respecto a las mismas.¹⁰⁷

En la opinión de *Daniel Vizcaya Priego*, la actual controversia constitucional se ha convertido en un instrumento que fortalece al federalismo y defiende el Estado de derecho; por lo que se ubica como un atinado medio de defensa constitucional y restituye el orden cuando ésta se ha violentado por algún poder público, incluso cuando se conculcan las garantías de los gobernados por actos arbitrarios de la autoridad, tal como ha sido establecido por el Pleno de nuestro máximo tribunal, en tesis de jurisprudencia P./J. 101/99 correspondiente a la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, septiembre de 1999, página 708, que señala:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y

¹⁰⁷ Cfr. Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, México, Porrúa, 2000, pp. XXIX y ss.

democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.”

El principal efecto que tienen las sentencias que se dictan en las controversias constitucionales es evitar la invasión de competencias entre los órganos de autoridad, para lo cual se exige su efectivo cumplimiento, tal y como se desprende de su naturaleza y de la interpretación que de ella hace el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 15/2001, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIII, febrero de 2001, página 1591, de rubro y texto siguiente:, al tenor de la siguiente:

“SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL PLAZO OTORGADO PARA SU CUMPLIMIENTO INICIA AL DÍA SIGUIENTE AL EN QUE SURTA EFECTOS LA NOTIFICACIÓN Y SÓLO DEBEN COMPUTARSE LOS DÍAS HÁBILES. La Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 41, fracción VI, y 46, primer párrafo, dispone que en la sentencia que se dicte en una controversia

constitucional debe determinarse, en su caso, el término en que la parte condenada deberá realizar una determinada actuación, así como que dicha parte deberá informar al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento dado a la sentencia dentro del plazo otorgado para ese efecto, sin que se precise específicamente si éste debe computarse a razón de días naturales o si sólo debe incluir a los hábiles. Por tanto, debe acudir a las reglas generales previstas para la tramitación de las controversias constitucionales en los artículos 2o. y 3o. de la ley de la materia, conforme a las cuales los plazos comienzan a correr al día siguiente al en que surta efectos la notificación, incluyéndose en ellos el día del vencimiento; sólo deben computarse los días hábiles y los plazos no corren durante los periodos de receso, ni en los días en que se suspendan las labores, en la Suprema Corte, considerándose como días hábiles los que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.”

3. Acción de inconstitucionalidad

Fundamento constitucional

“Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

- b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*
- c).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*
- d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y*
- e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea. y*
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.*

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos...

Las acciones de inconstitucionalidad son el medio de impugnación establecido por la fracción II del artículo 105 de la Norma Fundamental que tiene como propósito, plantear de forma directa ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la posible contradicción entre una norma de carácter general, ya sean leyes federales o locales, tratados internacionales o incluso y de acuerdo a la política del momento, la propia Constitución. Procede

incluso, en contra de la posible contradicción entre el Pacto Federal y una norma de alguna constitucional local¹⁰⁸, tal como lo ha interpretado el Pleno de nuestro máximo tribunal, en jurisprudencia P./J.16/2001, correspondiente a la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIII, marzo de 2001, página 447 en la que señaló:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *De lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano judicial competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad con el objeto de resolver la posible contradicción entre normas de carácter general expedidas, entre otros, por los órganos legislativos estatales, y la Constitución Federal. Ahora bien, de lo anterior no se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución haya excluido de este medio de control constitucional a las normas que conforman una Constitución Local, ni tampoco se desprende que exista razón alguna para hacerlo así; antes bien, en el precepto constitucional en cita se establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas generales, comprendiéndose dentro de dicha expresión a todas las disposiciones de carácter general y abstracto, provenientes de órganos legislativos. Además, estimar que las Constituciones de los Estados de la República no pueden ser analizadas por esta vía, implicaría que estos ordenamientos locales pudieran escapar del control abstracto de su subordinación con respecto a la Constitución Federal, lo cual es inadmisibles, pues conforme al contenido de los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento es la Ley Suprema de toda la Unión y si bien los Estados son*

¹⁰⁸ Voz: Acciones de inconstitucionalidad por Héctor Fix Fierro. Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 3 y 4.

libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal". Por tanto, si el Poder Reformador de la Constitución estableció la acción de inconstitucionalidad como medio de control abstracto, con el objeto de analizar la regularidad de las normas generales subordinadas al Pacto Federal, y entre éstas se encuentran expresamente las Constituciones Locales, es claro que sí procede la vía de referencia."

Una diferencia que vale la pena señalar, que existe entre nuestro juicio de amparo y las acciones de inconstitucionalidad, consiste en que el primero puede ser interpuesto por los particulares, mientras que el segundo, únicamente se puede promover por órganos del poder público, por minorías parlamentarias o por los partidos políticos cuando se trata de leyes electorales.

Las acciones de inconstitucionalidad son de carácter abstracto, lo que reforzó el carácter de tribunal constitucional a la Suprema Corte de Justicia, ampliando las vías de control constitucional y el alcance de sus resoluciones. Las modificaciones realizadas, aproximan el sistema de control de la constitucionalidad mexicano al sistema europeo, por las siguientes razones jurídicas:

- a) Control concentrado;
- b) El carácter abstracto de las acciones;
- c) La legitimación activa a favor de las minorías parlamentarias, y
- d) La posibilidad de la declaración de la inconstitucionalidad con efectos generales.

El maestro *Elisur Arteaga Nava* escribe: *"En la ley reglamentaria se debió haber establecido las consecuencias que para las autoridades encargadas de la aplicación de las leyes, traerá el hecho de que insistan una ley declarada inconstitucional"*.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Arteaga Nava, Elisur, *Op. Cit.*, p.68.

Aunque pudiera ser objeto de crítica la falta de imperio de la Suprema Corte, cuando tomen decisiones por mayoría de votos para que una ley sea declarada inconstitucional, y tenga efectos generales, puede tener su fundamento en aquél precepto constitucional que establece que la derogación de las normas solo puede hacerse por medio del procedimiento legislativo que les dio origen y en el principio de relatividad de las sentencias.

De acuerdo al artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional las sentencias que se dicten en las controversias constitucionales o en las acciones de inconstitucionalidad deberán cumplir con los requisitos de forma exigidos por sus distintas fracciones, y que a la letra se insertan:

I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;

II. Los preceptos que lo fundamenten;

III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;

*IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. **Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada;***

V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen;

VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.”

(Lo resaltado es propio)

Con fundamento en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales. Para mayor abundamiento me sirvo citar la siguiente jurisprudencia 1a./J. 2/2004, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Novena Época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIX, marzo de 2004, página 130, en la que señaló:

“JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Según lo establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y los artículos 43 y 73 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, relativo a las sentencias emitidas en resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, tienen el carácter de jurisprudencia, por lo que son obligatorias para las Salas, Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales. Los Tribunales

Colegiados serán, por tanto, competentes para conocer de los asuntos en los que ya se haya establecido criterio obligatorio con el carácter de jurisprudencia en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, como se encuentra establecido en el inciso D), fracción I, del punto quinto del Acuerdo General 5/2001, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veintiuno de junio de dos mil uno.”

4. La cuestión de constitucionalidad en España

La cuestión de inconstitucionalidad tiene su origen en Europa, específicamente en Austria, siendo parte integrante del control constitucional o justicia constitucional, pero el objeto sobre el que versaban no eran las leyes, sino los reglamentos.

En España, la justicia constitucional surge con la Constitución de 1931, por la que se estableció el Tribunal de garantías constitucionales.

La cuestión de inconstitucionalidad de ese país, tiene fundamento en el artículo 163 de la Constitución Española que a la letra establece:

*“**Artículo 163.** Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”*

De la transcripción realizada, se advierte que la cuestión de inconstitucionalidad se planteará cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma **con rango de ley**, que sea aplicable al caso, pueda ser contraria a la Constitución.

En este sentido, se tiene que el objeto sobre el que versa la cuestión de inconstitucionalidad es **una norma con rango de ley**.

Otra característica es que es un medio de control de constitucionalidad **posterior**, esto es, la justicia se acciona una vez que la norma con rango de ley ha sido promulgada, publicada y ha entrado en vigor, para lo cual se convierte en obligatoria hacia sus destinatarios.

Una vez que la ley se incorpora al sistema jurídico, requiere de un acto concreto de aplicación para poder ser sometida a la potestad de los jueces de control constitucional, lo que asemeja al juicio de amparo que se tiene vigente en el sistema jurídico mexicano.

La cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento jurídico puesto a disposición de los órganos jurisdiccionales para cumplir con su obligación de ceñirse a las leyes del Estado y no dejar de aplicarlas si las consideran contrarias a la Constitución, pues en este último caso, deberán hacerlo del conocimiento del Tribunal Constitucional y suspender el procedimiento hasta en tanto se resuelva la cuestión planteada.

En este sentido, se advierte que el objeto sobre el que versa la cuestión de inconstitucionalidad son las normas con rango de ley, pero el fundamento para plantearla consiste en **la duda sobre la constitucionalidad de ésta**,¹¹⁰ será la que motive el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tiene inicio en el momento que el juez advierte una discordancia entre una norma con rango de ley que pretende aplicar y la Constitución. Sin embargo, la duda de constitucionalidad debe ser suficientemente trascendente que pueda dar lugar a una justificación sostenible y fundada y no sólo una

¹¹⁰ Rodríguez Merino, A. *Consideraciones en torno al planteamiento de la denominada "cuestión de inconstitucionalidad"* (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981), Cuadernos de la Facultad de Derecho, España, Universidad de Palma de Mallorca, número 5, 1983, p. 70.

mera expectativa de inconstitucionalidad de la norma con rango de ley.¹¹¹ Se requiere dicho elemento, ya que uno de los problemas que presenta la cuestión de inconstitucionalidad es que la duda de constitucionalidad es una concepción subjetiva del juez sobre la norma con rango de ley que va a aplicar, de tal suerte que debe tener una justificación que pueda sostener el argumento que pretende.

Una vez que el órgano judicial delimita la duda de constitucionalidad, debe exteriorizarla a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

El artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece el momento procesal en que la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada, que en su texto establece:

“Artículo 35. [...]

Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.”

¹¹¹ Rubio Llorente, Francisco, *Sobre la Relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, La forma del poder*, Madrid, España, CEC, 1993, p.474.

Del artículo transcrito se advierte que la cuestión de inconstitucionalidad sólo **se planteará una vez que ha concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia**, de ahí que no pueda plantearse en cualquier etapa del proceso.

Esto atiende a que es el momento en que el juez tiene los elementos suficientes para determinar que la norma que va a cuestionar es la que debe aplicar al momento de emitir la resolución que pondrá fin al juicio.¹¹² De esta manera, es requisito indispensable que el proceso se encuentre concluido y en etapa de sentencia.

Según el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, prevé la **audiencia previa**, pues en su texto establece que antes de que el Tribunal emita la decisión definitiva, deberá oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en un plazo improrrogable de diez días aleguen sobre la pertinencia de la cuestión de inconstitucionalidad. La audiencia previa tiene como fin que las partes colaboren en la creación de convicción del juzgador y que las opiniones, excepciones y defensas de las partes puedan ser consideradas por el Tribunal Constitucional.

El mismo artículo ya mencionado, establece que una vez que ha transcurrido el plazo de diez días en que las partes y el Ministerio Fiscal, pueden presentar alegatos, el juzgador resolverá, en un plazo de tres días, sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Dicha resolución **es definitiva e irrecurrible**.

Una vez planteada la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y según lo establecido en el artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, son parte de este medio de control constitucional español:

1. Congreso de los Diputados,

¹¹² Montoro Puerto, Miguel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, España, Colex, 1991, p. 248.

2. El Senado,
3. El Fiscal General del Estado,
4. El Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y en su caso
5. Los órganos legislativo y ejecutivo de la comunidad autónoma.

Siguiendo con lo establecido por el artículo mencionado, las partes pueden apersonarse e incluso realizar manifestaciones en pro o en contra de la constitucionalidad de las leyes sometidas a la cuestión.

Como se advierte, una vez que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, podrán intervenir los tres órganos del poder del Estado para realizar manifestaciones respecto a la cuestión planteada ante el Tribunal Constitucional.

El artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que una vez que concluye el plazo para que las partes se apersonen y formulen alegaciones, el Tribunal Constitucional contará con quince días, o bien treinta, con una razón motivada, para dictar sentencia.

Las sentencias que emite el Tribunal Constitucional podrán ser **estimatorias** (declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la norma); **desestimatorias** (rechazo de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial) sin que dicho rechazo implique la presunción de constitucionalidad de la norma; **interpretativas** (pronunciamiento sobre una de las interpretaciones de la ley, declarando su conformidad con la Constitución o su inconstitucionalidad); y **aditivas** (sentencias estimatorias parciales, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una parte de la ley con la finalidad de extender su ámbito de aplicación a supuestos no incluidos en ella, en lugar de declarar su inconstitucionalidad y nulidad, le añade el contenido necesario para que sea conforme a la Constitución).

V. Clasificación del control preventivo

A) Facultativo

El diccionario de la lengua española define facultad como:

1. Capacidad o aptitud física o moral que posee alguien.
2. Poder, derecho para hacer alguna cosa.¹¹³
3. Cada una de las secciones en que se dividen los estudios universitarios y centro donde se cursan estos estudios.

De las anteriores, a nosotros nos interesa la capacidad que tiene una persona para dirigir su conducta en un determinado sentido. Ahora bien, en sentido técnico, una facultad es la aptitud que tiene el órgano público para desarrollar una determinada actividad.

En nuestro sistema jurídico, solo la ley puede facultar, mientras que la autoridad únicamente delega facultades por virtud de mandato legal. Tratándose del control preventivo constitucional, el sistema facultativo autoriza a que un determinado órgano político excite al órgano del control constitucional para que analice la constitucionalidad del ordenamiento legal que se pretende promulgar. Usualmente, la referida facultad recae sobre el Presidente de la República y los gobernadores de las provincias en Estados federados.

Se reputa como facultativo, al control preventivo constitucional que tiene lugar por la determinación libre y no obligatoria del órgano facultado para tal efecto por la misma Constitución Política y la ley de la materia. La facultad es un poder que se tiene para actuar o no hacerlo de acuerdo al libre arbitrio del facultado.

¹¹³ Academia de la lengua, *Diccionario de la lengua española*, España, Espasa-Calpe, 1992, p. 798.

B) Obligatorio

Válidamente se puede decir que la obligación es un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están obligadas a dar, hacer o no hacer algo respecto de otra u otras personas, en virtud de un acto jurídico. También como una relación jurídica que sitúa a una o a varias personas, en posición de deudores, frente a otras u otras, que desempeñan el papel de acreedores y respecto de las cuales están obligadas a una prestación ya positiva (obligación de dar o hacer) ya negativa (obligación de no hacer).

Las obligaciones pueden provenir de diversas fuentes, tales como: la ley, los contratos, declaración unilateral de la voluntad, la gestión de negocios, el hecho ilícito, el enriquecimiento ilícito, según sea el caso. En el caso del control preventivo constitucional, el texto del pacto político de mayor importancia de un Estado impone la obligación a determinado o determinados órganos para vigilar la constitucionalidad de las leyes que han sido aprobadas por los Congresos o Parlamentos y con ello evitar el nacimiento de mandatos legales contrarios a la Constitución.

A diferencia del sistema facultativo, el órgano no ejerce un poder, más bien, la ley le exige un deber inexcusable; no actúa de acuerdo a su libre albedrío, sino que debe cumplir con un mandato legal. El obligado no actúa discrecionalmente, pues el precepto legal en que se contiene el sentido de su actuación lo amenaza, incluso con el pago de una sanción, ante el incumplimiento de su mandato.

C) Por órgano político

El control político a que nos referimos en el título del presente apartado es el Senado de la República, motivo por el cual es indispensable que se aborde, principalmente, el origen y justificación del referido órgano político.

El bicameralismo es aceptado, dado su origen histórico, en los tiempos del siglo XIV en Inglaterra hasta la sensibilísima atenuación que de eso ofrece el actual parlamentarismo británico, de su necesaria presencia en los Estados de régimen Federal.¹¹⁴

Silvano Tosi sostiene que es ocioso debatir sobre las ventajas del bicameralismo y del monocameralismo. Para *Rousseau* la ley, es la expresión de la voluntad popular motivo por el cual, se debe eliminar cualquier obstáculo a su genuina y directa manifestación, y de donde surge la necesidad de que una sola asamblea sea la depositaria del Poder Legislativo. Por el contrario, hay quien afirma que una segunda cámara permite que tan importante manifestación popular se lleve a cabo de manera meditada, además, aseguran que una asamblea única normalmente tiene una vocación hegemónica, no controlable por el gobierno, lo cual incrementa el riesgo de que se llegue a lo que *Tocqueville* denominó, “la tiranía de la mayoría”.

Tosi, concluye que optar entre el bicameralismo y el unicameralismo no se debe considerar como si se tratara de soluciones absolutas, mas bien, relativas. Desde su óptica, consiste en un problema empírico de técnica constitucionalista, que se debe resolver caso por caso, tomando en consideración las circunstancias de orden histórico – político propias de los Estados en los cuales se desea implantar.¹¹⁵

Con frecuencia se escucha que la Constitución de 1824 consiste en una burda imitación de la Constitución norteamericana de 1787, misma que sirvió de modelo a nuestro Constituyente, por lo que en nuestra historia constitucional ha predominado el bicameralismo, en vista tanto del Acta Constitutiva, como de nuestra primera Constitución Federalista (artículos 8 y 25; en la centralista de 1836 o siete leyes y en 1843).¹¹⁶ De manera contraria, *Manuel González Oropeza* sostiene en base al trabajo realizado por el doctor

¹¹⁴ Cfr. Tosi, Silvano, *Derecho Parlamentario*, México, Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial y el Instituto de Investigaciones legislativas, 1996, p. 29.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹¹⁶ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Op. Cit.*, pp. 270 y 271.

José Barragán¹¹⁷, Jesús Reyes Heróles¹¹⁸ y Manuel Herrera y Laso¹¹⁹, que el Federalismo mexicano no ha sido una simple imitación de los Estados Unidos; sino que se consolidó a través de un largo y penoso desarrollo histórico y político propio.

En el caso de México subsistió el bicameralismo a pesar que de 1836 a 1847, el régimen adoptado fue de corte centralista. Tal contradicción se palió - al parecer de *Daniel Moreno* - asignando a dicha representación un carácter aristocrático-; ya que uno de los requisitos exigidos para ocupar el referido cargo era contar con un capital físico que redituara una renta anual superior a dos mil pesos anuales, cantidad de grandes proporciones al inicio de nuestra vida independiente.

Durante la vigencia de la Constitución centralista, los senadores eran designados por las Juntas departamentales, de acuerdo con las listas que formaba la Cámara de Diputados.

Las Bases Orgánicas de 1843, en su artículo 25 disponía que el Poder Legislativo fuera depositado en un Congreso, dividido en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores; además depositaba este Poder en el Presidente de la República, en lo tocante a la sanción de leyes.

Toda vez que la Cámara de Senadores fue percibida como un Congreso aristócrata, el constituyente de 1856-57 suprimió la figura del Senado para reducir al Congreso a una sola Cámara¹²⁰. Esto no duró mucho tiempo, ya que era nociva para la hegemonía del Poder Ejecutivo.

¹¹⁷ Cfr. *Principios sobre el Federalismo mexicano: 1824*, México, Departamento del Distrito Federal y *El pensamiento Federalista mexicano: 1824*, Administración y política, Universidad Autónoma del Estado de México, 1983.

¹¹⁸ Cfr. *Centralismo y Federalismo 1443-1814, los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tercera edición, México, Congreso de la Unión, Tomo III, 1985, p. 45

¹¹⁹ Cfr. *Federalismo y centralismo, México: historia y política*, España, Tecnos, 1987, pp. 151 y ss.

¹²⁰ Olvera y Zarco presentaron su voto particular en contra, fundándose en claras razones, distinguiendo el Senado propio del sistema Federal, que era el que se proponía, del cuerpo aristocrático que habían fundado las Bases Orgánicas y había perdurado en el sistema mixto del Acta de reformas. Cfr Tena Ramírez., Felipe, *Op. Cit.*, p. 272.

El intento de reforma se logró hasta el año de 1874, cuando se restableció la figura del Senado, siguiendo el modelo estadounidense. La Cámara de Diputados siguió siendo electa en forma proporcional al número de habitantes y la Cámara de Senadores, dos por cada entidad federativa y dos por el Distrito Federal, conservándose el sistema del voto indirecto.

Para la Constitución de 1917, ya institucionalizado el voto directo, a causa de la propaganda populista y a la influencia del movimiento democrático que encabezó Francisco y Madero, se continuó con el sistema bicameral, por lo que hace al Congreso general.¹²¹

Serna de la Garza opina que por tradición se ha identificado al bicameralismo con el sistema Federal. Esto así se explica porque desde la Constitución de 1824 se ordenó que los senadores fueran electos por las Legislaturas de los estados¹²². Por ello se pensaba que los senadores representaban a los estados de la república y no a la nación, como lo hacían los diputados¹²³. Esta creencia se ha refrendado por el hecho de asociar, en cuanto a la naturaleza de su representación, al senado mexicano con el norteamericano.

Sin embargo, *Serna de la Garza* parece haber encontrado elementos que contradicen tal asociación. El primero se desprende de la experiencia centralista mexicana en la cual, como ya se vio subsistió el bicameralismo. Otro elemento lo constituye la gradual desaparición de la intervención de las Legislaturas locales en el proceso de elección de los senadores, cuyo último resabio fue la disposición contenida en el artículo 56 constitucional que contemplaba facultad de declarar electo al candidato a senador que hubiera

¹²¹ Cfr. Moreno, Daniel, *Op. Cit.*, pp. 426 a 428.

¹²² Así pues, relacionando lo dispuesto por el artículo 10 del proyecto que establecía: *El Poder Legislativo general de la federación, residirá depositado en una cámara de diputados, y en un senado; que componen el Congreso general de la Federación*, con lo dispuesto por el artículo 42, que a la letra reza: *El senado de la federación se compone de dos senadores de cada Estado, elegidos por sus Legislaturas y renovados por mitad de dos en dos años*. Cfr. Barragán Barragán, José, *Introducción al Federalismo; la formación de los Poderes en 1824*, México, UNAM, 1978, pp. 208 y 210.

¹²³ Al modo de ver de José Antonio Alonso de Antonio, el bicameralismo solo parece tener sentido en los Estados Federales, o al menos, descentralizados políticamente, en los cuales, las dos cámaras que integran el parlamento asumen representaciones distintas y que desempeñan funciones parcialmente diferentes. Así las cosas, la cámara baja ostentará la representación política, mientras que la cámara alta, la representación territorial. Cfr. Alonso De Antonio, José Antonio, *Derecho Parlamentario*, España, J.M. Bosch editor, España, 2000, p. 34.

obtenido la mayoría de los votos emitidos. Finalmente, existe el hecho de que a los aspirantes a ser miembro de cualquiera de las cámaras se les exigen los mismos requisitos, con excepción del de la edad.

Por lo expuesto, se puede concluir que la justificación de un sistema bicameral, no es su inserción en un sistema Federal, sino el ánimo de introducir un principio de corresponsabilidad, de control y moderación dentro del Poder Legislativo¹²⁴ una cámara baja popular y una cámara alta integrada por los *notables* de la sociedad. Es mas, la mayor serenidad política y de ánimo y de madurez lo supone la edad más avanzada. Este factor resultaría el factor determinante que garantizara la existencia de un elemento moderador en los procedimientos parlamentarios.

Nuestro país, actualmente está regido por un sistema pluripartidista, donde cabe la posibilidad de que la mayoría parlamentaria de ambas cámaras pertenezca a uno o varios partidos de oposición¹²⁵, por lo que es de esperarse que el bicameralismo recobre su función de elemento moderador, mediador y representativo de las entidades.

Serna de la Garza, cita las ventajas del sistema bicameral de acuerdo con el pensamiento de *Tena Ramírez*, mismas que son:

¹²⁴ Sobre el particular Maurice Hauriou señala que la dualidad de las cámaras es la condición necesaria para la moderación del Poder, sin la cual no es posible gobierno constitucional alguno. El Poder Ejecutivo ha sido moderado por la dualidad del jefe de Estado y de los ministros, por lo que el Poder Legislativo se debe moderar con la dualidad de las cámaras (senadores y diputados). Cfr. *Principios de derecho público y constitucional*, Traducción por: Carlos Ruíz Del Castillo, segunda edición, España, Instituto editorial REUS. 1972, p. 476.

¹²⁵ Recuérdese que el PRI fue perdiendo espacios dentro de la legislatura Federal, tan solo basta echar un ojo a la conformación del Congreso de la Unión desde la LIV a la LVII legislatura. Además de que el día 2 de Julio del año 2000 el partido hegemónico que desde Plutarco Elías Calles había detentado la presidencia de la república dio paso a la alternancia al perder su candidato frente al propuesto por el PAN, Vicente Fox Quezada. Con la conformación de la LVII legislatura se inauguró una nueva época en la vida del Poder Legislativo mexicano, en tanto que el PRI, por primera vez en su historia, perdió la mayoría absoluta (251 diputados) lo que colocaba al sistema político mexicano en la antesala de la llamada cohabitación plena. En el Senado el PRI conservó la mayoría absoluta, que no estuvo en riesgo puesto a que en el año de 1997 no se disputó más que un porcentaje minoritario de los escaños; sin embargo no logró reunir la mayoría calificada necesaria para realizar las reformas constitucionales por si mismos, pues solo obtuvo 76 lugares de los 128 de la cámara alta. El debilitamiento del entonces partido hegemónico u oficial desmanteló antiguas prácticas de integración de los órganos de gobierno al interior de la cámara baja, de conformación de las comisiones legislativas y de los eventos ceremoniales, como la respuesta al informe presidencial. Cfr. LVIII legislatura, *Directorio del Congreso mexicano LVIII legislatura 2000-2003*, México, 2001, p. 608.

- a) El hecho de favorecer el equilibrio de Poderes, dividiendo al Legislativo, el cual generalmente tiende a predominar.¹²⁶
- b) En caso de conflicto del Ejecutivo con una de las Cámaras, la otra puede servir de mediadora. No obstante, si el conflicto surge con ambas Cámaras, hay la presunción de ser cierto el criterio de la Legislatura.
- c) La segunda Cámara es una garantía contra la precipitación legislativa, así como contra el error y el desborde y el predominio de las pasiones políticas en el proceso Legislativo¹²⁷. Esto se debe a que el tiempo que transcurre entre la discusión en la primera cámara y la segunda, permite que la controversia sea meditada y madurada a efecto de emitir un buen juicio.¹²⁸
- d) Además incluyo la representación de los intereses de los Estados a pesar de que se han creado otras organizaciones que cumplen con ese propósito, siendo el caso de la Confederación Nacional de Gobernadores.

D) Por órgano jurisdiccional

El vocablo jurisdicción, significa "*decir el derecho*". Se le llegó a concebir como la facultad del Estado para conocer y resolver las controversias jurídicas que se le llegaran a plantear. En la actualidad, el concepto de jurisdicción es todavía más elaborado. Se le identifica con la actividad a través de la cual, el Estado interviene excitado por un acto de los particulares, incluso de los órganos públicos, con la finalidad de procurar la realización de los intereses tutelados

¹²⁶ La figura del senado se ha podido mantener a través del transcurso de los años, en virtud de que la opinión pública fue convencida de que la dualidad de las cámara era indispensable para la democracia liberal. La idea básica estriba en que para el equilibrio de Poderes es necesaria la existencia de una segunda cámara; ya que una cámara única conduciría al régimen de la asamblea. Cfr. Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, sexta edición española, España, Ariel, 1982, p. 135.

¹²⁷ Aunque sin coincidir con sus argumentos Maurice Duverger expone que carece de fundamento el argumento que expone que la segunda cámara es para la reflexión; bajo el razonamiento de que la cámara al controlar las decisiones de la primera, evitaría las medidas precipitadas, descuidadas y rápidas; con la finalidad de asegurar un mejor trabajo parlamentario. El autor señala que el defecto principal de los parlamentos es la lentitud y no la precipitación; por lo que al añadir un freno mas, agravaría el problema principal que atañe al parlamento; por lo que propone una disposición adecuada en torno al trabajo interno de la cámara que asegure la reflexión necesaria, tanto como el sistema bicameral pero sin sus inconvenientes. *Ibíd.* p. 136.

¹²⁸ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, décimo sexta edición, México, Porrúa, 1978, p. 266. Autor citado por Serna De La Garza, José María, *Panorama de Derecho mexicano*, México, Mc Graw Hill, 1997, pp. 9 y 10.

por el ordenamiento legal, que quedaron insatisfechos por la falta de cumplimiento de la norma jurídica que los ampara.

Afirma *Carnelutti* que en el acto jurisdiccional quien juzga y manda es un tercero imparcial, que no forma parte en el conflicto; se trata de un heterocomponedor público, laico y nacional, a quien se denomina “juez”.¹²⁹

La jurisdicción se puede concebir como “*una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir controversias de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial*”.¹³⁰

Entonces debemos concluir que el control previo de la constitucionalidad de las leyes por órgano jurisdiccional es precisamente por quienes tienen en sus manos la resolución de conflictos jurídicos mediante el planteamiento de una controversia. Sin embargo, no todos los órganos jurisdiccionales tienen la capacidad técnica, ni están facultados para conocer sobre la constitucionalidad de los actos de las autoridades. En el Sistema Jurídico Mexicano, esta función recae en unos cuantos órganos en cuya cúspide se encuentra la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VI. La legitimidad activa en materia de control preventivo constitucional

Cipriano Gómez Lara distingue tres conceptos relevantes para el Derecho Procesal y con estrecha vinculación entre sí; siendo estos: capacidad, legitimación y representación.

Por capacidad debe entenderse la aptitud de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Ella se puede clasificar de la siguiente

¹²⁹ Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, 9ª edición. Tomo I-O, México, Porrúa, 1996, p, 1885.

¹³⁰ *Ibidem*.

manera: de goce y de ejercicio. Capacidad de goce es la aptitud de un sujeto para disfrutar los derechos que le concede la ley, mientras que la capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para ejercer o hacer valer por si mismo, los derechos y obligaciones que se le imputan. Su aspecto antagónico es la incapacidad, entendida como la inaptitud del sujeto para gozar, pero sobre todo para ejercitar y hacer valer por si mismo los derechos y obligaciones de los que es titular.¹³¹

Por legitimación se debe entender una situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta.

Una persona que padece de sus facultades mentales sin duda alguna tiene capacidad de goce, lo cual significa que goza de la aptitud para disfrutar de los derechos de que es titular; sin embargo, por su condición especial como ser humano, no los puede ejercitar por si o en representación de otros. La capacidad de ejercicio que tiene una persona para acudir ante los órganos jurisdiccionales es lo que el autor califica como legitimación procesal. Esta puede ser a su vez: activa y pasiva. Legitimación activa es la capacidad que tiene una persona para excitar al órgano jurisdiccional, para dar inicio a un proceso; mientras que la legitimación pasiva es la situación jurídica de la persona en contra de la cual se ha pretendido enderezar un proceso (demandado).

Además, existe una relación estrecha entre los conceptos de pretensión y legitimación. La pretensión como conducta o como deseo solo se legitima si existe una razón jurídica para hacerla valer, razón por la que las reglas relativas a la legitimación tienen como finalidad, establecer la clase de sujetos y las condiciones que les permiten pretender la sujeción de otros intereses ajenos a los suyos y por ende, impulsar a los órganos jurisdiccionales a que resuelvan sobre el fondo de las referidas pretensiones.¹³²

¹³¹ Cf. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, octava edición, México, Harla, 1990, p. 260.

¹³² *Ibidem*, pp. 261 y 262

La representación es la institución jurídica que permite a una persona la realización de actos jurídicos por otra, ocupando su lugar o actuando por ella. En consecuencia, la actuación jurídica del representante incide en los derechos y obligaciones del representado. El representado es el centro de imputación jurídica.

La representación se puede clasificar en: legal y convencional. La legal es imperativa, forzosa toda vez que así lo dispone la ley como en el caso de la patria potestad, que por su propia y especial naturaleza es necesaria e inexcusable. La representación voluntaria es personal, de libre aceptación por las partes, susceptible de ser utilizada en determinados negocios jurídicos, esencialmente revocable, y normalmente, se sujeta a las instrucciones del representado.

El concepto de personalidad usualmente es mal utilizado por nosotros los abogados, debido a que a través de él pretendo significar la aptitud para representar o la legitimación que dicha representación jurídica otorga, cuando técnicamente, la personalidad es la suma de todos los atributos de una persona, el conjunto de sus derechos y obligaciones.¹³³

Una vez que han sido aclarados los conceptos doctrinarios vertidos en el presente apartado debemos tomar en cuenta que no todas las personas están legitimadas para excitar al órgano encargado del control preventivo constitucional para revisar la constitucionalidad de los proyectos legislativos antes de adquirir su vigencia. Como ocurre en la controversia constitucional y las acciones de inconstitucionalidad, únicamente ciertos órganos políticos o grupos de poder (como son los partidos políticos) tienen legitimidad para acudir ante nuestro Tribunal Constitucional a efecto de que se analice la constitucionalidad de las leyes antes de ser promulgadas y publicadas por el Ejecutivo.

¹³³ Ibidem.

El sistema jurídico mexicano podría imponer legitimidad activa para promover ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posible contradicción entre un proyecto de ley, en lo general, o artículos específicos y la Constitución General de la República, al Presidente de la República, a los gobernadores de los Estados, al Congreso General de la República, cualquiera de sus Cámaras y los Congresos locales.

La limitación de la legitimidad activa se basa en primer lugar a que los ciudadanos no pueden conocer el contenido de las leyes, en tanto no son publicadas en el Diario Oficial de la Federación y las gacetas de los estados; en segundo lugar, porque no se puede legitimar a una persona cuya esfera jurídica no ha sido afectada por el acto de autoridad; en tercer lugar, porque al legitimar a todos los ciudadanos, se podría generar mayor carga de trabajo para el órgano de control.

La legitimidad activa, en éste caso, busca contrapesos entre los poderes de la Unión y de las entidades federativas, así como ejercer un control de los actos legislativos, promovida por los mismos órganos que intervienen en su creación, promulgación y publicación.

VII. La ley como objeto sobre el que puede versar el control preventivo constitucional.

La legislación siempre es un acto humano, tendiente a normar o regular la conducta de los hombres mediante proposiciones prescriptivas. La palabra legislación proviene del latín *legislationis*, y mediante ella se hace referencia al conjunto o cuerpo de leyes por las cuales se gobierna un Estado, o una determinada materia.

Con el propósito de evitar repeticiones sobre el concepto de ley, se invoca lo ya escrito en el capítulo segundo de esta tesis.

La doctrina ha reconocido dos aspectos que son inherentes a la legislación, siendo estos: su aspecto *formal* que se refiere a la exigencia de formular clara, inequívoca y exhaustivamente los preceptos contenidos en las leyes, mientras que el aspecto material consiste en la ordenación de las instituciones que tienden a solucionar o satisfacer congruentemente los conflictos. Tales aspectos conforman la coherencia estructural de la legislación.

La legislación como fuente formal del Derecho reviste las siguientes características:

- b) Se trata de un procedimiento para la creación de normas jurídicas generales (leyes);
- c) Dicho procedimiento debe observar ciertas formalidades y se manifiesta de forma escueta;
- d) Existe un rango de jerarquía entre las leyes que la integran;
- e) Es producto de las políticas elegidas por los órganos del Estado.

De esta manera, el control preventivo constitucional deberá versar principalmente sobre la legislación interna, es decir, sobre los ordenamientos jurídicos emanados del legislativo que reúnan las características de generalidad, abstracción e impersonalidad.

VIII. Los efectos de las sentencias emitidas en materia de control preventivo constitucional

La resolución sobre el control preventivo constitucional tendrá por efecto la inaplicabilidad de la ley que se declare inconstitucional, ya sea en todo o en parte y deberá ser modificada por el órgano legislativo.

Además, estas resoluciones revisten carácter obligatorio, por lo que las leyes declaradas inconstitucionales a través de este sistema no pueden publicarse hasta en tanto sean modificadas.

Un efecto de carácter procesal sería el reenvío del proyecto al órgano que le concibió para que reforme aquellos aspectos que el Tribunal Constitucional ha considerado contrarios al Pacto Federal, con el propósito de armonizar su contenido.

El vocablo “*sentencia*” proviene del latín “*sentencia*” que en su acepción común significa “*dictamen, parecer que una persona tiene*”. Otra de sus acepciones es la decisión de cualquier controversia. En el mismo diccionario de la lengua española se puede encontrar una acepción técnica “*La que termina el asunto o impide la continuación del juicio, aunque contra ella sea admisible recurso extraordinario.*” Además se entiende por sentencia definitiva “*Aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo.*”¹³⁴

La sentencia es uno de los tipos o clases de resoluciones judiciales, calificada por *Cipriano Gómez Lara*, probablemente como la más importante de todas ellas, a través de la cual se pone fin al proceso. Además de poner fin al proceso, en la sentencia, el juez se puede pronunciar sobre el fondo del asunto que se le ha encomendado enjuiciar aplicando la ley general al caso concreto, o en su caso se niega a pronunciarse sobre el fondo del negocio, sin dirimir la controversia por una serie de circunstancias formales que le impiden resolver la sustancia de la litis.¹³⁵

Para *Rodolfo Bucio Estrada*:

“La sentencia es una resolución o acto jurisdiccional en donde el juez emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso.” Prosigue “*La sentencia definitiva*

¹³⁴ Cfr. *Diccionario de la lengua española, Real academia de la lengua*, décimo novena edición, España, Espasa-Calpe, 1970, p. 1192.

¹³⁵ Cfr. *Gómez Lara, Cipriano, Op.Cit.*, p. 380.

*es el acto mediante el cual el juez da cumplimiento a la obligación que nace para él de la demanda judicial.*¹³⁶

El doctor *Pedro Aragonese* Alonso define la sentencia como:

*“aquella forma de terminación del proceso que contiene la decisión del Juez sobre la controversia. (...) el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello, aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el Derecho concede a un determinado interés.” (...) “La declaración de la voluntad del estado, que afirma como existente o inexistente el efecto jurídico pedido por el actor...”*¹³⁷

Ismael Ruíz Martínez define la sentencia en el amparo como *el acto jurisdiccional que resuelve la controversia constitucional planteada.*¹³⁸ A pesar de tratarse de una definición, su ambigüedad permite alcances que van más allá de las limitantes y especificaciones de la sentencia de amparo, pues dentro de ella cabrían perfectamente las que se dictan en las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

Carlos Arellano García nos brinda la siguiente definición de sentencia definitiva: *“La sentencia definitiva es el acto jurisdiccional por el que se resuelve la controversia planteada, al finalizar el juicio, declarando, condenando o absolviendo.”*¹³⁹

Acto seguido propone una definición sobre la sentencia definitiva en el amparo.

“...es el acto jurisdiccional del juez de Distrito, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito por el que, una vez terminada la tramitación de la

¹³⁶ Bucio Estrada, Rodolfo, *La ejecución de las sentencias civiles en México*, México, Porrúa, 2004, p. 16.

¹³⁷ Aragonese Alonso, Pedro, *Sentencias congruentes*, España, Editorial Aguilar, 1957, p. 197.

¹³⁸ Ruíz Martínez, Ismael, *Op. Cit.*, p. 101.

¹³⁹ Arellano García, Carlos, *Op. Cit.*, p. 795.

controversia planteada sobre la violación de garantías individuales o sobre la invasión competencial entre Federación y Estados, se resuelve si se concede, niega o sobresee el amparo solicitado por el quejoso contra el acto reclamado de la autoridad responsable.”¹⁴⁰

Tratándose de Controversia Constitucional y acción de inconstitucionalidad, la sentencia que la Corte emite, puede tener efectos generales, si el acto reclamado es una norma general, si es votada a favor por ocho de sus Ministros. En ese sentido léase la parte conducente de la fracción I del artículo 105 Constitucional que, por su importancia a la letra se cita:

“Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la federación, de los municipios impugnadas por los estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare invalidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.”

Los efectos de dicha resolución deberán ser la inaplicación de las normas declaradas inconstitucionales para que realmente se proteja la constitucionalidad de los actos legislativos, con el propósito de armonizar todo el sistema jurídico de forma paulatina.

¹⁴⁰ Ídem.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO COMPARADO

SUMARIO:

I. Países seleccionados para el estudio del derecho comparado. II. Chile. III. Ecuador. IV. Venezuela. V. España. VI. Francia.

I. Países seleccionados para el estudio del Derecho Comparado

En la mayoría de los países de América Latina, existe el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, consecuencia del principio de supremacía constitucional, conforme a la cual todos los jueces tienen la obligación de no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales y que rigen la solución del caso concreto que deben decidir, sólo que sus efectos se limitan a proteger a quienes demandan la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. En general, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se concibe como un control *posterior*, que se ejerce respecto de leyes vigentes, siendo excepcional la existencia de un sistema exclusivamente preventivo, de las leyes no promulgadas, tema principal de la tesis de licenciatura que en este momento se escribe.

La supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se consideran fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del Derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia pacífica en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden

contradecirla, y en caso de que suceda existen juicios que llevan a la invalidez de la norma contraria a la Ley Suprema.

El estudio de Derecho Comparado elaborado en el presente capítulo tiene por objeto aprender de otros países, los sistemas de control preventivo de la constitucionalidad que se han adoptado, para que, concluyendo los medios más adecuados, por las ventajas que presentan, respecto al nuestro, se pueda implementar en nuestro país un mecanismo de éste tipo, que asegure la constitucionalidad de los ordenamientos normativos que vayan a regir en un futuro dentro del territorio Nacional.

De esta manera, he seleccionado los países de América Latina más avanzados en el control preventivo, así como los que dieron el antecedente a estos medios de control constitucional.

A) Chile

Fundamento constitucional

“Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

[...]

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

[...]

4° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

5° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

[...]

8° Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;

9° Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;

[...]

16°- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.”

(Lo resaltado es propio)

Según el artículo transcrito, existe un control preventivo de constitucionalidad en Chile, mismo que tiene lugar en los siguientes ordenamientos de carácter general:

- Proyectos de ley, disponiendo la obligación del Presidente de la Cámara de origen, de enviar al Tribunal los proyectos pertinentes y,
- Los tratados internacionales; regulando el efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pueda hacer el Tribunal respecto de uno o más preceptos de un tratado.

El órgano competente para conocer sobre las cuestiones relativas al control de la constitucionalidad de los actos legislativos en Chile es el Tribunal Constitucional. Esta es una de las principales razones que llevaron a su creación.¹⁴¹

Características

- El texto de la ley secundaria establece el control preventivo obligatorio de las iniciativas legales que se tramiten en el Parlamento.

Procedimiento

Tratándose de la declaración de inconstitucionalidad sobre leyes o tratados internacionales, el Tribunal Constitucional sólo podrá conocer de la materia a solicitud del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

¹⁴¹ <http://www.bcn.cl/ecivica/histcons>

El Tribunal tiene la obligación de resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

En caso de inconstitucionalidad total o parcial de un tratado, el Presidente no podrá ratificarlo o promulgarlo; si es parcial, el jefe del Ejecutivo quedará facultado para decidir su ratificación en la parte no objetada, si ello es procedente conforme a las normas del tratado y las del Derecho Internacional.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

En el caso de decretos con fuerza de ley, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso de reglamentos, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio de las Cámaras formular dicho requerimiento.

El artículo 94 de la Constitución Chilena, establece:

“Artículo 94.- Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.”

142

Del artículo transcrito, se advierte que el Tribunal Constitucional resolverá sobre la constitucionalidad de leyes y tratados, las resoluciones son definitivas no recurribles y podrán declarar la conformidad de ley a la Constitución, o bien, la inconstitucionalidad.

B) Ecuador

¹⁴² <http://www.gobiernodechile.cl/constitucion>

Antecedentes

El Tribunal de Garantías Constitucionales creado en el año de 1931 sólo podía suspender los efectos de una ley hasta que el Congreso Nacional dictaminara sobre su inconstitucionalidad, lo cual, significa que, en última instancia, el control fuera asignado al órgano legislativo. Ello probablemente se debió a la influencia que desde el siglo XIX tuvo la doctrina francesa (separación de poderes), según la cual no se aceptaba que hubiera un órgano que controlara las leyes elaboradas por el órgano legislativo, pues éstas eran la expresión de la voluntad soberana. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de una ley debía ser atribución del propio legislador.

En Ecuador existe una Ley de Control constitucional, cuyo capítulo tercero del Título primero trata sobre *“la inconstitucionalidad de leyes, decretos-leyes decretos y ordenanzas”*. De acuerdo con este ordenamiento, el control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales en especial de los derechos y garantías establecidas a favor de los gobernados, mismos que son plenamente aplicables y susceptibles de ser invocados ante cualquier juez, tribunal o autoridad de la Nación. En consecuencia, carecen de valor las normas de menor jerarquía que se opongan a los preceptos constitucionales.

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo del control constitucional, independiente de las demás funciones del Estado, goza de personalidad jurídica, dotado de autonomía administrativa y presupuestaria, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Para su eficaz funcionamiento, los vocales (homólogos de los Ministros) del Tribunal Constitucional no serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo. Dicha inviolabilidad permite la autonomía del órgano constitucional, así, el artículo 12 de la Constitución ecuatoriana, establece:

“**Art. 12.-** Son atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de leyes, decretos - leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; y de ser el caso, suspender total o parcialmente sus efectos;

[...]

4. Resolver respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, **en el proceso de formación de las leyes;**

[...]

6. Conocer los informes que se le presenten sobre declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por las salas de la Corte Suprema de Justicia o por los demás tribunales de última instancia; y resolver con **carácter de obligatoriedad general la inaplicabilidad de un precepto legal si fuere contrario a la Constitución.** Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo.”

(Lo resaltado es propio).

Legitimidad procesal, fundamento legal

El artículo 18 de la Constitución, establece quiénes se encuentran legalmente facultados para demandar la inconstitucionalidad de leyes o normas generales:

“**Art. 18.** La inconstitucionalidad total o parcial de una ley, decreto-ley, decreto, reglamento u ordenanza, ya sea por razones de fondo o de forma, podrá ser demandada por:

a) El Presidente de la República,

- b) El Congreso Nacional, previa resolución mayoritaria de sus miembros;
- c) La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno;
- d) Mil ciudadanos, cuya identidad se acreditará con la copia de sus respectivas cédulas de ciudadanía; y,
- e) Por cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre la procedencia.”

Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad

“Art. 22. Las disposiciones de ley, decreto-ley, decreto, ordenanza o reglamento materia de la demanda, que el Tribunal las declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia y desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna.

*Dicha resolución, no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad.”*¹⁴³

En Ecuador, la defensa de la Constitución compete a un órgano que ejerce control de constitucionalidad concentrado, “*el Tribunal Constitucional*” a través de un sistema mixto que consiste en:

- Acciones de inconstitucionalidad, de carácter posterior
- Control constitucional preventivo (derogado en 1945)

Sin embargo es importante mencionar que actualmente el sistema de control constitucional previo en Ecuador no se encuentra vigente, fue eliminado

¹⁴³ <http://www.uc3m.es>

del sistema en 1945 por cuestiones de carácter político, como fueron la falta de conveniencia en la adopción de este sistema, ya que se ejercía mayor control sobre el parlamento.

Como características especiales, están las de ser llevado a cabo por el Tribunal de Garantías Constitucionales sobre disposiciones de ley, decreto-ley, decretos, ordenanzas y reglamentos, era de carácter facultativo, en este país se autorizó a los particulares para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad antes de que la norma jurídica de carácter general cobrara vigencia y cuando ésta se declaraba inconstitucional el efecto era su inaplicabilidad.

C) Venezuela

Antecedentes

El origen del control constitucional en Venezuela se remonta a las disposiciones de la Constitución de 1811 en la que se contenían los principios de supremacía constitucional y la anulación de las leyes contrarias al texto fundamental, pasando por el control político de las leyes provinciales, la acción directa de inconstitucionalidad contra leyes de carácter concentrado, en 1858, la coexistencia del control concentrado y difuso desde el siglo XIX, y su consolidación, hasta ahora.

En cuanto al primer principio citado, el artículo 227 de la Constitución, a la letra dispuso: *“no tendrán ningún valor, sino cuando hubiesen llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción.”*

Por lo que hace al segundo principio arriba mencionado, se disponía en su artículo 199, que a la letra se inserta:

“Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: que todas y cada una de las

cosas constituidas en la anterior declaración de derechos están exentas y fuera de alcance del Poder general ordinario del gobierno y que, conteniéndose o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellas que se expida por la legislatura federal, o por las provincias será absolutamente nula y de ningún valor.”

Tiempo después, en la *Constitución de 1858* se estableció por vez primera, y de manera expresa el control judicial objetivo de la constitucionalidad, asignándole el carácter de acción popular, y atribuyéndole a la Corte Suprema la competencia para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales a petición de cualquier ciudadano cuando fueran contrarios a la Constitución.

Con la implantación del sistema Federal, en la *Constitución de 1864*, se estableció un sistema de protección de la autonomía y derechos de los nuevos Estados, contra los actos del Congreso Nacional o del Ejecutivo Nacional. En efecto, esa Constitución atribuyó a la Alta Corte Federal, la competencia para declarar nulo, a petición de la mayoría de las legislaturas, todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que violara los derechos garantizados a los estados en el referido documento o atacara su independencia. A partir de la Constitución de 1909, la protección constitucional se amplió a los municipios.

El sistema venezolano del control de la constitucionalidad, puede ser considerado como un sistema mixto, paralelo, o integral en virtud, de que tanto el difuso como el concentrado se encuentran simultáneamente previstos por la Constitución y regulados por la normatividad secundaria.

Fundamento constitucional

*“**Artículo 262.** El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en Sala Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas*

por su ley orgánica. La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores.

Artículo 266. *Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:*

1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.

[...]

5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.”

(Lo resaltado es propio).

Sistema mixto de control de la constitucionalidad de las leyes

Artículo 334. *Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. **Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.***

(Lo resaltado es propio).

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de los cuerpos legislativos nacionales que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta. 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público. 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación. 6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República. 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.”

(Lo resaltado es propio).

El control de la constitucionalidad de las normas puede ser ejercido mediante la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes y demás actos normativos ante la Corte Suprema de Justicia. En cuyo caso, la pretensión consiste en la anulación de la norma (o determinados artículos), atacados por inconstitucionales por vía principal y directa ante el máximo tribunal del país.

Por el contrario, la iniciativa del ejercicio del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes **está reservada constitucionalmente al**

Presidente de la República, a los Gobernadores de Estado y a los Alcaldes Municipales, con ocasión del veto u objeción de las leyes. En esos casos, dentro del término fijado para promulgar la ley, el Presidente (y en su caso los Gobernadores y Alcaldes) puede ocurrir a la Corte Suprema de Justicia, a fin de combatir la inconstitucionalidad alegada.

El Presidente de la República debe promulgar las leyes dentro de los diez días siguientes a aquél en que las haya recibido. Sin embargo, dentro de ese mismo lapso puede objetarlas con acuerdo del Consejo de Ministros, fundándose en su inconstitucionalidad. Así las cosas, el Presidente de la República puede acudir ante la Corte Suprema de Justicia solicitando su decisión sobre la inconstitucionalidad que le atribuye a la ley. En este caso, la Corte decidirá en el término de diez días, contados desde el momento en que ha recibido la solicitud del promovente.

Efectos de las sentencias pronunciadas con motivo del control preventivo de constitucionalidad de las leyes

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad contra normas (actos de efectos generales), la Corte en su fallo definitivo declarará si procede o no la nulidad del acto o de los artículos impugnados, una vez examinados los motivos en que se fundamente la demanda, y determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo si fuere declarado con lugar el recurso. La Corte ordenará, además, que en el Sumario de la Gaceta Oficial donde se publique el fallo, se indique, con toda precisión, el acto o disposición anulados (artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

En consecuencia, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma tiene **efectos generales** y si bien en principio tiene efectos constitutivos, es decir, hacia el futuro, la Corte tiene facultad para determinar los efectos de su decisión en el tiempo. Por lo cual, en casos excepcionales de nulidades absolutas particularmente graves, la Corte puede disponer los efectos de su decisión hacia el pasado.

D) España

Orígenes y evolución de los sistemas

En el artículo, 160 de la Constitución de 1812, se otorgaba a la Diputación Permanente de las Cortes, la misión de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.

A su vez el proyecto de Constitución Federal de la República española de 1873 señalaba que en el caso de que el órgano legislativo elaborara alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en Pleno tendría facultad de suspender los efectos de esa ley.

El único precedente es el artículo 121 de la Constitución de 1931 en el que se regulaban las atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales estableciendo que tendría competencia para conocer de los siguientes asuntos:

- a.El recurso de inconstitucionalidad de las leyes,**
- b.El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades,
- c.Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las Regiones autónomas y los de éstas entre sí, y
- d.El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de República.

El control preventivo constitucional se limita en España a los tratados internacionales¹⁴⁴ tal como se desprende de la lectura del artículo 95 de su norma fundamental:

“Artículo 95

*1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa **revisión constitucional.***

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

Control judicial concentrado. En España se creó un órgano especial con funciones relativas al estudio de temas constitucionales. La competencia del Tribunal Constitucional de España es conocer en medios de defensa contra leyes y disposiciones normativas, amparos por violación de derechos humanos conflictos de competencia entre el Estado y las Constituciones Autónomas.

Los legitimados para impulsar el referido control constitucional son:

- a) **Por vía Directa:** Presidente del Gobierno, Defensor del pueblo, Senadores, órganos colegiados de las Comunidades Autónomas, además de que puede interponer recurso de amparo toda persona con un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.
- b) **Por vía Indirecta:** la cuestión puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional por el órgano judicial durante el proceso cuando se tenga que aplicar una ley que puede ser contraria a la Constitución. Las sentencias que declaran inconstitucionalidades tienen efectos generales.¹⁴⁵

¹⁴⁴ <http://narros.congreso.es>

¹⁴⁵ <http://www.monografias.com/trabajos10/supre/supre.shtml?relacionados>

Composición del Tribunal Constitucional

El artículo 159 de la Constitución española establece que el Tribunal Constitucional se compone por 12 miembros nombrados por el Rey; cuatro a propuesta del Congreso, cuatro por el Senado, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, actúa en Pleno o en dos Salas, que estarán compuestas por seis Magistrados cada una, quienes conocerán de los asuntos no atribuidos expresamente al Pleno.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, la persona interesada deberá ser nombrada entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, ser jurista de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio profesional.

La duración de los magistrados en el ejercicio de su encargo será por nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres, además de que se garantiza la independencia e inamovilidad de los miembros del tribunal mientras dure su mandato.¹⁴⁶

Competencia del Tribunal Constitucional

Se establece en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y puede agruparse de la siguiente manera:

- 1) Competencia para conocer sobre el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del control previo de constitucionalidad, en cuestiones de inconstitucionalidad y en el control previo de los tratados internacionales.

¹⁴⁶ http://www.justiniano.com/revista_doctrina/constitucional_de_las_leyes.htm

- 2) Competencia para entender en los recursos de amparo interpuestos por los particulares para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 13 a 30 de la Constitución Española.
- 3) Competencia para resolver los conflictos referentes a la organización territorial del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- 4) Competencia para resolver las impugnaciones planteadas por el Gobierno, respecto a disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.
- 5) Competencia para conocer los conflictos que planteados entre los principales órganos del Estado.

El artículo 163 de la Constitución Española, regula la *Cuestión de Inconstitucionalidad* de la que ya se escribió en el capítulo tercero de esta tesis, que establece lo siguiente "*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*". Ello no significa que los jueces y tribunales ordinarios no puedan realizar un juicio de constitucionalidad positiva, juicio que de manera obligatoria deben realizar, porque si el resultado fuese negativo tienen la obligación, conforme al presente artículo, de remitir la cuestión al Tribunal Constitucional.

Finalmente el artículo 24 de la Constitución Española, establece la tutela judicial efectiva: "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión*." Ello genera uno de los principales conflictos entre ambas jurisdicciones, ya que a través de él, las sentencias del Tribunal Supremo son recurridas, sistemáticamente ante el Tribunal Constitucional.

En principio, en los ordenamientos jurídicos donde haya jurisdicción constitucional y ordinaria, hay que ver como algo natural que haya puntos de conflicto entre ambas, además, hay que considerar que el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial. El problema se da en este caso porque se ha observado que el Tribunal Constitucional se ha extralimitado en su competencia pues su función originaria, era velar por la tutela de los derechos fundamentales.

A modo de síntesis cabe destacar que el Tribunal Constitucional no sólo garantiza la superioridad de la Constitución estableciendo las jerarquías frente a un norma que se plantea como inconstitucional, además de resolver los conflictos que se suscitan entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de los de éstas entre sí, o entre los distintos órganos del Estado, utilizando métodos y criterios jurídicos. Conoce además en el plano judicial, el recurso de amparo como garantía frente a la violación de los derechos fundamentales.

Hay que tener presente que, en la actualidad, el control de constitucionalidad, no le corresponde sólo al Tribunal Constitucional, tiene la última palabra, pero comparte el control con el resto de los jueces que realizan un juicio de constitucionalidad positiva. De allí que se observa que el modelo concentrado europeo y el modelo difuso americano se han integrado en cierta medida.¹⁴⁷

E) Francia

El control constitucional previo surgió en Francia en 1799, como un sistema de control político, a través del cual, el Senado asume funciones de tutela y preservación de los postulados constitucionales. Es producto de la inspiración de Emmanuel J. Sieyès, cuya atribución principal consistió en procurar que todos los poderes del Estado se sometieran a sus disposiciones y con la

¹⁴⁷ <http://www.justiniano.com>

facultad de anular cualquier acto que implicase una violación flagrante a sus preceptos.

La referida función vuelve a ser retomada por la Constitución de 1852 en la que el Senado asume funciones de tutela y preservación constitucional ejercidas a solicitud expresa del gobierno y de los ciudadanos. En virtud de ella, **se debían examinar las leyes antes de que entraran en vigor**, con el fin de constatar si estaban conforme o no con la Constitución; en consecuencia, ninguna ley podía promulgarse sin la aprobación del Senado.

Es importante señalar, que el control político de las leyes en Francia se ha debido a razones históricas, ideológicas y prácticas, al decir de Mauro Cappelletti, dentro de las primeras, por la desconfianza hacia los jueces motivada por las interferencias de éstos en la esfera de actuaciones de otros poderes antes de la Revolución; por lo que se refiere a las segundas, particularmente por la ideología europea de aquel tiempo en el sentido de que el legislador era el depositario de la voluntad popular y respecto a las terceras, se relacionan con el hecho de que las instituciones jurídicas tienden necesariamente a adecuarse a las múltiples exigencias de la vida práctica, a veces con cierto desfase de excesivo anticipo o de cierto retraso respecto de tales exigencias.

En la actual Constitución francesa, desde 1958 tiene su nacimiento el Consejo Constitucional con la facultad de mantener la supremacía de la ley fundamental frente a ordenamientos secundarios, susceptibles de examinarse antes de su promulgación para determinar si son contrarios a la Constitución y en caso afirmativo, la ley viciada no puede entrar en vigor. Sin embargo, la referida atribución no se despliega en interés de los ciudadanos, **sino de los poderes públicos, para mantener entre ellos la separación de funciones establecidas en la Constitución**. Cabe señalar que este sistema opera además de otros controles, como el de exceso de poder contra actos administrativos ilegales, a cargo del Consejo de Estado y el recurso de casación, del que conoce la Corte de Casación, con la finalidad de anular los fallos definitivos civiles o penales por errores *in iudicando* e *in procedendo*.

Las normas sometidas al control siempre son de tipo preventivo y nunca posterior, conoce el Consejo Constitucional, y pueden ser de carácter obligatorio o facultativo.

El control preventivo obligatorio, se da, tratándose de leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, y tratados internacionales, sus modificaciones o reformas.

Las leyes entran en el control de carácter facultativo.

Los órganos legitimados para solicitar la revisión por el Consejo son: el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las Asambleas, sesenta diputados o sesenta senadores de conformidad con el artículo 61 constitucional, que textualmente establece:

“Artículo 61

Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.”

(Lo resaltado es propio)

Por otra parte, una vez que la ley, reglamento o norma de carácter general, que haya sido declarada inconstitucional, no podrá ser promulgada, las resoluciones que emita el Consejo Constitucional serán irrecurribles.

“Artículo 62.

No podrá ser promulgada ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional.

Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.”

(Lo resaltado es propio).

Sin embargo, no están sujetas a control preventivo las leyes preconstitucionales, las leyes anteriores a 1974, las leyes aprobadas por *referéndum*, las leyes constitucionales y las leyes promulgadas.

El Consejo Constitucional francés ha evolucionado del modelo *kelseniano*, de ser un "*legislador negativo*" para convertirse en un órgano que participa en la dirección política del Estado, mediante dos técnicas: la *conformité sous réserve (decisiones de conformidad bajo reserva)* y el control a *doble détente (control a doble vuelta)*.

La primera de las técnicas citadas ha sido utilizada con carácter general, aunque con distintas denominaciones por las jurisdicciones contemporáneas europeas en este caso, en lugar de declarar la conformidad o no de una norma general, se adopta una solución intermedia, considerándolas conformes con ciertas cautelas; esta técnica admite cuatro variantes, a saber:

- a) Considerar a la norma conforme a la Constitución, a condición de que no sea interpretada de una manera, de acuerdo con la cual sí sería inconstitucional;
- b) Completar la ley, realizándose una labor de integración, en casos en que el legislador haya omitido un extremo fundamental para su constitucionalidad;
- c) Establecer en la decisión, directrices dirigidas a los operadores políticos, indicando la manera en que la ley deberá ser aplicada para que pueda ser considerada constitucional; y
- d) Neutralizar la ley, sin que la declare inconstitucional, aunque la priva de efectos jurídicos.

En relación al *Controle a doble détente*, que consiste en incluir junto a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, una serie de indicaciones sobre cómo debe ser modificada o completada la norma para que pueda ser conforme a la Constitución y declarada como tal en una segunda discusión (previa reelaboración por el legislador).

Lo que implica que una ley una vez promulgada **goza de una presunción de constitucionalidad** en todos sus aspectos **y no podrá ser objeto de una demanda a través de la cual se impugne de inconstitucional su contenido**, y de las resoluciones del Consejo ha surgido una amplia doctrina jurisprudencial que ha venido afirmando el principio de constitucionalidad de derechos fundamentales, entre otras cuestiones.¹⁴⁸

¹⁴⁸ <http://scjn.gob.mx>

CAPÍTULO QUINTO
EL PAPEL NORMATIVO PREVENTIVO DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CREACIÓN DE LEYES
CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

SUMARIO:

I. La Suprema Corte de Justicia como órgano del poder facultado para llevar a cabo el control constitucional previo. II. El abuso del juicio de amparo. III. El modelo mexicano para el control preventivo constitucional. IV: Las limitaciones del control preventivo constitucional en otros países y su mejoramiento en el sistema jurídico mexicano. V. Propuesta de reforma constitucional y legal.

I. La Suprema Corte de Justicia como órgano del poder facultado para llevar a cabo el control constitucional previo

El presente capítulo de la investigación, tiene como objetivo plantear la propuesta que considero, será un medio de solución al actual problema de la gestación de leyes inconstitucionales emanadas del Congreso de la Unión, cuestión que ha, incluso, desnaturalizado al juicio de amparo.

En este sentido, la presente tesis tiene diversos postulados, entre ellos, proponer, en primera instancia, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano del poder facultado para llevar a cabo el control constitucional preventivo en nuestro sistema al que denominaré **juicio de constitucionalidad previo**.

El juicio, según la Real Academia Española, significa *opinión, parecer o dictamen*, por dicha razón, he considerado pertinente denominar a este proceso de esta manera, ya que si bien, no existe un litigio, sí existe un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley previo a ser publicada, que constituye un juicio.

Justificación

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encomienda al Poder Judicial de la Federación la realización de la función jurisdiccional y conocer de leyes contrarias a la Constitución (artículos. 103, 105, 107), de esta manera, en éste órgano recae **el control de constitucionalidad de leyes** y de actos de autoridad que afecten los derechos y garantías individuales de los gobernados, siendo el más común el juicio de amparo en sus diversas materias, encontrando su competencia a nivel federal.

Como ya se analizó en el capítulo primero de esta investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el tribunal de más alta jerarquía del país, de la misma manera, reúne la característica de ser de última instancia, lo que significa que sus determinaciones serán definitivas e inatacables.

Es importante señalar, que no sólo es tribunal de última instancia para resolver sobre los derechos fundamentales de los gobernados, sino también, de todo el ordenamiento jurídico nacional, cuestión que se logró, a través de la obligatoriedad de sus determinaciones, más la creación de la jurisprudencia emitida por dicho órgano, que dicho sea de paso, es de carácter obligatorio para todas las autoridades jurisdiccionales de todos los niveles de gobierno.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede considerarse, en nuestro sistema como Tribunal Constitucional, ya que es el máximo intérprete de las normas supremas de la Carta Magna.

Ahora bien, la pregunta a responder es, ¿por qué se propone a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como el órgano del poder facultado para llevar a cabo el control constitucional preventivo y no al Congreso de la Unión o al Presidente de la República?

Al dar respuesta a la anterior pregunta, expongo diversas razones, como son que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a diferencia de los

otros dos órganos del gobierno, realizará una interpretación meramente jurídica, jurisdiccional para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, además de ser la única que no interviene en el proceso legislativo.

Por otra parte, considero de gran relevancia, la manera en que son nombrados los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues como ya quedó analizado en capítulos anteriores, el cuerpo colegiado de éste órgano del poder, debe reunir determinados requisitos de preparación técnica ya que, a diferencia del órgano ejecutivo y el legislativo, es necesario que cuenten con estudios en Derecho y experiencia calificada, cuestión indicativa de la despolitización de éste órgano del Estado.

A mi juicio, es importante destacar este último punto, para que exista un adecuado control constitucional previo, es necesario que el órgano del poder encargado de realizarlo esté lo menos politizado posible, ya que no debe perderse de vista, que la creación de leyes es un medio de regulación de las conductas de los gobernados, que como bien lo establece la teoría del Estado y la Ciencia Política, las normas y el gobierno, deben servir a los sujetos pasivos a quienes se dirigen y no atender a intereses de gobierno, ya que en nuestro país, los acuerdos de los órganos políticos atienden, generalmente a intereses de partido.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por sus propias características debe desentrañar el sentido de las normas conforme a los diversos métodos de interpretación jurídica, emitiendo fallos imparciales, sin atender a cuestiones de interés político.

Por otra parte y en relación a la función de la división del poder, se propone que sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que lleve a cabo en control constitucional preventivo, ya que auxiliaría en el equilibrio del poder haciendo un contrapeso con las funciones del Congreso de la Unión, ya que éste último se obligaría a emitir normas de inicio constitucionales, anteponiendo

las garantías de los gobernados a quienes se dirige, frente a los intereses políticos, de partido o de cualquier otro tipo.

Por las razones precisadas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno, será el órgano del poder facultado para realizar el **juicio de constitucionalidad previo**, a través del cual podrá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes que emanen del Congreso de la Unión, con la respectiva promulgación del Presidente de la República, antes de ser publicada en el Diario Oficial de la Federación y por tanto antes, de tener carácter vinculatorio para los gobernados, ya que su interpretación será meramente jurídica, realizando el mismo análisis que se efectúa a través de los medios de control constitucional posteriores como son el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

El medio que se propone para lograr ese control preventivo es que una vez que el órgano legislativo ha emitido una nueva ley, o bien ha reformado una ya existente, se remita al Presidente de la República para ser analizada y en su caso promulgada para posteriormente enviarla al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que realizará un estudio de constitucionalidad previo y declarará en su caso, si el producto legislativo es conforme o no con la Constitución General.

II. El abuso del juicio de amparo

El proyecto de tesis que se expone, tiene origen en la observación del efecto que tenía la entrada en vigor de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión y la interposición de juicios de amparo por parte de los particulares.

Este fenómeno, fue aún más evidente en los amparos contra leyes fiscales, pues en su mayoría, los tributos son de carácter anual, aunado a las múltiples reformas propuestas por el órgano ejecutivo a efecto de obtener mayores ingresos para el Estado.

El juicio de amparo, es, sin duda, la máxima institución que tutela las garantías individuales, el primer medio de control de la constitucionalidad en nuestro sistema jurídico y el único medio de defensa de los particulares contra los actos de autoridad. En este trabajo de investigación, únicamente me referiré al actual problema del juicio de amparo contra leyes.

En los últimos años, se ha visto reflejada una inmensa promoción de juicios de amparo contra leyes, a grado tal, que casi todas las leyes, o reformas a las mismas, que realiza en Congreso de la Unión, son impugnadas por los particulares una vez que entran en vigor.

Dicha situación, ha causado un gran número de conflictos, para los juzgadores, las autoridades responsables, e incluso, para los mismos quejosos.

Es así, pues la interposición de grandes cantidades de juicios de amparo contra leyes, una vez que estas han entrado en vigor, genera que, todos aquéllos sujetos que consideran ubicarse en la hipótesis normativa, se encuentran facultados para interponer este medio de defensa, alegando violaciones a sus garantías individuales, generando una excesiva carga de trabajo para los juzgadores, lo mismo para las autoridades responsables y al final, un fallo que puede resultar desfavorable a los intereses de quienes promovieron el juicio, sin considerar los grandes costos que para el Estado, y en sí para la sociedad, ha generado la tramitación de ese número de juicios.

Así, para el Poder Judicial Federal, ha sido necesaria la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, a efecto de que la carga de trabajo no rebase sus funciones de impartición de justicia.

Sólo por citar algunos ejemplos, en dos mil ocho, se crearon los actuales Juzgados Primero y Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, que fueron los encargados de conocer y resolver las demandas de amparo contra la entrada en vigor de la Nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, posteriormente, en dos mil ocho y dos mil nueve, se crean los Juzgados

Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, mismos que se encargaron de emitir las sentencias constitucionales en los juicios de amparo promovidos contra la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única. Sin contar la reciente creación de los Centros Auxiliares en toda la República, a efecto de auxiliar a los órganos del Poder Judicial de la Federación (Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito) para emitir los fallos en los diversos medios de impugnación de que conocen.

Lo anterior, es sólo una muestra de la exorbitante cantidad de medios de impugnación que con o sin motivo, se interponen, generalmente, contra la entrada en vigor de leyes emanadas por el Congreso de la Unión.

Para las autoridades responsables, la atención de juicios de amparo contra leyes, también se traduce en una excesiva carga de trabajo, lo que para su administración, genera un mayor despliegue de recursos humanos y materiales, mismos que pueden ser destinados a la satisfacción y generaciones de mayores y mejores servicios para los gobernados; y

Finalmente, para los particulares, pues es sabido que el juicio de amparo, al revestir un carácter sumamente técnico, ha sido considerado un juicio de corte elitista, ya que para su tramitación, se requiere de verdaderos conocimientos en la materia, dignos de un especialista, lo que lo convierte en un medio de defensa inaccesible para los más necesitados.

De esta manera, el fenómeno del abuso del juicio de amparo, ha resultado ser un excelente negocio para los abogados postulantes, más que un verdadero respeto al Estado de Derecho o medio de defensa contra actos de autoridad.

Es importante señalar, que el carácter elitista del juicio de amparo, ha permitido su abuso únicamente por aquellos quienes tienen posibilidades de acceder a él, es evidente dicha situación, ya que la materia en la que más se han promovido estos juicios, es la fiscal.

Así, las grandes empresas, han sido, las que, año con año, a la entrada en vigor de una nueva ley o reformas a las ya existentes, promueven juicios de amparo pretendiendo obtener fallos favorables a sus intereses, cuyos efectos generalmente son, la no aplicación de la norma impugnada y en consecuencia, el no pago de impuestos.

De esta manera, existe una desnaturalización del juicio de amparo, ya que fue creado en 1847 con la encomienda de tutelar los derechos de la persona consagrados constitucionalmente, entre ellos, evitar la pena corporal, la privación de la libertad sin previo juicio y evitar detenciones arbitrarias por razones políticas.

Constituye la última instancia de impugnación de procedimientos judiciales, por lo que tutela todo el orden jurídico nacional, contra las violaciones realizadas por las autoridades.

En 1999, el Poder Judicial de la Federación, resolvió 437,319 asuntos, de los cuales el 53% fueron en materia penal y civil, generalmente del fuero común.

En 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió 827 asuntos, de los cuales el 66.86% fueron fiscales.

Son sumamente relevantes dichos datos, ya que el juicio de amparo como se dijo en líneas precedentes, tuvo como finalidad proteger los derechos fundamentales de los gobernados.

Sin embargo, en los últimos tiempos, el juicio de amparo ha sido rebasado y se ha convertido en un medio de impugnación de situaciones un tanto "absurdas", pues se ha llegado al extremo de que un funcionario corrupto, evite ser despedido por la autoridad administrativa o bien, sea reinstalado sólo por impugnar de inconstitucional, la ley en que dicha autoridad fundó y motivó su despido, pasando por alto que su actuar estuvo fuera de la ley.

No obstante lo anterior, es importante mencionar que el Estado mexicano, atiende a la idea del liberalismo, en el que se debe limitar, precisamente el poder del Estado, así fue como surgió el juicio de amparo, para evitar el abuso de quienes ostentan el poder. Desafortunadamente, el amparo no protege a todos, sólo a quienes litigan con buenos abogados y tienen mayores recursos de su lado. Por ello, la protección constitucional en materia tributaria coincide con muy poca protección de garantías en materia penal, sobre todo para aquellos que no tienen recursos suficientes para pagar los honorarios de un buen abogado, generando situaciones dispares, lo que se traduce en una desigualdad jurídica, aunado a que se ha convertido en un medio de impugnación extraordinariamente costoso para el Estado, en consecuencia para la población en general.

En este trabajo de investigación, se pone énfasis en la desnaturalización que ha sufrido el juicio de amparo contra leyes, por dicha razón, se propone un control constitucional previo a la publicación de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, ya que tendría efectos de carácter general y evitaría grandes gastos por la impartición de justicia a nivel multitudinario.

III. El modelo mexicano para el control preventivo constitucional

Para que se pueda considerar un modelo, debe pensarse en una fisonomía propia que le distinga de otras figuras jurídicas. Así, el *juicio de constitucionalidad previo* debe formar parte de un sistema de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad en el que siga vigente el juicio de amparo, incluso contra leyes, la Controversia Constitucional y la Acción de Inconstitucionalidad.

El **juicio de constitucionalidad previa** solo podrá ser ejercido a partir de los nuevos ordenamientos e iniciativas de modificación y adición a los textos legislativos, motivo por el cual, el amparo contra leyes debe mantenerse

vigente para que los agraviados puedan protegerse de leyes anteriores a la vigencia del futuro mecanismo de control de la constitucionalidad y de los actos de autoridad, como surgió originalmente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sería el órgano competente para conocer sobre la constitucionalidad de actos materialmente legislativos, función que por el momento no se considera pertinente pueda ser compartida con algún otro órgano político o jurisdiccional.

Los actos materialmente legislativos sobre los cuales convendría que la Suprema Corte conociera para resolver sobre su constitucionalidad previa son:

- Tratados Internacionales, y
- Leyes Federales

Para efectos del *juicio de constitucionalidad previo*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá del mismo enviándose al Pleno del Máximo Tribunal del País, la ley emanada del Congreso de la Unión y promulgada por el Presidente de la República, antes de su publicación.

Se debe seguir un procedimiento a través del cual, una vez que el Presidente de la República ha promulgado la ley, haga del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el contenido de la nueva ley a ser publicada, para que una vez recibido el proyecto por el órgano constitucional, se pronuncie sobre su constitucionalidad en un plazo de treinta días posteriores a la celebración de la *audiencia de constitucionalidad de actos legislativos*.

La resolución que al efecto se emita, tendrá el efecto de validar el contenido de la ley o precepto, o de ser contrario a la Constitución, provocará que el proyecto de ley sea reenviado al órgano emisor para efectuar las modificaciones que sean necesarias a fin de armonizar el contenido del texto legislativo con el Pacto Federal.

Tratándose sobre la inconstitucionalidad total o parcial de un tratado internacional, el Senado no podrá ratificarlo, si es parcial, el Senado de la República quedará facultado para decidir su ratificación en la parte no objetada, si ello es procedente conforme a las normas del tratado y las del Derecho Internacional. En su caso, lo mejor sería, ratificar el Tratado hasta que todo su contenido sea armónico con la Constitución Política y el derecho nacional.

Por el momento, al no existir con claridad una figura jurídica que dentro de nuestro sistema jurídico permita la defensa de los intereses difusos, el ciudadano común y corriente no podrá promover la inconstitucionalidad del acto legislativo; ya que el análisis de constitucionalidad se realizará de manera obligatoria antes de que la ley produzca efectos ante la población.

Las resoluciones que al efecto emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, serán inatacables por pura lógica procedimental y constitucional, ya que no existe órgano dentro de nuestro sistema jurídico que pueda fiscalizar su contenido. Sería irracional pensar que otro órgano pudiera modificar o revocar las resoluciones emitidas por el máximo tribunal del país.

A) Conveniencia de la adopción del sistema obligatorio

Una de las variantes que puede presentar el modelo propuesto en esta tesis para el control preventivo constitucional es la obligatoriedad del *juicio de constitucionalidad previo* que realizará la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A diferencia del sistema voluntario o facultativo, el máximo tribunal del país debe intervenir dentro de una etapa de creación de los textos normativos a efecto de analizar la constitucionalidad de todo su contenido. Bajo este esquema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interviene de oficio, sin que para ello sea necesario que algún otro órgano político solicite que se pronuncie al respecto.

Una de las ventajas que pude presentar el sistema obligatorio de control previo constitucional de las leyes y tratados internacionales es que para

el análisis de su constitucionalidad no depende una decisión política de los órganos legitimados para excitar al órgano de control; no depende de los factores de la coyuntura política, o decisiones caprichosas promovidas por los partidos políticos con representación en el Congreso General de la República o en su caso, por el Presidente de la República.

Tratándose de las leyes, la participación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el procedimiento legislativo ordinario sería fundamental para que la gestación de los textos legislativos fuera armoniosa con el texto constitucional. Se propone que dicha intervención sea hasta que el proyecto de ley haya salido de las manos de los legisladores y del Presidente de la República, es decir, cuando ya hubiese sido aprobado, para entonces tener la certeza de que el contenido del texto normativo enviado al Pleno de la Corte es el que pretenden aquéllos dos órganos del poder.

La constitucionalidad de los tratados internacionales debe ser vigilada por la Corte, una vez que han sido firmados por el Ejecutivo y ratificados por el Senado, pero antes de su publicación. Así se evita que mayorías parlamentarias del mismo partido político que el jefe del Ejecutivo, inclinen la balanza a su favor, y que, a través de disposiciones reglamentarias o adopción de instrumentos internacionales vulneren los postulados de la Constitución Política.

De esta manera, el *juicio de constitucionalidad previo*, con sistema de revisión obligatorio presenta grandes ventajas. Pero además, uno de sus probables inconvenientes sería la enorme carga de trabajo para nuestro máximo tribunal, sobre todo en aquellos periodos de pujanza legislativa. Lamentablemente, algunos creen que el mejor legislador es el que promueve mayor número de iniciativas; es decir, se sacrifica la calidad por la cantidad, lo cual implica mayor esfuerzo para nuestro órgano de control preventivo constitucional.

B) Etapa en la que se debe hacer del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su participación para la gestación de leyes constitucionales

El procedimiento de formación de leyes es un acto complejo en el que intervienen diversos órganos constitucionales, como lo son el legislativo que las expide, y el ejecutivo que las promulga y publica, e incluso, como durante muchos años ocurrió, era él mismo quien enviaba las iniciativas. Las actuaciones de ambos poderes, en conjunto, son las que dan vigencia a un ordenamiento legal, de manera que dichos actos no pueden quedar subsistentes o insubsistentes aisladamente, aunque tengan lugar en momentos distintos y emanen de órganos diferentes.

Por otra parte, son las etapas de discusión y aprobación de las leyes en las que ambas Cámaras, tanto la de origen como la revisora, examinan las iniciativas de ley, intercambian opiniones a favor o en contra del proyecto, sea en lo general o sobre algún punto en particular, y finalmente votan el proyecto de ley. Es en estas etapas o momentos en los cuales el órgano legislativo ejerce tanto formal como materialmente su facultad legislativa y, por tanto, son las etapas del proceso legislativo en las cuales se crea la ley en sentido material, aun y cuando no pueda tenersele como tal formalmente, pues resta aún la intervención del órgano ejecutivo en las fases de sanción y promulgación para que dicha ley sea obligatoria y surta efectos para los gobernados.

Dado lo anterior, se propone que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, intervenga, a través del *juicio de constitucionalidad previo*, una vez que el Presidente de la República promulgó la ley, ya que es en este momento en el que la norma jurídica ha terminado con el proceso de la voluntad general del legislador, más la etapa de control que tiene el ejecutivo.

De esta manera, la única acción que tiene la Corte, es la de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, antes de que ésta sea publicada y surta efectos a quienes se dirige.

C) Proceso de declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad previa

A lo largo del presente trabajo de investigación y específicamente en el capítulo segundo, se expuso brevemente qué debe entenderse por proceso y se llegó a concluir que es la serie de actos que se realizan para obtener un resultado o producto específico.

Por tanto, es necesario establecer un proceso de control constitucional preventivo, denominado *juicio de constitucionalidad previo*, en el que intervendrán los tres órganos del poder a efecto de obtener una declaratoria previa de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas con efectos generales que hayan sido recién creadas o bien únicamente reformadas.

Así, en la creación de leyes y disposiciones de carácter general, se creará un sistema de pesos y contrapesos del poder, dirigido al mejoramiento de la función legislativa, que también es intención de la propuesta de tesis.

D) Análisis de la ley o del proyecto de reforma

Una vez que la ley ha sido promulgada por el Presidente de la República, es necesario se envíe a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que la misma sea revisada en su aspecto constitucional.

1. Órgano facultado

El órgano facultado para llevar a cabo el control constitucional preventivo es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que las decisiones de dicho órgano son de carácter definitivo e inatacable.

2. Plazos para el análisis del proyecto

Recibido el proyecto de ley, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá emitir un acuerdo de admisión, en el que establecerá el día y hora para que los representantes de las comisiones de la Cámara de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, al Presidente de la República y al órgano iniciador de la ley o reforma, acudan a sesión pública abierta a exponer los motivos, razones y circunstancias por las que se emitió una nueva ley o bien se impulsaron reformas, misma que será en un plazo no mayor a diez días hábiles.

Una vez celebrada la audiencia, se establecerá la fecha en que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición normativa sometida a análisis, misma que será en un plazo máximo de treinta días.

E) Audiencia para los representantes de las Cámaras y el órgano Ejecutivo

Este punto resulta de relevante importancia, ya que tiene una justificación lógica.

Debido a que el control constitucional preventivo, a diferencia del control constitucional que actualmente rige a nuestro sistema jurídico, no se lleva en forma de juicio y por tanto, no existen el quejoso, la autoridad responsable, el tercero perjudicado y en sí, todos los actores que pudieran oponer excepciones y defensas, es importante que en el proceso de creación de leyes, las autoridades que emiten una nueva ley o bien, reforman una ya existente, expongan los motivos y razones suficientes que justifiquen la expedición de un cuerpo normativo o bien la modificación a éste, en la que denominaré **audiencia de constitucionalidad de actos legislativos**.

No omito señalar, que el legislador debe exponer los motivos y circunstancias que lo llevan a expedir una nueva ley o bien reformarla en lo que se denomina "*Exposición de Motivos*". Sin embargo, esto no siempre sucede y

se emiten o se modifican leyes sin saber exactamente qué fue lo que el legislador quiso regular.

La expedición de nuevas normas o las reformas a éstas, tienen justificación en el dinamismo social, por tanto, el Derecho debe ser dinámico a efecto de regular todas las conductas sociales para que exista armonía y orden entre la población de un Estado de conformidad a sus propios cambios, de ahí que sean necesarias las reformas a las leyes o bien la gestación de unas nuevas.

Pero dichas leyes, jamás pueden ser violatorias de los derechos fundamentales en atención a la jerarquía normativa que rige en nuestro sistema jurídico de corte constitucional.

En razón de ello, se propone que exista una audiencia en la que los dos órganos del poder que intervinieron en la creación o modificación de la ley (legislativo y ejecutivo), expongan las razones que motivaron la excitativa legislativa.

En ese mismo acto, que se llevará a cabo en un plazo no mayor a diez días de recibida la ley promulgada por el ejecutivo, los legisladores y el ejecutivo, deberán exponer de manera detallada, de qué manera la ley o las reformas se emiten conforme a la Constitución.

La audiencia será pública, en sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sujetos a comparecer

Evidentemente, será imposible que acudan, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la totalidad de los diputados y senadores que conforman el Congreso de la Unión y la misma suerte se sigue para el Presidente de la República, o su representante.

Por dicha razón, quienes deben acudir a la audiencia de constitucionalidad de actos legislativos, será un representante de la Cámara de Diputados, que se elegirá de entre la comisión o comisiones que por razón de materia haya correspondido conocer de la iniciativa de ley o reforma; lo mismo sucederá con el representante de la Cámara de Senadores, quienes expondrán los motivos, razones y circunstancias que motivaron la creación de una nueva ley o el impulso de reformas, así como el sustento constitucional de las mismas.

Respecto al Presidente de la República, deberá acudir el Secretario de Estado cuya materia competa, según la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

F) Aprobación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Una vez llevada a cabo la *audiencia de constitucionalidad de actos legislativos*, se turnará el análisis de constitucionalidad de leyes a un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que, en un plazo no mayor a quince días posteriores a la celebración de la audiencia, formule un proyecto de dictamen en el que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o sus reformas.

Dicho proyecto deberá ser entregado con posterioridad al resto de los ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, fijarán fecha de sesión del Pleno para votar el proyecto de dictamen sometido a su consideración, la que se llevará a cabo en un plazo no mayor a quince días.

G) Emisión del dictamen

El dictamen deberá emitirse en un plazo no mayor a treinta días posteriores de haberse llevado a cabo la *audiencia de constitucionalidad de actos legislativos*.

El órgano facultado para emitirlo es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión pública, a través de una votación mayoritaria simple (podría ser por seis votos de once).

El dictamen que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, será de dos tipos: dictamen de constitucionalidad o dictamen de inconstitucionalidad de la ley, revestirá fuerza vinculatoria y por tanto, será de carácter obligatorio para los demás órganos del Estado; en el segundo caso, al declarar la inconstitucionalidad de la norma esta perderá toda validez.

1. Dictamen de constitucionalidad

Si el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que la ley o las reformas, cumplen con los requisitos de constitucionalidad, deberá emitir un dictamen en el que exponga las razones para determinar el sentido de su resolución.

Dicho dictamen implicará que la norma ha sido declarada constitucional y por tanto, deberá regresar la ley promulgada al Ejecutivo, para que éste, ordene la publicación junto con el dictamen de constitucionalidad en el Diario Oficial de la Federación y así, la norma comience a surtir efectos, conforme a la fecha de entrada en vigor.

2. Dictamen de inconstitucionalidad

Contrario al punto anterior, el Pleno puede decidir declarar la inconstitucionalidad de la ley o las reformas.

En este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá emitir un dictamen debidamente fundado y motivado en el que exprese las razones por las que está declarando la inconstitucionalidad de la ley o sus reformas.

De manera adicional, deberá precisar las modificaciones o adecuaciones que debe realizarse a la ley o a las reformas para que éstas sean conforme a la Constitución, en tanto la norma pierde toda validez.

H) Efectos

Para el caso de las leyes declaradas constitucionales, no existirá otro efecto más que la devolución de la ley o las reformas al Ejecutivo Federal, para que ordene su publicación en el Diario Oficial de la Federación, junto con el dictamen de constitucionalidad emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tratándose de de la declaratoria de inconstitucionalidad, deberá devolverse la ley o las reformas a la cámara de origen, misma que deberá acatar el dictamen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizando las modificaciones o adecuaciones ordenadas por el Máximo Tribunal del País, posteriormente se enviarán de nueva cuenta al Ejecutivo para su promulgación y orden de publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Cabe recordar, que como mencioné en el inciso G), punto 1 de éste capítulo, los dictámenes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen verdad legal, tienen carácter vinculatorio y por tanto son obligatorios para los órganos del Estado, por lo que, la cámara de origen se encuentra constreñida a acatar el fallo y realizar las modificaciones contenidas en el dictamen, de lo contrario, la ley no podrá publicarse y en consecuencia no tendrá vida jurídica.

I) Efectos jurídicos de la falta de análisis de la ley o proyecto de reformas en el plazo establecido

La propuesta de esta tesis, no es sólo la gestación constitucional de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, además tiene como propósito la materialización de un mayor equilibrio entre los órganos del poder.

En caso de que la ley o el proyecto de reformas que ya ha sido promulgado por el Ejecutivo Federal, no sean analizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los plazos establecidos, tendrá por efecto, la anulación *juicio de constitucionalidad previo*, automáticamente deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación y comenzará a surtir efectos para quienes se encuentra dirigida sin la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

En este supuesto, los sujetos a quienes se dirige la norma, podrán promover, alegando la inconstitucionalidad de la ley, juicio de amparo, desde el momento en que la ley o las reformas entran en vigor o bien, se apliquen en perjuicio del particular.

J) Plazo para que la ley declarada inconstitucional en el dictamen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea modificada

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha declarado la inconstitucionalidad de la ley o las reformas, la cámara de origen se encuentra obligada a realizar las modificaciones, en un plazo no mayor a quince días una vez recibido el dictamen, en caso de no hacerlo en ese lapso, la ley no podrá enviarse para promulgación y tampoco publicarse.

K) Publicación de la ley o las reformas

Finalmente, debe seguirse el acto que le dará vida jurídica y efectos a las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, esto es, deben publicarse para ser conocidas y acatadas por los gobernados.

Así, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declare que la ley o las reformas son acorde a la Constitución, deberá enviarla al Ejecutivo

Federal para que la promulgue y ordene su publicación, también deberá publicarse el dictamen emitido por el máximo tribunal del país.

Cuando la ley o las reformas fueron declaradas inconstitucionales, la cámara de origen se encontrará obligada a realizar las modificaciones que determinó la Corte y enviarla al Ejecutivo Federal para que se cerciore que las mismas han sido realizadas, que se emite una ley acorde a la Constitución y ordenar su publicación en el Diario Oficial de la Federación, en este caso, también se deberá publicar el dictamen de inconstitucionalidad de la Corte para que los gobernados, al momento de conocer la ley, también se cercioren que el legislador realizó las modificaciones establecidas en el dictamen, dejando a salvo su derecho a promover juicio de amparo en caso de que esto no haya sido realizado por el órgano encargado.

IV. Las limitaciones del control preventivo constitucional en otros países y su mejoramiento en el sistema jurídico mexicano

Como se expuso en el capítulo respectivo, el control preventivo constitucional, en algunos países abarca leyes y tratados, en otros, iniciativas populares y leyes, mientras que en otros, simplemente, el referido control se reduce a los tratados.

De manera inicial, se propone que el *juicio de constitucionalidad previo* en México, **verse sobre leyes federales**, que son las que más juicios de amparo han generado.

En los países estudiados, se observa que su sistema de control preventivo es facultativo, sólo el Presidente de la República o un número determinado de legisladores puede solicitar ante los tribunales constitucionales se lleve a cabo el control previo de constitucionalidad. En ese caso, dicho control se limita a factores políticos, por lo que gran número de leyes y textos materialmente legislativos pueden surtir efectos aún cuando su contenido pueda contravenir los postulados fundamentales de las constituciones políticas.

Además, no es factible que los mismos órganos creadores de las leyes, sean los que propongan el análisis constitucional de sus propios actos, pues muchos de ellos pueden escapar de dicho control a causa de cuestiones meramente políticas y no jurídicas o sociales. Por dichas razones, se propone que el *juicio de constitucionalidad previo* sea de carácter obligatorio.

Llama la atención el hecho de que en Venezuela, el control es de carácter facultativo y se les da intervención a los gobernados, esto no se propone ya que si bien, una vez que la ley ha sido analizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se presume constitucional, se deja a salvo el derecho de los particulares para promover juicio de amparo sólo contra el acto de aplicación.

Por otra parte se propone que el dictamen de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley fuera de carácter obligatorio para los órganos creadores de las leyes y en consecuencia esto tendrá efectos generales.

Se propone un control constitucional previo de carácter jurisdiccional, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, decretará además las modificaciones que deben sufrir las leyes o las reformas a efecto de ser plenamente constitucionales.

V. Propuesta de reforma constitucional y legal

Para poder llevar a cabo la propuesta detallada a lo largo de este capítulo, es necesario y conveniente realizar diversas modificaciones tanto a la Constitución General, así como a diversas leyes federales y otros ordenamientos legales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deberá reformarse a través de su especial procedimiento, para poder dar inclusión, en sus numerales respectivos, la atribución a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes creadas por el

Congreso de la Unión y promulgadas por el Presidente de la República, antes de que se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, a través del *juicio de constitucionalidad previo*.

Además, deberá incluirse, en el proceso de creación de leyes, el *juicio de constitucionalidad previo*, que se realizará una vez que la ley es promulgada y antes de ser publicada.

En relación a las leyes federales que deberán reformarse, tenemos las siguientes:

- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
- La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículos 7 y 10),
- El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 136, 138, 142, 143 y 144)
- La Ley de Amparo (artículos 1, fracciones I, II y III, 22, fracción I y 73, fracción VI), y
- El Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículos 7 y 8).

A) Propuesta de reforma a la Constitución (exposición de motivos)

Es necesario realizar modificaciones y adecuaciones a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que permitirán el establecimiento del control preventivo constitucional, para ello se proponen los siguientes cambios:

1. El artículo 72, A de la Constitución General establece:

“Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de

Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

[...]”

Propuesta de reforma:

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo enviará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley antes de ser publicada.

Una vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se haya analizado la ley, determinará si es constitucional o inconstitucional, en el primer caso, se devolverá al Ejecutivo para que éste ordene su publicación inmediata.

Cuando exista pronunciamiento de inconstitucionalidad, se devolverá la ley a la Cámara de origen para que cumpla con el dictamen emitido por la

Suprema Corte de Justicia de la Nación y realice las modificaciones que determinó el órgano jurisdiccional.

Realizadas las modificaciones, se enviará al Ejecutivo para que ordene su publicación.

2. Al artículo 94 de la Constitución General, establece:

“Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once Ministros y funcionará en Pleno o en Salas.

En los términos que la ley disponga las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público.

La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece.

El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y, en su caso, especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su período, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo período, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.”

Propuesta de reforma:

Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la

Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once Ministros y funcionará en Pleno o en Salas.

En los términos que la ley disponga las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción, secretas, en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público.

La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece.

El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y, en su caso, especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión en la forma que dispongan las leyes de conformidad con las bases sentadas en esta Constitución, dictamen que será de carácter obligatorio para los poderes legislativo y ejecutivo en el proceso de creación de leyes, también se le faculta

para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su período, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo período, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

3. Se propone la adición de la fracción III al artículo 105 constitucional que establecerá:

Artículo 105. [...]

III. Corresponde exclusivamente al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer sobre la constitucionalidad de todo proyecto de ley emanado por el Congreso de la Unión y promulgado por el Presidente de la República, en los términos que señale el Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo dictamen será de carácter obligatorio para los poderes legislativo y ejecutivo federal.

Así, en este trabajo de investigación, se propone la reforma de los artículos 72, 94 y el establecimiento de la fracción III del artículo 105, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se faculta expresamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para llevar a cabo el *juicio de constitucionalidad previo* de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, cuya resolución tendrá carácter obligatorio para los dos órganos del poder restantes, lo que reputará como constitucional la ley desde su creación.

B) Propuesta de reforma a la Ley (exposición de motivos)

Como lo señalé en líneas precedentes, también será necesario realizar diversas reformas a las leyes federales y otras normas de carácter general, a efecto de dar vida jurídica al *juicio de constitucionalidad previa* con un procedimiento particular y definido. La propuesta de reforma es la siguiente:

1. Reforma a la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Esta ley, deberá cambiar desde el inicio, pues es necesario que se modifique su denominación a "***Ley Reglamentaria de las fracciones I, II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos***".

Además, esta modificación deberá adicionar un Título IV, que se denominará "***Del juicio de constitucionalidad previo***" que se compondrá de tres Capítulos el primero de "***Disposiciones generales***", el segundo "***Del procedimiento***" y un tercero "***De los dictámenes***", para quedar como sigue:

Título IV

Del juicio de constitucionalidad previo

Capítulo I

Disposiciones generales

ARTICULO 74. En el juicio de constitucionalidad previo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizará una ley federal o la reforma a esta, que haya sido emitida por el Congreso de la Unión y promulgada por el Presidente de la República, para pronunciarse sobre la constitucionalidad antes de ser publicada en el Diario Oficial de la Federación.

ARTICULO 75. Una vez que el Presidente de la República ha promulgado la ley o la reforma a una ya existente, deberá remitirla al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un plazo no mayor a cinco días.

ARTICULO 76. La ley enviada al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá indicar en documento adjunto, la designación de los representantes de la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, del Presidente de la República y del órgano que presentó la iniciativa de ley o reforma que asistirán a la audiencia de constitucionalidad de actos legislativos.

ARTICULO 77. En el juicio de constitucionalidad previo, tanto la Cámara de Diputados, como la de Senadores y el órgano iniciador de la ley, deberán designar a dos representantes que acudirán a la audiencia de constitucionalidad de actos legislativos ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a exponer, en sesión pública abierta las razones, motivos y circunstancias por las que se emitió la ley o la reforma.

Si recae en un mismo sujeto el iniciador de la ley, como el que la crea o la promulga, bastará con la designación de los dos representantes a que se refiere el párrafo anterior.

El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos será representado en el juicio de constitucionalidad previo en términos del tercer párrafo del artículo 11 de esta ley.

Capítulo II

Del Procedimiento

ARTICULO 78. Una vez recibida la ley o la reforma, el Presidente del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitirá un acuerdo de admisión en el que establecerá la hora y la fecha en la que deberán comparecer a audiencia pública abierta, los representantes de las comisiones de la Cámara de

Diputados, de la Cámara de Senadores, del Presidente de la República y del órgano iniciador de la ley, a exponer los motivos, razones y circunstancias por las que se emitió una nueva ley o la reforma a una ya existente en un plazo no mayor a diez días.

La admisión de una ley o la reforma da lugar a la suspensión de la publicación de la norma en análisis.

ARTÍCULO 79. Celebrada la audiencia de constitucionalidad de actos legislativos, se turnará el asunto a un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que en un plazo no mayor a quince días hábiles, formule un proyecto de dictamen.

ARTICULO 80. Hasta antes de emitirse el dictamen, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.

Cuando la acción de inconstitucionalidad se interponga en contra de una ley electoral, el ministro instructor podrá solicitar opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ARTICULO 81. Transcurridos los quince días a que se refiere el artículo 79 de esta ley, se deberá dictar el fallo por el Pleno en un plazo no mayor a quince días, contados a partir de que el ministro instructor haya presentado su proyecto.

Se emitirá resolución en sesión pública, a través de votación mayoritaria simple.

Si transcurrido ese plazo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no emite el dictamen, tendrá por efecto la anulación del juicio de constitucionalidad previo.

Capítulo III

De los dictámenes

ARTICULO 82. El dictamen que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o la reforma, exponiendo las razones que justifiquen el sentido de la resolución.

ARTICULO 83. Los dictámenes que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad de una ley, tendrán por efecto la invalidez de dicha norma.

En el dictamen, se deberán precisar las modificaciones o adecuaciones que debe realizar el creador de la ley para que sea conforme a la Constitución.

ARTICULO 84. Las resoluciones en materia de juicio de constitucionalidad previo son obligatorias para los órganos del Estado y no admiten medio legal alguno en su contra.

2. Reforma a la Ley de Amparo

Actualmente, la fracción I del artículo 22 establece:

“Artículo 22.- Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

I.- Los casos en que a partir de la vigencia de una ley, ésta sea reclamable en la vía de amparo, pues entonces el término para la interposición de la demanda será de treinta días.

[...]”

Se propone la derogación de dicha fracción, ya que una vez realizado el control constitucional previo, la ley se tiene como constitucional, sin embargo, se deja a salvo el derecho de los particulares para impugnarla únicamente cuando la norma reclamada sea aplicada, por lo que queda sin efectos la promoción del juicio de amparo contra leyes en su carácter autoaplicativo.

Para armonizar lo anterior, se propone la modificación al artículo 73, fracción VI que establece:

“Artículo 73.- *El juicio de amparo es improcedente:*

[...]

VI.- Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;

[...]”

Propuesta de reforma:

Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente:

[...]

VI. Contra leyes y tratados que, hayan sido previamente declarados constitucionales por la Suprema Corte de

Justicia de la Nación a través del juicio de constitucionalidad previo.

En este caso se propone la modificación, ya que las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, que hayan sido objeto de control constitucional preventivo, no pueden ser impugnadas al momento de entrar en vigor y, como lo he mencionado a lo largo de este capítulo, se deja expedito el derecho de los particulares para formular alguna cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, únicamente cuando éstas han sido aplicadas en perjuicio, ya que se infiere que las mismas son constitucionales desde su creación.

Por otra parte, considero necesario aclarar que no se pueden realizar una modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tampoco a la Ley de Amparo en el sentido de eliminar en su totalidad el juicio de amparo contra leyes, ya que este sistema sólo analizará las normas posteriores a su adopción, por lo que las ya creadas pueden ser impugnadas en carácter autoaplicativo o heteroaplicativo, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado al respecto. Por lo que, quedan intocados algunos artículos de los cuerpos normativos ya señalados, toda vez que subsiste ese medio de impugnación por las leyes no analizadas previamente.

3. Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

También considero pertinente realizar modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los artículos 7 y 10.

El artículo 7 establece:

“Artículo 7o. Las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia se tomarán por unanimidad o mayoría de votos, salvo los casos previstos en el artículo 105 de la Constitución, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, en los que se

requerirá una mayoría de ocho votos de los Ministros presentes. En los casos previstos en el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 Constitucional, las decisiones podrán ser tomadas por mayoría simple de los miembros presentes, pero para que tenga efectos generales, deberán ser aprobados por una mayoría de cuando menos ocho votos.

Los Ministros sólo podrán abstenerse de votar cuando tengan impedimento legal o no hayan estado presentes en la discusión del asunto.

En caso de empate, el asunto se resolverá en la siguiente sesión, para la que se convocará a los ministros que no estuvieren legalmente impedidos; si en esta sesión tampoco se obtuviere mayoría, se desechará el proyecto y el presidente de la Suprema Corte de Justicia designará a otro ministro para que, teniendo en cuenta las opiniones vertidas, formule un nuevo proyecto. Si en dicha sesión persistiera el empate, el presidente tendrá voto de calidad.

Siempre que un ministro disintiere de la mayoría podrá formular voto particular, el cual se insertará al final de la ejecutoria respectiva si fuere presentado dentro de los cinco días siguientes a la fecha del acuerdo.”

Ahora bien, se propone la modificación, que establecerá el tipo de votación necesaria para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, antes de ser publicadas para quedar como sigue:

Propuesta de reforma:

Artículo 7o. Las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia se tomarán por unanimidad o mayoría

de votos, salvo los casos previstos en los artículos 105, fracciones I, penúltimo párrafo, II y III de la Constitución en los que se requerirá una mayoría de seis votos de los Ministros presentes. En los casos previstos en el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 Constitucional, las decisiones podrán ser tomadas por mayoría simple de los miembros presentes, pero para que tenga efectos generales, deberán ser aprobados por una mayoría de cuando menos seis votos.

Los Ministros sólo podrán abstenerse de votar cuando tengan impedimento legal o no hayan estado presentes en la discusión del asunto.

En caso de empate, el asunto se resolverá en la siguiente sesión, para la que se convocará a los ministros que no estuvieren legalmente impedidos; si en esta sesión tampoco se obtuviere mayoría, se desechará el proyecto y el presidente de la Suprema Corte de Justicia designará a otro ministro para que, teniendo en cuenta las opiniones vertidas, formule un nuevo proyecto. Si en dicha sesión persistiera el empate, el presidente tendrá voto de calidad.

Siempre que un ministro disintiere de la mayoría podrá formular voto particular, el cual se insertará al final de la ejecutoria respectiva si fuere presentado dentro de los cinco días siguientes a la fecha del acuerdo.

La propuesta realizada requiere que necesariamente el voto de una mayoría de seis Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que el fallo es de carácter obligatorio.

También se propone la adición al artículo 10 de la ley en cita, con el establecimiento de la fracción XIII y la modificación de la fracción XII, para quedar como sigue:

Artículo 10. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno:

[...]

XII. Del juicio de constitucionalidad previa sobre las leyes emanadas por el Congreso de la Unión, cuando han sido promulgadas y antes de ser publicadas.

XIII. De las demás que expresamente le confieran las leyes.

4. Reformas al Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos

Se propone la adición de un segundo párrafo al artículo 136 que actualmente establece:

“Artículo 136.- Las observaciones o modificaciones hechas a un proyecto de ley por la Cámara revisora o por el Ejecutivo, al volver a la de su origen, pasarán a la Comisión que dictaminó, y el nuevo dictamen de ésta sufrirá todos los trámites que prescribe este Reglamento.”

Propuesta de Reforma:

Artículo 136. Las observaciones o modificaciones hechas a un proyecto de ley por la Cámara revisora o por el Ejecutivo, al volver a la de su origen, pasarán a la Comisión que dictaminó, y el nuevo dictamen de ésta sufrirá todos los trámites que prescribe este Reglamento.

Las observaciones y modificaciones hechas al proyecto de ley por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio de constitucionalidad previa, deberán ser realizadas por la Cámara de origen y una vez cumplido con el dictamen jurisdiccional, se enviará al Ejecutivo para su inmediata publicación.

De lo anterior, se advierte que la Cámara de origen deberá cumplir con el dictamen que, en materia de control constitucional preventivo, emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando declare la inconstitucional de una ley emanada por el Congreso de la Unión, pues como se dijo, al ser obligatoria, la ley no podrá ser publicada sin subsanar los vicios de inconstitucionalidad de los que es objeto.

5. Reformas al Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Finalmente, se proponen reformas al Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de armonizar todos los ordenamientos jurídicos relacionados con el tema.

Se propone reformar el artículo 7, que dispone:

“Artículo 7. La Suprema Corte conocerá funcionando en Pleno de los asuntos de orden jurisdiccional que la Ley Orgánica le

encomienda, y conforme a los Acuerdos Generales que el propio Pleno expida en ejercicio de la atribución que le confiere el párrafo séptimo del artículo 94 de la Constitución, de:

I. Las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, así como los recursos interpuestos en ellas, en los que sea necesaria su intervención;

[...]"

Propuesta de reforma:

Artículo 7. La Suprema Corte conocerá funcionando en Pleno de los asuntos de orden jurisdiccional que la Ley Orgánica le encomienda, y conforme a los Acuerdos Generales que el propio Pleno expida en ejercicio de la atribución que le confiere el párrafo séptimo del artículo 94 de la Constitución, de:

I.- Las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de control constitucional previo a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo 105 de la Constitución, así como los recursos interpuestos en ellas, en los que sea necesaria su intervención.

Para concluir, se proponen reformas, adiciones y derogaciones a diversos ordenamientos legales que permitirán la vigencia y funcionamiento del control constitucional preventivo en el sistema jurídico mexicano, a efecto de que las leyes emanadas por el Congreso de la Unión se encuentren, desde su origen, conforme al mandato constitucional, con ello se pretende el respeto al *Estado de Derecho* y el contrapeso entre los órganos del poder público.

Por lo anterior, propongo este proyecto de tesis que considero será un cambio útil y necesario para nuestro sistema jurídico ya que tiene por objetivo que las leyes al ser emitidas por los representantes de los gobernados, atiendan precisamente a los derechos y garantías fundamentales que estos gozan y no a intereses de partido. Además, de que el contrapeso entre los poderes públicos y el consiguiente equilibrio del poder, permitirán que el trabajo legislativo sea cuidadosamente elaborado, lo que no sucede actualmente por parte, principalmente, de los legisladores mexicanos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El poder público del Estado es susceptible de ser abusado por los sujetos que lo detentan, de esta manera, diversos tratadistas del Derecho, la Sociología, la Ciencia Política y la Teoría del Estado, han estudiado este fenómeno y propuesto diversas soluciones a este problema.

Es ahí donde surge la teoría de la división del poder de *Montesquieu*, que con el transcurso del tiempo ha ido evolucionando, hasta que llegamos a hablar de una teoría de pesos y contrapesos y división de funciones.

En esta tesis, queda en evidencia que en México existe un grave problema de corrupción y abuso del poder y el órgano legislativo no ha escapado a ello, de tal manera que actualmente crea y emite leyes inconstitucionales, que resultan violatorias de garantías individuales y derechos fundamentales, que han dado lugar a una infinidad de promoción de juicios de amparo, que redundan en una problemática no sólo para los ciudadanos, también para los órganos y autoridades que intervienen en estos procedimientos.

Este abuso de poder se refleja y se sigue realizando ya que en el proceso de creación de leyes, sólo intervienen el Congreso de la Unión y el Presidente de la República, quienes generalmente atienden a intereses de partido y no a la voluntad general.

SEGUNDA. El problema de la gestación de leyes inconstitucionales, comienza a rebasar las funciones del Poder Judicial al llevar a cabo los medios de control de constitucionalidad de carácter posterior, sobre todo al juicio de amparo.

En este trabajo de investigación, se vertieron diversos datos estadísticos relativos a la excesiva promoción de juicios de amparo, sobre todo

en materia fiscal en la última década, que han dado origen a la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, a los que se les ha dotado de competencia únicamente para conocer de los juicios de amparo promovidos contra leyes fiscales, fue así como surgieron los Juzgados de Distrito Auxiliares de la Primera Región, cuya residencia se encuentra en el Distrito Federal, específicamente los juzgados Primero y Segundo para atender los juicios de amparo promovidos contra la nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Esto, sin contar aquéllos órganos que fueron creados en el primer semestre de dos mil diez para auxiliar a los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal con el rezago en la emisión de sentencias constitucionales, más los Tribunales Colegiados de Circuito y la reciente creación de las Regiones Auxiliares en toda la República Mexicana.

Situación que evidencia, una desnaturalización del juicio de garantías, ya que éste medio de control de constitucionalidad, fue creado para proteger la vida, la libertad, los bienes y posesiones de los ciudadanos, actos que actualmente son los menos impugnados y a los que incluso, el mismo poder judicial, les ha restado importancia, cuando en realidad, son los más relevantes para una sociedad.

TERCERA. El abuso del poder, el deterioro del Estado de Derecho, se refleja también en la creación de leyes deficientes, donde los más afectados suelen ser los gobernados, pues es a ellos a quienes se dirige.

Uno de los principios rectores del juicio de amparo es el de la relatividad de las sentencias, son pocos los gobernados, que económicamente pueden acceder al juicio de garantías y muchos los sujetos a quienes las leyes y los actos de autoridad violan sus derechos individuales.

En nuestro sistema jurídico, existen infinidad de leyes declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que siguen

vigentes (por el alcance relativo de la sentencia), y que por tanto, se siguen aplicando a los gobernados. Debido a la relatividad de las sentencias de los juicios de amparo, las normas declaradas inconstitucionales, sólo pueden dejar de aplicarse a los sujetos que obtuvieron sentencia favorable, pero dichas leyes, siguen teniendo plena vigencia y aplicación a quienes no acceden a este medio de control constitucional que no sólo resulta oneroso, sino además técnico.

A efecto de salvaguardar el Estado de Derecho y la justicia social, es conveniente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronuncie sobre los actos legislativos antes de que estos surtan efectos a los particulares a quienes se dirigen, ya que este medio tiene por efecto invalidar la norma en caso de ser contraria a la Constitución, obligando a los legisladores a subsanar el vicio de inconstitucionalidad e incluso mejorar la técnica legislativa y así emitir leyes justas y que no violen garantías individuales, garantizando a la población la emisión de normas jurídicas apegadas al texto constitucional, creando certeza y seguridad jurídica para aquellos que no pueden acceder al juicio de amparo.

CUARTA. Para poder crear un equilibrio de poder, sobre todo un medio de control para el Legislativo y Ejecutivo en la emisión de leyes, debe permitirse que el tercer órgano del poder (judicial) intervenga, no en la expresión de la voluntad general, pues esto le corresponde al legislativo, pero sí, en pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley antes de que ésta surta efectos en la población, antes de que se constituya como Derecho Positivo y Vigente.

Este sistema permitirá un equilibrio de poder en la realización de actos legislativos, de manera tal, que el criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejercerá un control sobre la actuación del órgano legislativo al crear la ley y sobre el órgano ejecutivo al presentar iniciativas o bien al promulgarlas, con el fin de gestar normas cuyo texto sea conforme a la Constitución.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevará a cabo el mismo proceso que realiza a través del juicio de amparo, de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad sólo que en un momento diverso, antes de que la ley surta efectos y no después, cuando ya ha violado garantías individuales.

Sin lugar a dudas, este sistema no invade competencias entre los órganos del poder, por lo que no puede argumentarse una circunstancia de este tipo. Afirmando esto, ya que la función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es meramente jurisdiccional, va a realizar el mismo análisis y pronunciamiento que emite en las resoluciones a los juicios de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, sólo que en un momento previo a la publicación de la ley, por tanto, lo que cambia es el momento en el que realiza su función.

QUINTA. A través del juicio de constitucionalidad previa, los legisladores y el Presidente de la República cuidarán el contenido de las leyes, la técnica legislativa, evitarán los intereses personales y de partido porque sabrán de inicio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizará la ley antes de ser publicada a la luz del Derecho y la Justicia, llevando a cabo su función jurisdiccional, lo que los obligará a cumplir con su función al margen de lo establecido en la Constitución General.

La inclusión del juicio de constitucionalidad previa también, evitará la excesiva promoción de juicios de amparo contra leyes, lo que redundará en un menor destino de recursos del Estado a la sustanciación de estos medios de defensa, reconduciéndolos a programas de mayor importancia en nuestro País, que ayudarán a reducir las grandes diferencias sociales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Agapito Serrano, Rafael, De, *Libertad y División de Poderes, El contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, España, Tecnos, 1989.
2. Aragonese Alonso, Pedro, *Sentencias congruentes*, España, Editorial Aguilar, 1957.
3. Aristóteles, *La política*, Novena edición, traducido por Patricio de Azcárate, España, Espasa-Calpe, 1962.
4. Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma Federal de Estado*, primera edición, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
5. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1998.
6. Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigadora de la Corte*, tercera edición, México, Monte Alto, 1997.
7. Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducido por José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
8. Borja y Borja, Ramiro, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Argentina, Ediciones Depalma, 1977.
9. Bucio Estrada, Rodolfo, *La ejecución de las sentencias civiles en México*, México, Porrúa, 2004.
10. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, décimo cuarta edición, México, Porrúa, 2001.

11. Carbonell, Miguel (coordinador), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Porrúa, 2002.
12. Castro, Juventino, V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974.
13. Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª. Edición, España, Taurus, 1981.
14. Fernández Ruíz, Jorge, *Poder Legislativo*, Segunda edición, México, Porrúa-UNAM, 2004.
15. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa y UNAM, 1999.
16. Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993.
17. Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.
18. Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, trigésima tercera edición, México, Porrúa, 1994.
19. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, octava edición, México, Harla, 1990.
20. Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, México, Porrúa, 2000.
21. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
22. Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios constitucionales*, Nueva serie, México, Jus, 1964.

23. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997.
24. Joseph Aguiló Regla, *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, España, Editorial Ariel, 2000.
25. Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, tercera edición, México, Fontamara, 1991.
26. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez), segunda edición, México, UNAM, 1988.
27. Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, (trad. Luis Legaz Lacambra), México, Editora Nacional, 1983.
28. Lanz Duret, Miguel, *Derecho Constitucional Mexicano*, quinta edición, México, Norgis editores, 1959.
29. López Olvera, Miguel Alejandro, *Técnica Legislativa*, primera edición, México, McGraw-Hill, 2002.
30. Martínez Hernández, Ifigenia, Coordinadora, Flores Velasco Guillermo, *El procedimiento Legislativo en, El Nuevo Poder del Congreso en México, Teoría y Práctica Parlamentaria*, Primera edición, México, Miguel Ángel Porrúa, 2001.
31. Montoro Puerto, Miguel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Colex, 1991.
32. Ortiz Arana, Fernando y Trejo Cerda, Onosandro, *El procedimiento Legislativo Mexicano*, primera edición, México, Sista, 2005.
33. Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Primera edición, Madrid, Dykinson, 2004.
34. Platón, *Las leyes*, traducido por José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Madrid, España, Instituto de Estudios Políticos, 1960.

35. *Principios sobre el Federalismo mexicano: 1824*, México, Departamento del Distrito Federal y *El pensamiento Federalista mexicano: 1824*, Administración y política, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1983.
36. Quintana Valtierra, Jesús y Carreño García, Franco, *Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa en México, principios generales*, primera edición, México, Porrúa, 2006.
37. Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, séptima edición, México, Porrúa, 1990.
38. Raigosa Sotelo, Luis, *Las funciones legislativas y no legislativas del Senado*, primera Edición, México, ITAM, 2003.
39. Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *La teoría de la División de Poderes y la Cultura Física en los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2006.
40. Rodríguez Merino, A. *Consideraciones en torno al planteamiento de la denominada "cuestión de inconstitucionalidad" (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981)*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, España, Universidad de Palma de Mallorca, número 5, 1983.
41. Rubio Llorente, Francisco, *Sobre la Relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, La forma del poder*, Madrid, España, CEC, 1993.
42. Serna De La Garza, José María, *Panorama de Derecho mexicano*, México, Mc Graw Hill, 1997.
43. Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo doctrina, legislación y jurisprudencia*, décimo séptima edición, México, Porrúa, 1996.
44. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, trigésima tercera edición, México, Porrúa, 2000.

45. Tosi, Silvano, *Derecho Parlamentario*, México, Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial y el Instituto de Investigaciones legislativas, 1996.
46. Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, primera edición, México, Porrúa, 2006.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. Academia de la lengua, *Diccionario de la lengua española*, España, Espasa-Calpe, 1992.
2. Arteaga Nava, Elisur y Trigueros Gaisman, Laura, *Diccionarios jurídico temáticos. Derecho constitucional*, Vol. 2, México, Harla, 1999.
3. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, quinta edición, México, Porrúa, 1998.
4. Carbonell, Miguel, Coord. *Diccionario de Derecho Constitucional*, primera edición, México, Porrúa-UNAM, 2002.
5. Chávez Castillo, Raúl, *Diccionarios jurídico temáticos. Juicio de Amparo*, Vol. 7, México, Harla, 1999.
6. *Diccionario de la lengua española, Real academia de la lengua*, décimo novena edición, España, Espasa-Calpe, 1970.
7. *Diccionario Jurídico Espasa*, España, Espasa Calpe, 2001.
8. *Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española*, España, Catell, 1990.
9. *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Tomo XV, Argentina, Impo-Insa, 1977, p. 213.
10. Héctor Fix Fierro. *Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002.

11. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, novena edición, Tomo I–O, México, Porrúa y UNAM, 1996.
12. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, 9ª edición. Tomo I-O, México, Porrúa, 1996.
13. Martínez Morales, Rafael I., *Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho Administrativo*, segunda edición, México, Oxford University Press, 2000.
14. Pallares, Eduardo, *Diccionario teórico práctico del juicio de amparo*, quinta edición, México, Porrúa, 1982.

LEGISLACIÓN

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
2. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
3. Constitución Francesa de 1971
4. Constitución Política de la República de Chile.
5. Constitución Política de la República de Ecuador.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
7. El Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
8. El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.
9. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

10. Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
11. Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

OTRAS FUENTES

1. <http://www.bcn.cl/ecivica/histcons>
2. <http://www.gobiernodechile.cl/constitucion>
3. <http://www.uc3m.es>
4. <http://narros.congreso.es>
5. <http://www.monografias.com/trabajos10/supre/supre.shtml?relacionados>
6. http://www.justiniano.com/revista_doctrina/constitucional_de_las_leyes.htm
7. <http://www.justiniano.com>
8. <http://scjn.gob.mx>