

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL



Óscar Uribe Benítez

Serie Roja
Temas Parlamentarios

Abril de 2009

Supremacia Constitucional

Abril de 2009

Derechos Reservados:

© Marzo de 2007



La reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley.

Presidente de la Cámara de Diputados

Dip. Duarte Jaques Cesar

Junta de Coordinación Política

Presidente

Dip. González Garza Javier

Integrantes

Dip. Cantú Garza Ricardo

Dip. Chanona Burguete Alejandro

Dip. Gamboa Patrón Emilio

Dip. González Garza Javier

Dip. Lavara Mejía Gloria

Dip. Marina Arvizú Rivas Aída

Dip. Rodríguez Luna Silvia

Secretario General

Dr. Haro Bélchez Guillermo Javier

Secretario de Servicios Parlamentarios

Lic. Suárez Licono Emilio

**Secretario de Servicios Administrativos
Y Financieros**

Lic. Noble San Román Rodolfo

**Director General del Centro de
Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias**

Dr. Trejo Cerda Onosandro

Coordinación y Revisión Editorial

Lic. Velázquez Gallegos Rafael

Mtro. Noguerrón de la Roquette Pedro

Portada y Diseño Interior

Ayala López Humberto

**Comité del Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias**

Presidente

Dip. Ríos Camarena Alfredo

Secretarios

Dip. Moreno Álvarez Mario Eduardo

Dip. Márquez Madrid Camerino Eleazar

Integrantes

Amaro Corona Alberto

Batres Guadarrama Valentina Valia

Borrego Estrada Felipe

Castillo Romero Patricia Obdulia de Jesús

Chaurand Arzate Carlos

Díaz Gordillo Martha Cecilia

Espejel Lazcano Jaime

Garay Ulloa Silvano

Gutiérrez Aguilar Miguel Ángel

Jacques y Medina José

López Adame Antonio Xavier

Macías Zambrano Gustavo

Monraz Ibarra Miguel Ángel

Navarro Sugich Carlos Alberto

Palma César Víctor Samuel

Quiñones Canales Lourdes

Sánchez Gil Carlos René



*EL CONTENIDO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE SE PUBLICA, ASÍ COMO LAS IMPRESIONES Y GRÁFICAS UTILIZADAS, SON RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, LO CUAL NO REFLEJA NECESARIAMENTE EL CRITERIO EDITORIAL.

Editorial

Legisladores y otros actores políticos mexicanos, desde hace tiempo están convencidos de que nuestro país requiere de cambios para atender y solucionar los problemas de antaño y actuales; en razón de ello, algunos opinan que es necesario reformar la Constitución, mientras que otros consideran necesario refundar el país con una nueva Constitución. Con relación a estos pronunciamientos, el Poder Legislativo Federal, los grupos parlamentarios y los partidos políticos nacionales, pretendieron avanzar con la denominada Ley para la Reforma del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de abril de 2007, la cual quedó abrogada el 13 de abril de 2008, por así disponerlo el artículo transitorio Décimo de dicha Ley. En ella, se fijaron los tópicos para proponer las iniciativas de reformas constitucionales y legales.

En este contexto, se revitaliza de manera singular la importancia que tiene nuestra Constitución, amén de que en ella se plasman en forma normativizada la ideología y los principios rectores políticos, jurídicos, económicos, sociales, culturales, etc., para hacer asequible el bienestar, la prosperidad, la paz, la tranquilidad y la seguridad de la nación.

La importancia de las reformas constitucionales y legales, son motivo suficiente para que este Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, fije su mirada en el estudio de la Constitución, desde el punto de vista del orden jerárquico normativo nacional.

Es por ello que, siguiendo nuestra línea editorial, consideramos oportuno y pertinente la publicación de este trabajo intitulado *La Supremacía Constitucional*, ya que en él se da cuenta de la evolución histórica de la ley en Constitución; las concepciones que han tenido de ella los juristas y políticos, así como las clasificaciones de que ha sido objeto; el origen de su supremacía; la supremacía de la Constitución y su control en la historia patria; y la erosión que ha tenido el principio de la supremacía de la Constitución en la actualidad.

El Comité Editorial del CEDIP

Supremacia Constitucional

Óscar Uribe Benítez*

*Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigador "A" del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución de la Ley en Constitución. III. La conceptualización del vocablo Constitución y su clasificación en el siglo XX. IV. Origen de la supremacía constitucional. V. La supremacía de la constitución en México y su control. VI. Erosión de la supremacía constitucional. VII. Fuentes de consulta.

I INTRODUCCIÓN

Las agrupaciones humanas, desde las más antiguas hasta las actuales, siempre han tenido reglas básicas para subsistir como tales. En la medida en que se hace más compleja la organización social, son necesarias más reglas para regular la urdimbre de relaciones que se generan. Es decir, la regla, norma o ley, fue el primer instrumento jurídico utilizado por quien detentaba el poder para resolver problemas y conflictos.

En este sentido, la ley surge antes que la “Constitución” de las primeras ciudades-Estado del mundo oriental y occidental. Por esta razón, así como para evitar un ex abrupto, en el presente trabajo intitulado “La Supremacía Constitucional” consideramos indispensable que antes de entrar al estudio del objeto del mismo, se aborde en el capítulo II, de manera somera, la evolución de la ley en constitución, lo cual nos permitirá saber el contenido y estructura de las leyes más antiguas de las que se tiene noticia, así como su evolución en su contenido y denominación en las culturas griega y romana, en la edad media, en la época moderna y hasta nuestros días.

Asimismo, dado que el vocablo “Constitución” ha sido utilizado por teóricos del derecho y de la política, es indispensable exponer brevemente, sobre el mismo, los conceptos y clasificaciones más actuales que se han hecho, es decir, del siglo XX, tanto extranjeros como nacionales; en virtud de lo cual, se emprende el desahogo de esta necesidad en el capítulo III.

Posteriormente, en el capítulo IV se expone el origen de la supremacía constitucional. Pero antes de ello, para una mejor comprensión, relatamos el contexto histórico de formación de los Estados Unidos de América, en el que se destacan las ideas predominantes y su consolidación como país independiente. Hecho

lo cual, abordamos la constitución escrita y unitaria de este país, para señalar la consagración que se hizo de ella misma como ley suprema, así como para exponer a la luz de ésta, la sentencia de la Suprema Corte de dicho país pronunciada en el célebre caso Marbury vs Madison, en la que se realiza una interpretación histórico-genética y teleológica de esa constitución, para determinar que es la cúspide del orden jerárquico normativo nacional, la cual ha servido de prototipo para el constitucionalismo mundial.

En el capítulo V, emprendemos el estudio de si en las diversas constituciones de México se ha consagrado el principio de la supremacía de la constitución, así como los medios de control que se han implementado para que prevalezca.

Finalmente, en el capítulo VI se exponen diversos casos que son indicativos de la erosión que ha tenido en nuestro país, el principio de la supremacía constitucional.

II EVOLUCIÓN DE LA LEY EN CONSTITUCIÓN

La historia de la humanidad frecuentemente ha sido dividida en edades o épocas: arcaica, antigua, media, moderna y posmoderna o cibernética. En la edad antigua, en el milenio IV a.C., existió la primera gran eclosión urbana en el sur de Mesopotamia, cuyos protagonistas fueron los sumerios, quienes debido a sus necesidades de índole administrativo y en un marco de complejidad de sus relaciones laborales, control de la producción y los medios empleados para conseguirla, inventaron la escritura cuneiforme hace cinco mil años, la cual requerían y también de una burocracia que redactara documentos para auxiliar a la memoria, así como para regular las relaciones de la vida social, económica y religiosa.¹

Los Códigos o compilación de las leyes más antiguas de la cultura oriental, de las que hasta la fecha se tiene noticia, son siete: Leyes de Ur-Namma y de Lipit-Istar en lengua sumeria; las Leyes de Eshnunna, las de Hammurapi, las Asirias y Neobabilónicas en lengua acadia; y las leyes Hititas en lengua hitita.

De dichas leyes, las de Ur-Namma, Lipit-Istar y Hammurapi, tienen

¹“*La Ley más antigua. Textos Legales Sumerios*”, traducción de Molina Manuel, Madrid, España, editorial Trotta, 2000, pp. 9, 13 y 14.

una estructura similar: un prólogo, en el que el rey recuerda las circunstancias en las que los dioses lo eligieron como monarca de su pueblo; describe sus cualidades y sus logros en la vida política, social, económica y religiosa. Asimismo, contienen una locución adverbial: “en aquellos días”, seguida del cuerpo de leyes; y un epílogo, en el que se pronunciaba una serie de maldiciones en contra de quienes se atrevieran a modificar el contenido del texto.²

Estos cuerpos de leyes abordaban temas relacionados con el homicidio, daños u ofensas a las personas, delitos sexuales, robos, falsas acusaciones o testimonios, situación jurídica de esclavos y evasión de los mismos, problemas relacionados con mujeres, con niños y adopción de éstos, matrimonio, herencia, impuestos, retribuciones a médicos y otros trabajadores, préstamos y alquileres de bueyes y de barcos, compraventa y alquileres de terrenos y asuntos sobre el cultivo de campos.³

En la cultura del mundo occidental, de la misma edad antigua, por ejemplo, en el siglo III a.C., con Clístenes y después con Pericles, la ciudad de Atenas era democrática, cuya organización se asentaba en un primer principio: isonomía, igualdad. Este binomio, democracia e isonomía, significaba un gobierno en el que predominaba absolutamente la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para asumir las decisiones políticas relevantes; derecho de palabra y propuesta dentro de la asamblea; elección por suerte de los cargos públicos y magistraturas, con lo que eran dignos todos de ocuparlos; alternancia anual de los gobernantes; y obligación de éstos de rendir cuentas públicamente. En estas ciudades-Estado existió la necesidad de un cierto orden jurídico y político.⁴

Sin embargo, la necesidad de organizarse jurídica y políticamente se tornó crítica en la mitad del siglo IV a.C., contemporáneamente con Platón y Aristóteles, por discordias y particularismos locales, sobre todo, dicen los contemporáneos, al transformarse la polis, lugar de ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía, de reconocimiento colectivo, en un lugar de intercambio comercial y marítimo. Esta mercantilización de la polis generó conflicto entre pobres y ricos. Los

²Ibidem, p. 17.

³Ibidem, p. 19.

⁴Fioravanti, Mauricio, “*Constitución. De la antigüedad a nuestros días*”, Madrid, España, editorial Trotta, 2007, pp. 17 y 18.

primeros reivindican asistencia pública y los segundos luchan por impedir que con motivo de la indigencia, se adopten medidas radicales, con la confiscación y redistribución de las tierras. Se busca una forma de gobierno que exprese la necesidad de unidad y de equilibrio, sin dividir a la sociedad y a sus poderes públicos. Esta forma de gobierno buscada no presupone soberanía y menos un Estado, se refiere a un sistema de organización y de control de los componentes de la sociedad, para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política. En esta situación de crisis y de valoración del gobierno democrático, tomó cuerpo con firmeza un uso concreto del concepto de politeía, que traducen los modernos como constitución.⁵

Se afirma que este sentido de politeía genera problemas, toda vez que en las fuentes griegas tiene significados diversos. En una interpretación subjetiva, es referida al conjunto de los ciudadanos. En una objetiva, atañe a la organización política, al conjunto de magistraturas. Politeía era el instrumento conceptual del que se sirve el pensamiento político del siglo IV a.C., para enunciar su problema fundamental: la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, que refuerce la unidad de la polis, amenazada y en crisis. Tal búsqueda ya tiene una palabra para expresarse, con la que se acentúa la necesidad de penetrar en la forma de la unión política, que tome lo que caracteriza en el fondo a la polis, es decir, lo que la mantiene unida. Este concepto permite regresar a los griegos a la experiencia política democrática, para preguntar si la politeía y la forma de gobierno democrática es todavía posible. Y si la respuesta es que no, les permitiría preguntarse qué otra constitución o politeía necesitan.⁶

Cuando la forma ideal de gobierno es imposible, entonces es necesario acogerse a las leyes existentes, al gobierno de las leyes o ciencia regia, que es la expresión de la necesidad de una constitución. Platón refirió que si el origen de la constitución es violento está destinada a decaer, pues si es de la mayoría, es la constitución de los vencedores, o sea, los pobres, que matan a sus adversarios, los destierran y se apropian de todas las magistraturas, de lo que resulta que no es una constitución. Por lo que se inventa el mito de la patrios politeía, de la constitución de los antepasados, cuyo origen

⁵Ibidem, pp. 15-17.

⁶Ibidem, pp. 19 y 20.

fue compositivo y plural, o sea, de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas y de tendencias, con lo que recupera a la democracia como un componente de la constitución, que debe conciliarse con las otras, regia y aristocrática. Esta fórmula, es de una constitución mixta, con lo cual se da respuesta a la crisis.⁷

Contra estos peligros de degeneración, se pretende revalorizar el significado de la política y la ética en la convivencia social, que no es solamente de tráfico de riquezas sino de perfeccionamiento moral y material. Para Aristóteles esto no es suficiente, sino también indicar una forma de gobierno, y lo hace en la constitución de los atenienses, al evocar al fundador de los padres de la constitución, es decir, a Solón que fue árbitro en el conflicto social entre pobres y ricos, liberando a aquellos de las deudas y a éstos de la distribución de sus tierras, con lo que dio una constitución media. Aristóteles denomina a esa forma de gobierno politeía, constitución, por ser fruto de una composición paritaria y razonada de las tendencias e intereses de la sociedad. Politeía es un modelo de ideal equilibrio y mediación entre monarquía, aristocracia y democracia, limitando a estos poderes.⁸

Las constituciones antiguas de Grecia y Roma, invocadas como politeía o res publica, respectivamente, es un criterio de orden y medida de las relaciones políticas y sociales de su tiempo, el cual no tiene relación con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna soberanía que limitar, ni pensaron en la constitución como norma, que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos. Pensaban en la constitución como en una exigencia a satisfacer, como en un ideal a perseguir (ético y político) que se hizo fuerte en la decadencia griega y romana. Fue precisándose en un gran proyecto de conciliación política y social. Por eso, la constitución de los antiguos no fue la de los vencedores, no fue unilateral y se nutre del mito de la constitución de los padres. El principal enemigo de la constitución de los antiguos es el tirano, porque divide a la comunidad y encabeza una de las facciones, rompiendo el equilibrio, se muestra en contra de la constitución, en la que está la aspiración al orden, a la medida y a la paz.⁹

Rolando Tamayo y Salmorán, busca el significado del concepto

⁷Ibidem, p. 22.

⁸Ibidem, pp. 23-25.

⁹Ibidem, pp. 29 y 39.

constitución en los usos dados en la historia. Así, refiere que en la antigua Grecia, tuvo ocho acepciones:

La primera, con el nombre de **politeía se conoció una colección de tratados de Aristóteles, relativa a las instituciones políticas de las polis griegas o bárbaras. También se conoce como Constitución de Atenas, a un trabajo de Aristóteles en el que analiza la forma y estructura del gobierno y administración de Atenas.** La inmensa mayoría de **filólogos modernos traduce politeía con la expresión moderna de constitución.** Todas las acepciones aluden a la polis, a algo propio de la comunidad política e independiente de la legalidad de la naturaleza.

La segunda, la polis era un compuesto; y el componente, era el ciudadano. Cada polis tiene una particular forma de ser. La palabra politeía significa la polis, tal como realmente es **su forma de ser.** Politeía es un término que abarca todas las innumerables características que determinan la peculiar índole de la polis. Es un término descriptivo y en su significado se incluye el mismo uso que hacemos nosotros de la palabra constitución, cuando hablamos de la constitución de un hombre o de la materia. Polis, representa más que un concepto político, su traducción ciudad-estado no lo cubre, pues significa la total sociedad y civilización del Estado griego. La mejor manera de expresar la polis, en lengua moderna, es la comunidad. La polis es un compuesto de ciudadanos, mejor dicho, de actividades ciudadanas; y politeía se usa para significar su manera de ser, la manera en que está compuesta: su estructura y funcionamiento. La identidad de la polis reside en su constitución.

El funcionamiento de la polis es reconocido como su tipo de gobierno; en ocasiones politeía es igual a polis y a las funciones de ésta, o sea, al gobierno; de ahí que polis sea igual a politeía y a politeyma, es decir, a ciudad-estado, que es igual a constitución de la polis. **La identificación de polis con politeía** viene de la opinión de Aristóteles que tiene sobre la ciudadanía, al decir: “He aquí el esquema de la primera constitución. Aunque poco tiempo después, bajo el Arcontado de Aristicno, Dracón, estableció sus leyes”. Pasaje en el que se entiende por constitución, **una manera de ser de la polis,** que es la que tenía Atenas antes de Dracón, quien después estableció diversas leyes, y por eso Aristóteles expresa que ahora su constitución tuvo la siguiente forma; es decir, Atenas se organizó y estructuró diferente. En

otro pasaje de la Constitución de los Atenienses, Aristóteles expresa: cuando los atenienses tomaron en sus manos el imperio actuaron despóticamente con sus aliados, salvo con los habitantes de Chios, de Lesbos y de Samos, a quienes les dejaron su constitución propia y el gobierno de sus posiciones.

El tercer significado de constitución es el de **distribución de funciones**, es decir, el papel de los ciudadanos. Si la polis es el conjunto de ciudades, la organización de la polis no es sino la forma en que las ciudades están organizadas. Cada ciudadano realiza una función en la polis, con lo que se determina la forma de la polis. La constitución es la que determina las funciones de los ciudadanos y por ello establece la organización de la polis; la constitución se convierte en un esquema de la polis y como tal funciona como patrón, como un plan según el cual la polis se encuentra arreglada, particularmente las funciones de los ciudadanos. El esquema tiene una finalidad, perseguir sus ideales de diferentes formas y por distintos medios. Las polis manifiestan sus diversas maneras de vida: diferentes constituciones.

El cuarto significado de politeía es el de un esquema gubernamental ideal, o sea, un modelo para la polis, un estilo y forma de vida, como sociedad ética.

El quinto significado corresponde al de administración o gobierno. El sexto se identifica con legislación, como conjunto de leyes. El séptimo significado de politeía es el de una legislación especial. Y el octavo significado, es el de regla de competencia.¹⁰

Asimismo, señala que Roma es una civitas que tiene su manera de ser (res publica). Para los romanos la politeía equivale a res publica, que a su vez es igual a comitia, que significa el conjunto ordenado y estructurado de las ciudades que constituyen un cuerpo político. La comunidad política era el conjunto de ciudadanos; res publica es igual a res populi, de ahí que signifique reunión de ciudadanos, su asamblea, su organización, su manera de ser que el populus ha establecido mediante leyes.¹¹

El poder del emperador le fue ganando terreno a la república, cuya potestad legislativa se materializa en edicta, decreta y rescripta, denominadas constituciones generales imperiales. Para Gayo lex era

¹⁰Tamayo y Salmorán, Rolando, *“Introducción al estudio de la Constitución”*, México, editorial Fontamara, 2006, pp. 23-35.

¹¹Ibidem, p. 39.

lo que el pueblo ordena y ha establecido, es una forma de obligar al populus. Dice que para Ihering, Lex era un contrato por el cual los cives se obligan recíprocamente a observar cierta conducta, era una convención celebrada entre iguales. La lex publica es una convención de todos, y una convención privada es una lex para ambos contratantes. La publica sponsio era un compromiso de todo el populus y las constitutiones valían como tales. De ahí que constitutio significa forma legislativa o mandato legislativo imperial. También significó fundar o establecer ciudades nuevas o legislación especial. Constitución también significó mandatos del legislador, del emperador.¹²

Tamayo y Salmorán, sostiene que va adquirir en la edad media el significado de legislación, que fundamenta y explica las relaciones de poder entre los individuos en la comunidad política (reinos y ciudades). Surge un nuevo concepto. Por ejemplo, en España el término constitución es usado para nombrar las cartas, fueros o pactos, otorgados por los monarcas a regiones, ciudades y villas, que eran privilegios, tales como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio, a ser juzgado por los jueces naturales, etc. Así ocurrió en Francia, Inglaterra e Italia. Constitución, es un instrumento legislativo por el cual se otorgan franquicias o privilegios (derechos reales) a los individuos de una comunidad política (burgos, villas o ciudades). La constitución como pacto portaba franquicia o libertades otorgada por el príncipe por sí o en el parlamento, era legislación del monarca. Las ciudades al formar uniones o ligas para defender sus derechos o privilegios, provocaron que los reyes convocaran a los representantes de esas ciudades; de ahí que constitución empieza a significar, además de pacto y privilegio, representación. En Inglaterra, el Estado le otorgó a la iglesia constituciones, que se refieren a las relaciones entre éstos, en la época de Henry II, que eran privilegios, franquicias y posesiones o bienes otorgados y garantizados por las constituciones, cuyos sinónimos al principio del medievo eran lex o edictum.¹³

Recuerda Tamayo y Salmorán, que el tratadista político Georges Burdeau sostiene que la organización política, reposa en un pacto celebrado entre los gobernados, quienes convienen en obedecer, y los gobernantes, quienes se comprometen, además de asegurar el orden, a respetar las condiciones puestas a su derecho de mandar. De aquí

¹²Ibidem, pp. 40, 43, 44-46 y 50.

¹³Ibidem, p. 54, 56 y 57.

desprende aquél, y de las cartas o pactos un efecto principal: derechos y obligaciones para las partes; asimismo, un efecto secundario: la idea de que mediante estos pactos se establecen límites al monarca, límites al ejercicio del poder. La más célebre de estas constituciones es la Carta Magna de 19 de junio de 1215, entre el rey John y los barones ingleses. Menciona que en 1649 en Inglaterra, el tribunal que conoce de la causa en contra de Charles I, habla de las constituciones fundamentales de este reino. Por tanto, parece significar constitución, compromisos básicos que hacen posible la comunidad: leyes fundamentales del reino sean escritas o no. Constitución no es ya mera legislación, sino ley fundamental.¹⁴

Maurizio Fioravanti, parafraseando las metáforas del poder de Walter Ullmann, expresa que en la Grecia democrática y en la Roma republicana, el poder era ascendente, es decir, el ciudadano participaba para ocupar algún cargo público, para acceder al poder; en cambio, en la edad media se tiene la idea de que la concepción del poder era descendente, o sea, el todopoderoso era Dios y permeaba con su poder a sus vicarios: rey y representante de la iglesia. Desde el punto de vista de la historia constitucional, el medioevo es la edad del eclipse de la constitución, es la edad en que la conciencia colectiva de la necesidad de una ley fundamental se disuelve.¹⁵

Esta tesis de la historia constitucional, la refuta Fioravanti en la forma siguiente: existió una verdadera y auténtica constitución medieval. En esta etapa, dada su amplitud, desde la caída de Roma hasta la aparición de la soberanía estatal de los modernos, a partir del siglo XV, que comprende diez siglos, no figura en este lapso una forma típica del ejercicio del poder. Existen poderes en sentido universalista, como el imperial, así como otros sobre espacios limitados, legitimados por la posesión de la tierra, de donde se deriva el ejercicio de los poderes del imperium: administración de justicia, recaudación de impuestos, la llamada a las armas. El rey, príncipes, señores, laicos y eclesiásticos, derivan sus poderes de manera lineal de los poderes con orientación universalista.¹⁶

En el siglo XI se da el fenómeno de la constitución de los ordenamientos de las ciudades que adquieren formas de gobierno

¹⁴Ibidem, pp. 58-60.

¹⁵Fioravanti, Mauricio, op. cit., p. 33.

¹⁶Ibidem, pp. 33 y 34.

participativas. Los poderes públicos tenían una limitación intrínseca de hecho, con más consistencia a partir del siglo V después de la caída del imperio romano. En la antigüedad la constitución podía concebirse como un orden político ideal, la constitución medieval se entiende como un orden jurídico dado, a preservar, a defender frente a todos aquellos que pretendan introducir alteraciones arbitrarias en los equilibrios existentes. La Edad Media, es la edad en la que el discurso sobre constitución deja de pertenecer al campo político y moral, al perfeccionamiento del hombre, y comienza a entrar en el mundo del derecho, a convertirse en discurso jurídico, que nace de la práctica social. Hablar de constitución medieval es hablar de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio.¹⁷

La constitución mixta de los antiguos se dirige a legitimar fuertes poderes públicos reconocidos, en tanto que la constitución mixta medieval se dirige a limitar esos mismos poderes. En los siglos XVI y XVIII, la constitución medieval se encuentra en declive, porque su carácter compositivo y plural es destruido desde su raíz en forma creciente, por el poder de normación de los soberanos inspirados en lógicas absolutistas.¹⁸

Tamayo y Salmorán, evocando a Charles H. McIlwain, señala que no hay un ejemplo anterior al siglo XVII, respecto del uso de constitución, se localiza en el Diccionario de Oxford, para nombrar el conjunto del aparato jurídico del Estado, en una frase del Obispo Tall en 1610: La Constitución de la República (Commonwealth). En ese mismo año, James Whitelocke dijo: el natural aparato y constitución de lo político de este reino, es *ius publicum regni*. El 28 de junio de 1688, en una deliberación de la Cámara de los Comunes, se aseveró que el rey James II había intentado cambiar la Constitución del reino. Este cambio, de leyes fundamentales del reino por Constitución del reino, no fue casual. La noción moderna de la Constitución, surge como resultado de diversos acontecimientos: la aparición de los conceptos de comunidad y Estado; la protección jurídica de los pactos y el nacimiento de los civil rights; la aparición de las Cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; y el auge de la doctrina moderna del derecho natural. El Estado nombra reinos, repúblicas o principados, es la universales

¹⁷Ibidem, pp. 37 y 38.

¹⁸Ibidem, p. 50.

publica consociatio, que requiere como elemento básico el poder, obtenido no de una negociación, para ese ente abstracto, que es la comunidad o el Estado. Así, la constitución deja de ser un contrato de gobierno para convertirse en el instrumento de la comunidad que institucionaliza el ejercicio del poder. Constitución es algo relacionado con el Estado, es el elemento en el que se funda la autoridad política. Cada Estado (reino, república o principado) tiene su constitución (acto de establecimiento de la comunidad política).¹⁹

Los pactos en los que se reconocían libertades y privilegios fueron garantizados por los remedies (recursos judiciales), lo que los convirtió en verdaderos rights, derechos, de los individuos. Los privilegios e inmunidades que beneficiaban a algunos grupos a través de la fuerza del precedente (stare decisis) se convirtieron en los civil rights de los ingleses, o sea, en los derechos fundamentales del reino. La racionalización del poder en Inglaterra fue en principio obtenida a través de pactos, después por su protección e interpretación por los tribunales. La colonización inglesa la promovieron una serie de empresas privadas, que comenzaron con obtener la Carta de la Muscovy Company en 1555; la Levant company de 1581; Venice Company en 1583; East India en 1600 y la Carta de la Virginia Company of London en 1606. Tal Carta garantizaba a los fundadores todas las libertades, franquicias e inmunidades de que gozaban los ingleses en Inglaterra. El primer asentamiento en Virginia fue en el lugar denominado Jamestown, bajo un control militar, en cuyos primeros años de gobierno no se cumplió la promesa de completos derechos ingleses a los fundadores; sin embargo, bajo el liderazgo de Edwin Sandys se empezó a realizar en Virginia un autogobierno. En noviembre de 1618, en su corte trimestral se ratificó un orden más democrático en The Great Charter of Privileges, Orders and Law, que sería el antecedente de la Constitución de Virginia de 1776. La Corte envió como gobernador de Jamestown a George Gardley, con instrucciones de convocar a una asamblea, la cual sesionó el 30 de julio de 1619, con lo cual fue el primer cuerpo legislativo en el Nuevo Mundo.²⁰

La anterior Carta se imponía a la actividad legislativa, con lo cual por Constitución se nombra a un tipo especial de legislación, superior

¹⁹Tamayo y Salmorán, Rolando, op. cit., pp. 61-63.

²⁰Ibidem, pp. 64 y 65.

a la legislación ordinaria. En la concepción puritana las congregaciones se creaban mediante un pacto entre miembros iguales, por tanto, el pacto (covenant) era considerado el origen de toda vida social organizada. Estos pactos se propagaron en los colonos ingleses, por los cuales se establecía una comunidad, a la cual el Parlamento inglés le otorgaba cartas en las que se confirmaban las órdenes establecidas por sus fundadores. Por lo que Constitución (carta o covenant) significa el instrumento por el que se establece la comunidad política y está por encima de la legislación. Se refiere a un fenómeno complejo, como una legislación o pacto solemne que por ser el acto **que da origen a la comunidad política** es la ley suprema de la propia comunidad.²¹

La escuela del derecho de la naturaleza y de gentes, sistematizó la idea de constitución en los primeros colonos ingleses de Norteamérica, que consistió en la distinción entre la constitución y las leyes ordinarias, caracterizando la superioridad de la misma en fundamental. Dicha escuela reconoce la existencia de un derecho propio a la naturaleza del hombre para obrar libremente y reconoce la necesidad de un consensus para fundar una comunidad política. Según Hugo Grocio, la comunidad es producto del appetitus sociales inherente a la naturaleza del hombre, los pactos derivan del instinto de sociabilidad.²²

Mauricio Fioravanti menciona que la constitución medieval, desde el punto de vista de las doctrinas de la soberanía, principalmente la de Thomas Hobbes, la señalan como la causa primera del enfrentamiento entre absolutismo político y constitución mixta, y entre monarquía y parlamento. El orden contenido en la Constitución mixta medieval, fundado en una amplia y permanente diversidad de acuerdos y de convenios, produjo anarquía y guerra civil. La titularidad de la potestas pública no se había definido. Jean Bodin en su obra los seis libros de la república, expone en forma nueva e inédita la soberanía, ya que no parte de los poderes y prerrogativas del soberano, sino intenta descubrir la naturaleza de los poderes que pertenecen al soberano. El rey no es soberano porque sea titular de muchos y amplios poderes, sino porque esos poderes están dotados, en él y sólo en él, de un carácter particular, el de la soberanía, por lo que es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto. Perpetuo, porque no es revocable, porque no ha sido conferido por otro poder, a diferencia de otros poderes.

²¹Ibidem, pp. 65-67.

²²Ibidem, p. 68.

Absoluto, no porque carezca de límites sino porque es indivisible.²³

Hobbes, parte del estado de naturaleza de los individuos que autoriza cada uno a que lo gobierne otro individuo o una asamblea para salir de dicho estado en el que peligran sus vidas y cosas, con lo que el poder soberano es originario y no dado por otro poder, como el de la organización o colectividad. Pero además el titular del poder soberano es autorizado a representar a todos los individuos. Con estos aspectos teóricos, crea artificialmente la soberanía.²⁴

Fioravanti sigue destacando las ideas de diversos teóricos y filósofos políticos. De Hobbes, señala que en su obra el Leviatán considera ley fundamental aquella en virtud de la cual los súbitos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya que éste monarca o una asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir. Tal es el poder de hacer la guerra y la paz, el de judicatura, el de elección de oficiales y el de procurar todo lo que sea necesario para el bien público. De Juan Jacobo Rousseau, refiere que en su contrato social el poder soberano se lo atribuye al pueblo. De Locke la forma de gobierno equilibrada y moderada, que fue modelo constitucional en Europa, y en esa misma línea de pensamiento a Montesquieu, en su famosa obra el espíritu de las leyes, en la que destaca que los derechos de los individuos sólo pueden existir en un régimen político moderado, cuya vinculación está presente en el inglés William Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England*. De Diderot, que el verdadero y legítimo poder tiene límites y que el pueblo no podía arbitrariamente disponer del contrato, desconociendo la autoridad constituida del príncipe. De Edmund Burke, la reconducción de la elección de los ministros y la orientación política del país a la voluntad de los electores, organizada y guiada por los partidos. De Jeremy Bentham, su ataque a la Constitución histórica inglesa, quien señaló que la verdadera diferencia entre el gobierno libre y el tiránico no es dada por la mayor posibilidad de oponer límites al primero en nombre de la constitución, sino por el modo de participación en el supremo poder legislativo (de las distintas clases), por los frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernantes y gobernados, por la responsabilidad de los gobernantes frente a los electores del país, por el modo de organizar las libertades políticas más importantes, como la de prensa

²³Fioravanti, Mauricio, op. cit., pp. 72 y 73.

²⁴Ibidem, p. 80.

y asociación.²⁵

Es decir, Bentham sostiene que el poder está auténticamente legitimado por el consenso popular, cuando está controlado por el pueblo y es responsable ante él, ya no tiene sentido insistir en el aspecto del límite.

Destaca de Alexander Hamilton, la necesidad de un gobierno nacional federal fuerte, basado en el poder constituyente del pueblo americano como fundamento de las nuevas instituciones políticas. De Madison, una constitución republicana, no con abstracta separación de poderes, sino de un concreto equilibrio entre los poderes, de manera que del resultado en conjunto se obtenga un gobierno limitado. De Thomas Paine, su obra derechos del hombre, en la que refiere que una Constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho. O sea, la primacía de la Constitución querida por el pueblo soberano sobre el gobierno, entendido éste como conjunto de poderes constituidos, derivados de la misma Constitución.²⁶

Refiere de Emmanuel-Joseph Sieyès, en su tercer Estado, que el sujeto soberano es la nación, la cual no debe a someterse a formas constitucionales. Y en su opinión sobre las atribuciones, de que una Constitución, o es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada. De Emer de Vattel, destaca que la nación tiene pleno derecho para formar ella misma su constitución, para mantenerla, para perfeccionarla y para regular con su voluntad todo lo que concierne al gobierno. Respecto de Kant, en su constitución republicana, distingue entre forma de Estado y forma de gobierno, siendo en ésta en la que se desarrolla aquélla, con la relación entre los poderes, cuya separación del legislativo y ejecutivo garantiza la libertad e igualdad. Apunta de Benjamín Constant, que como liberal asociaba la constitución a la libertad, pero en el plano ideológico, o del programa político, y no en el plano normativo, de la oponibilidad de la constitución como norma de garantía de los derechos a la misma ley.²⁷

Señala que Hegel afirmó que la constitución de Alemania era un catastro de los derechos constitucionales más diversos, adquiridos a la manera del derecho privado. Que los alemanes continuaban con la

²⁵Ibidem, pp. 78, 91, 98, 100-102.

²⁶Ibidem, pp. 107, 108, 110.

²⁷Ibidem, pp. 112, 119, 124 y 129.

constitución medieval, por lo que Alemania estaba condenada a una decadencia política porque no sería capaz de expresarse de manera unitaria como nación a través de la autoridad de un Estado legitimado para actuar directamente sobre todos los alemanes. O sea, tenía una Constitución jurídica, establecida contractualmente y exigible por las partes ante los tribunales, pero no tenía una constitución estatal en la que se expresase la existencia de un Estado, de un principio político común dotado de de autoridad propia. La Constitución ya no podía ser entendida como norma que ordena los poderes y garantiza los derechos, se entiende como orden fundamental de la convivencia civil, construido a partir de las voluntades particulares de las concretas fuerzas sociales y de los mismos individuos, que al final producía la supremacía de lo universal, del interés general, de la soberanía del Estado.²⁸

Apunta que Bismarck, en un discurso parlamentario, expresó la prioridad del Estado sobre la Constitución; que el Estado, en nombre del interés nacional, es la casa sólidamente construida, y la constitución, respecto a esa casa, puede concebirse como la elección por un determinado arrendamiento, es el lujo que nos podemos permitir cuando se sabe que la casa ya existe. Las constituciones del siglo XIX no querían ser democráticas y populares, tampoco monárquicas, querían ser constituciones estatales, fue así la coincidencia entre soberanía del Estado con la soberanía del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado, que con sus reglas anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo, transformándola en poderes jurídicamente regulados, es decir, el Estado de derecho, que asume forma teórica definitiva por la obra de Georg Jellinek.²⁹

Refiere que Jellinek dio el siguiente concepto: La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado. Esta idea del Estado de Derecho se difunde en los demás países europeos; Italia la adopta y Francia en el siglo XX por conducto de Raimond Carré de Malberg, para poner un límite a la tendencia del derecho público a proponer el dominio, cuasi ilimitado del legislador representante del

²⁸Ibidem, pp. 135 y 138.

²⁹Ibidem, p. 140.

pueblo soberano.³⁰

Destaca que Albert Venn Dicey, afirmó la soberanía del parlamento, lo que significa negar que antes de él haya existido un pacto fundamental, un poder constituyente que haya definido los contornos de todos los poderes y del mismo parlamento; que era soberano porque no debía su existencia a una ley constitucional de orden superior, por eso su ley no puede ser derogada, modificada o alterada³¹

Fioravanti menciona que a comienzos del siglo XX, en Europa existían diversos regímenes, pero no existía ninguna constitución democrática. A partir de los años veinte se realizan fundaciones de repúblicas, como la alemana de Weimar, en la Constitución de 11 de agosto de 1919, superadas en Alemania e Italia por regímenes totalitarios, que de sus cenizas resurgieron en la segunda posguerra mundiales regímenes democráticos. La Constitución ha vuelto a tener un contenido político ligado a la voluntad constituyente del pueblo soberano y que es un contenido democrático. La Constitución de Weimar, representa el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX³²

Para Carl Schmitt, una Constitución es democrática cuando es capaz de representar y hacer vivir, en el plano institucional y político, al sujeto constituyente que le ha dado vida, es decir, al pueblo soberano. Es el jurista del siglo XX que rompe los prejuicios. Para él, la Constitución existe y funciona como ley fundamental de la comunidad política, porque contiene un irrenunciable elemento político, que consiste en ser expresión del pueblo soberano, que se ha manifestado en el plano normativo a través de esa ley fundamental. En su ensayo de El guardián de la Constitución de 1931, sostiene que el Presidente elegido por el pueblo, a la luz de los artículos 130 y 46 de la Constitución que lo ponía en la cumbre burocrática (fuerza estatal independiente y neutral), representaba el elemento político de la Constitución, la unidad del pueblo Alemán, para la vida de la Constitución.³³

Fioravanti critica a Carl Schmitt porque partió de la apología del poder constituyente de la revolución francesa, y pasó por la apología del principio de continuidad del Estado, renovando la primacía del

³⁰Ibidem, pp. 141 y 144.

³¹Ibidem, p. 146.

³²Ibidem, p. 149.

³³Ibidem, pp. 151-153.

Estado sobre la Constitución, sin ofrecer una respuesta al encuentro contrapuesto entre democracia y constitucionalismo, que expresan la soberanía del pueblo y la idea del límite, del equilibrio, de la garantía, respectivamente. La primera, a legitimar el poder de quien está llamado a representar al pueblo soberano; y el segundo, a limitar ese poder, a establecer condiciones fijas e inderogables para su ejercicio.³⁴

La antípoda teórica a la anterior concepción de Schmitt es la de Hans Kelsen, para quien la constitución democrática es la que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. Es democrática porque tiende a excluir poderes autocráticos, que buscan autolegitimarse, afirmar un fundamento propio y distinto. Y desde el punto del régimen político, se deduce que es democrático el régimen que no sobrevalora ningún poder, que reconduce todos los poderes a la norma constitucional. Para Kelsen, la Constitución democrática, es republicana, en contraposición al principio monárquico, así como pluralista, al representar diversas fuerzas y concretos intereses. Asimismo, la constitución de Kelsen es parlamentaria, como método para la composición en formas institucionales de la pluralidad de los intereses sociales, mediante el diálogo, compromiso, renuncia de todos a representar el interés general, cuyos artífices son los partidos políticos. La ley que emana del parlamento se propone como puro acto de voluntad de la mayoría, como instrumento de dominio de algunos intereses sociales sobre otros. Kelsen considera necesario poner un límite a la ley, ya que en esa situación está en juego la misma constitución, entendida como principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas.³⁵

Dicho límite se obtiene mediante el control de constitucionalidad confiado al tribunal constitucional, con poder para declarar inválidas las leyes contrarias a la constitución. La ley ya no es inatacable, porque ya no contiene, a través de la representación, la voluntad general del mismo pueblo soberano. La ley vale en cuanto realice el ideal democrático de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan.³⁶

Fioravanti asevera que existe un rompimiento entre democracia y constitucionalismo. Sobre esta base en la segunda mitad del siglo XX,

³⁴Ibidem, pp. 153 y 154.

³⁵Ibidem, pp. 154-157.

³⁶Ibidem, p. 158.

constituciones nacidas del ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo soberano, fundadas en el principio de soberanía popular, estaban a la vez orientadas por encima de los legisladores, de los que se dicen intérpretes y representantes, sobre la base del principio de mayoría, de la voluntad del pueblo soberano. Esta es una forma constitucional incomprensible en relación con la tradición moderna que había obligado a todos a ubicarse de una u otra parte: con el pueblo soberano y contra la idea de una ley fundamental vinculante para el futuro, o con la constitución como límite, como ideal de estabilidad y de equilibrio, así como en contra de la desmedida y amenazante idea del pueblo soberano. En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional, al parecer está la aspiración de un justo equilibrio, entre el principio democrático, con valor constitucional por medio de instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea, en toda la tradición constitucionalista, de los límites de la política a fijar mediante la fuerza normativa de la constitución y a través del control de constitucionalidad.³⁷

III

LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL VOCABLO CONSTITUCIÓN Y SU CLASIFICACIÓN EN EL SIGLO XX

El concepto de constitución ha sido utilizado en la teoría política y en la teoría del derecho, inclusive se le ha clasificado. Por ello, expondremos en forma breve algunos conceptos y clasificaciones de diversos politólogos y juristas del siglo XX, para comprender la visión que se tiene de la constitución.

A) Conceptos y clasificación de constitución en la teoría política.

1. Carl Schmitt. Considera que la palabra constitución reconoce una variedad de sentidos, razón por la cual expone los conceptos absoluto (político y normativo), relativo, positivo e ideal de la Constitución, en la forma siguiente:

La constitución en sentido absoluto puede significar, la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente.

La constitución en sentido absoluto normativo, es una regulación legal fundamental, o sea, un sistema de normas supremas y últimas. La Constitución es norma de normas.

³⁷Ibidem, pp. 163 y 164.

La constitución en sentido relativo, consiste en fijarse en la ley constitucional concreta, según sus características externas y accesorias llamadas formales, en lugar del concepto unitario de constitución como un todo. Es decir, constitución es la ley constitucional en particular. Las notas formales del concepto son: que la constitución sea escrita y que su reforma se ligue a supuestos y procedimientos de mayor dificultad.

La Constitución en sentido positivo, surge mediante un acto del poder constituyente, que no contiene normaciones cualquiera, sino, por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Y en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica.

La constitución en sentido ideal es a la que se le designa como verdadera o auténtica, por razones políticas, porque responde a un cierto ideal de constitución. Este concepto ha prosperado y desde el siglo XVIII solamente se han designado constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad. Implican garantías de libertad, división de poderes y que sea escrita. Este concepto es el dominante en el Estado burgués de Derecho.³⁸

2. Norberto Bobbio. Refiere que las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de inviolables, es decir, que no pueden limitarse y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Derechos que se garantizan jurídicamente por medio del control constitucional de las leyes, declarando ilegítimas las leyes que no respetan tales derechos.³⁹

3. Giovanni Sartori. Al abordar la definición de la constitución formal, señala que para ello, partirá de la clasificación que hizo el filósofo alemán Kart Loewenstein. Así, distingue entre constitución garantista (constitución en sentido estricto), constitución nominal y pseudoconstitución (o constitución fachada).

La constitución en sentido estricto, significa una estructura de la

³⁸Schmitt, Carl, *“Teoría de la Constitución”*, Madrid, España, editorial Alianza, 2003, pp. 30, 33, 37, 38, 45-47 y 58-62.

³⁹Bobbio, Norberto, *“Teoría general de la política”*, 2ª edición, Madrid, España, editorial Trotta, 2005, p. 478

sociedad política, organizada a través de y mediante ley, con el objetivo de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho.

La constitución nominal se aplica plenamente, pero su realidad ontológica la proporciona únicamente la formalización de la localización existente del poder político que beneficia exclusivamente a sus detentadores efectivos. Son nominales en el sentido de que se apropian del nombre constitución; son un conjunto de reglas que organizan, pero que no limitan el ejercicio del poder político en un determinado Estado.

La constitución fachada o pseudoconstitución toma la apariencia de verdadera constitución, pero no es observada en sus características garantistas fundamentales.⁴⁰

4. Ignacio Burgoa Orihuela. Toma como referencia la Ley Suprema vigente de nuestro país, para aventurarse a dar una idea de constitución jurídico-positiva de índole político-social, en los términos siguientes:

“Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) establece su forma y la de su gobierno; b) crea y estructura sus órganos primarios; c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales, y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados”.⁴¹

5. Elisur Arteaga Nava. Siguiendo las ideas del español Manuel García Pelayo, menciona que la constitución es un complejo de normas de naturaleza suprema y fundamental, emitido de una sola vez, que estructura un Estado, crea sus poderes y órganos de autoridad, prevé las relaciones entre ellos, los dota de facultades y les establece limitaciones; una de éstas son los derechos individuales.⁴²

B) Conceptos y clasificación de constitución en la teoría del derecho.

1. Hans Kelsen. Este jurista vienés entiende por Estado un orden jurídico, por lo que considera que el problema de la constitución encuentra su lugar natural en la teoría general del derecho. Distingue

⁴⁰Sartori, Giovanni, *“Elementos de teoría política”*, Madrid, España, editorial Alianza, 2005, pp. 21-23.

⁴¹Burgoa Orihuela, Ignacio, *“Derecho constitucional mexicano”*, 5ª edición, México, editorial Porrúa, 1984, p. 325.

⁴²Arteaga Nava, Elisur, *“Constitución, política y realidad”*, México, editorial siglo XXI, 1997, pp. 13-14.

constitución en sentido material y formal, para aclarar que él lo entiende y aplica en sentido material en la teoría general del derecho. Así, refiere que la constitución material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. Constitución formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. Precisa que en la teoría política ha sido forjado el concepto de constitución para abarcar aquellas normas que regulan la creación y la competencia de los órganos ejecutivos y judiciales supremos.⁴³

2. Felipe Tena Ramírez. Siguiendo a Hans Kelsen, para caracterizar a nuestra Constitución y no para definirla, Tena Ramírez distingue entre constitución material y constitución formal. Entendiendo la primera, como aquella que está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales, especialmente la creación de leyes. La Constitución en sentido material, comprende los derechos individuales, mal llamadas garantías ya que el juicio de amparo lo es solamente, que suele llamarse parte dogmática por el profesor español Adolfo Posada; y la parte orgánica, que trata de la organización y competencia de los poderes federales, así como las responsabilidades de los funcionarios públicos; y los preceptos relativos a la superestructura constitucional, que cubre la parte dogmática y orgánica y a los poderes de los Estados, es decir, los artículos 39, 40, 41, 133, 135 y 136, referentes a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su inviolabilidad. Esta es la Constitución en sentido material.

La Constitución en sentido formal, según Kelsen, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas, pero a menudo encierra normas que no forman parte de la Constitución en sentido material, que deberían estar en leyes ordinarias, pero se elevan por ser del interés de un partido en colocar su conquista en ley superior o bien responde a la importancia nacional. Lo primero, se contiene en los artículos 27, 123 y 130; y lo segundo, en los capítulos

⁴³Kelsen, Hans, *“Teoría general del derecho y del estado”*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 147 y 307.

II, III y IV, del Título Primero, que se refieren a la nacionalidad, ciudadanía, sistema federal, prohibiciones u obligaciones para los Estados, territorio nacional, etc.

3. Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona. Consideran que el concepto de constitución tiene su significado en el orden jurídico, en el orden estatal y en el orden político. En sentido jurídico, señalan que constitución se refiere a la manera en que están arreglados u organizados los principios y los órganos públicos de un Estado cualquiera, por ende es la ley fundamental de éste, piedra de toque del orden jurídico e instrumento que define el ser político de un país.⁴⁴

IV

ORIGEN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

A) Contexto histórico. La Supremacía de la Constitución, en el constitucionalismo escrito y unitario, se remonta al país de los Estados Unidos de América, cuyo origen como nación se derivó del descubrimiento realizado por Jean Cabot, navegante genovés al servicio del reino de Inglaterra, quien en 1497 visualizó la porción territorial estadounidense del continente americano. Posteriormente, en el año de 1584, los hermanastros, Sir Humprey Gilbert y Sir Walter Raleigh, llamaron a la región ocupada Virginia, en honor a la reina Isabel I, conocida como la “Reina Virgen”, surgiendo tiempo después otras más colonias inglesas, llamadas Maryland, las Carolinas, Massachusetts, Connecticut, Nueva Holanda (hoy Nueva York), Nueva Jersey y Georgia. Sus pobladores integraban sectas y tenían religiones puritanas, derivadas del protestantismo, destacando los cuáqueros, cuyo líder de dicho culto William Penn, tuvo la primera idea de unificación de las colonias en 1698.⁴⁵

El antecedente más remoto del derecho constitucional norteamericano, se encuentra en un documento denominado Mayflower, el cual fue redactado el 11 de noviembre de 1620 a bordo de un barco que tenía ese nombre, el cual llegó a Plymouth, Massachusetts, con peregrinos que establecieron la primera colonia

⁴⁴Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *“Derecho constitucional mexicano y comparado”*, 5ª edición, México, editorial Porrúa, 2007, p. 51.

⁴⁵Rabasa, Emilio O., *“Las constituciones de Canadá, estados unidos de América y México”*, 1ª edición, México, editorial Porrúa, 2003, pp. 30-31.

permanente de Nueva Inglaterra en el mencionado año. Documento en el que figuran cuatro condiciones que serían las que trazarían la organización constitucional posterior de los Estados Unidos de América: un gobierno predeterminado; un inicial pacto social; los gérmenes del autogobierno; y la redacción de las condiciones políticas mínimas establecidas por escrito.⁴⁶

Al crecer la población las colonias se transformaron en tres tipos: las dependientes directas de la Corona Británica, las propietarias de grandes extensiones de tierra y las que poseían un gobierno delegado bajo una Carta Real. Las hostilidades impositivas del Parlamento para mantener a su ejército y la ausencia de derechos esenciales de los habitantes de las tierras ocupadas por los colonos, fue intolerable para que la única opción estuviera en la independencia. En efecto, los principios relativos al consentimiento de los gobernados, la soberanía popular y el derecho a la rebelión, estuvieron presentes en los colonos, al concretizarse y sintetizarse en la expresión “no imposición, sin representación”.⁴⁷

Los ideólogos que influyeron en el pensamiento independentista fueron James Harrington, quien abordó el tema de la soberanía popular en su utopía llamada Ocean; John Locke, en su obra Segundo Tratado del Gobierno Civil, concluyó que el gobierno es un resultado del acuerdo entre hombres con ciertos derechos anteriores (libertad y propiedad) a la constitución de la sociedad civil, la que se forma para preservar esos derechos, los cuales no pueden afectarse sin el consentimiento de los gobernados; y Thomas Paine, quien fue categórico en términos de independencia en su obra los derechos del hombre.⁴⁸

Empero, en 1765 se reunieron en Nueva York nueve colonias, quienes acordaron fidelidad a la Corona y al Parlamento, siempre y cuando tuvieran los mismos derechos y privilegios de que gozaban los habitantes del reino inglés, pero hubo altercados y represión, por lo que tiempo después en 1774, los representantes de las colonias realizaron un primer congreso en Filadelfia, cuyo objeto fue el de hacerse escuchar ante el Parlamento inglés y acordar que los colonos tenían derechos que debían ser reconocidos y respetados. Hubo un segundo Congreso, también en Filadelfia en 1775, para explicar al rey Jorge III, al pueblo inglés, al de Canadá y al de la Asamblea de Jamaica,

⁴⁶Ibidem, p. 40.

⁴⁷Ibidem, p. 31.

⁴⁸Ibidem

los motivos que los obligaron a crear un ejército, cuya jefatura recayó en George Washington, quien fue el caudillo de la independencia. Fue el 4 de julio de 1776, cuando en Filadelfia, el Congreso promulgó la Declaración de Independencia, del estro de Thomas Jefferson, pero continuó la guerra, siendo hasta 1783 en que los británicos reconocieron la independencia de las colonias.⁴⁹

Posteriormente, cada Estado expidió su propia constitución:

- New Hampshire en 1776, actualmente rige la de 1784.
- Massachussets en 1780, que rige en la actualidad, es la más antigua.
- Rhode Island en 1843; antes, se regía por su Carta real de 1663.
- Connecticut en 1818, actualmente rige la de 1965. Inicialmente tuvo las órdenes fundamentales de 1638 y después la Carta de la Colonia de 1662.
- New York en 1777. Posteriormente expidió las constituciones de 1821, 1846, 1894 y la que está en vigor desde 1938.
- Pennsylvania en 1776, después emitió las de 1790, 1838, 1874 y 1968 que rige a la fecha.
- Delaware en 1776; la segunda en 1792, la tercera en 1831 y la que está en vigor en 1897.
- Maryland en 1771. Después expidió tres constituciones, la de 1851, 1864 y 1867 que está en vigor.
- Virginia en 1776; en 1830 expidió otra y en 1971 la que está en vigor.
- Carolina del Norte en 1776. Expidió otras dos en 1868 y 1971, estando en vigor esta última.
- Carolina del Sur en 1776. Ulteriormente emitió seis constituciones en los años de 1778, 1790, 1861, 1865, 1868 y la de 1895 que es la que rige.
- Georgia ha expedido diez constituciones en los años de 1777, 1789, 1798, 1861, 1865, 1868, 1877, 1945, 1976 y la de 1983 que está en vigor.

La primera forma jurídica de organización política que adoptaron las trece colonias fueron los **“Artículos de Confederación**

⁴⁹Ibidem, pp. 32-33.

y Unión Perpetua entre los Estados de New Hampshire, Bahía de Massachussets, Rhode Island y Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia”, aprobados el 15 de noviembre de 1777, por el Congreso de los Estados Unidos de América, previa convocatoria para su erección. No se pretendía consolidar un Estado, sino una liga de Estados libres y soberanos, que se prometieron fidelidad y ayuda recíproca.⁵⁰

El 21 de febrero de 1787, se convocó a una Convención Federal Constitucional en Filadelfia, a efecto de llenar las omisiones de los Artículos de la Confederación. Sin embargo, los constituyentes elaboraron un documento con siete artículos y secciones, el cual fue aprobado y generó pugna de grupos federalistas (que estaban de acuerdo en la unión para evitar intervención de potencias extranjeras, la fortaleza económica, la extensión del territorio, la regulación de una guardia nacional, la recaudación fiscal, el gobierno republicano, la distribución de competencia a los tres poderes federales y locales, etc.) y antifederalistas (que rechazaban la inexistencia de un catálogo de derechos, la independencia excesiva del presidente y lo aristocrático del Senado), cuyos argumentos se publicaban en el periódico llamado El Federalista, lo que permitió persuadir para que alcanzara su eficacia en la novena ratificación estatal, que requería el artículo VII, párrafo primero. El primero en ratificar la Constitución de los Estados Unidos de América, fue Delaware el 7 de diciembre de 1787; y el noveno New Hampshire, el 21 de junio de 1788. Las diez primeras enmiendas, relativas a la declaración de derechos, se propusieron en septiembre de 1789 y se aprobaron en diciembre de 1791.⁵¹

B) Constitución de los Estados Unidos de América. (Caso célebre Marbury vs Madison) En el artículo VI, párrafos segundo y tercero, se estableció el principio de la supremacía constitucional en los términos siguientes:

“ ...

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en seguimiento de ella se aprueben; ***y todos los tratados celebrados o que se celebren*** bajo la autoridad de los Estados Unidos, ***serán suprema ley del país***; los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla aun

⁵⁰Rabasa, Emilio O., op. cit., p. 42-43.

⁵¹Ibidem, pp. 42-44.

cuando hubiese alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.

Los Senadores y Representantes antes mencionados, los miembros de las asambleas legislativas de los diversos Estados, así como todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, serán obligados bajo juramento o declaración solemne a acatar esta Constitución; pero nunca habrá un requisito religioso para desempeñar ningún cargo o empleo, retribuido o de confianza, bajo la autoridad de los Estados Unidos⁵².

En forma unánime los estudiosos de la teoría de la constitución, coinciden en afirmar que el origen del principio de supremacía constitucional, en las constituciones escritas, se localiza en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, que se ha transcrito.

Dicho artículo considera a la Constitución, a las leyes que se plieguen a ella y a los tratados celebrados o que se celebren, la ley suprema del país. La interpretación gramatical o literal al respecto, permite aseverar que como ley suprema, la Constitución, las leyes y los tratados, se encuentran en el mismo nivel o plano normativo, pues todos ellos son ley suprema.

Sin embargo, en una interpretación histórico-genética y teleológica, se desprende un principio de jerarquía entre dichos cuerpos normativos. La oportunidad de realizar este tipo de interpretación, tuvo lugar cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, conoció y resolvió el consabido caso *Marbury vs Madison*, que en términos generales fue el siguiente:

John Adams, en el año de 1796, fue electo Presidente de los Estados Unidos de América, y en ejercicio de sus facultades nombró a John Marshall, Secretario de Estado, ambos fervientes federalistas. Antes de finalizar el período presidencial de cuatro años, se realizaron elecciones y resultó vencedor el republicano Thomas Jefferson, pero previamente a que éste tomara posesión de su cargo, en 1801, el Presidente saliente, para posicionar a fieles federalistas, en el mes de enero de ese año nombró a su Secretario de Estado John Marshall, Presidente de la Suprema Corte. Por su parte, el Congreso de ese país, en el mismo año expidió una ley en la que facultó a John Adams para nombrar cuarenta y dos jueces de paz para el Distrito de Columbia,

⁵²Constitución de los Estados Unidos de América, 4ª edición bilingüe, México, ediciones Luciana, 2002.

pero debido al corto tiempo no firmó algunos nombramientos sino hasta la medianoche del 3 de marzo de 1801, los cuales quedaron en la oficina del Secretario de Estado John Marshall, con la intención de que fueran entregados cuando Thomas Jefferson tomara posesión de su cargo de Presidente de los Estados Unidos, el cual ordenó a su Secretario de Estado, James Madison, que no entregara algunos nombramientos designados de medianoche.

Una de las personas designadas y que no se le entregó el nombramiento, fue William Marbury, quien, al igual que otros tres que se encontraban en las mismas condiciones, demandó ante la Suprema Corte, por medio del *Writ of Mandamus* (derecho de pedir a los tribunales que obliguen a una autoridad a cumplir con un deber legal), que se ordenara la entrega de los nombramientos al Secretario de Estado, Madison, quien alegó que el nombramiento no había surtido efectos porque no se había entregado.

La sentencia de la Suprema Corte fue elaborada por John Marshall, a la luz del artículo III, secciones 1 y 2, constitucional, en los términos siguientes:

1. ¿Tiene el demandante derecho al nombramiento que reclama? (la Corte decidió que el nombramiento estaba completo y tenía derecho a él)
2. ¿Si él tiene un derecho y ese derecho ha sido violado, le proporcionan un remedio las leyes de este país? (Decidió que sí le otorgan un recurso o medio de defensa).
3. ¿Tiene derecho al remedio que pide?, lo cual depende de la naturaleza del derecho (acción) que ejercita y de las facultades de la Corte.

En cuanto a la naturaleza de la acción, es claro que se trata de un *mandamus*. Ahora falta, elucidar si la Corte lo puede expedir. La ley que estableció los tribunales judiciales de los Estados Unidos, faculta a la Suprema Corte para expedir órdenes (*mandamus*), en los casos protegidos por la ley, a cualesquiera tribunales o personas. La Constitución inviste todo el Poder Judicial de los Estados Unidos en una Suprema Corte y en los tribunales inferiores. Poder que se extiende a todos los casos que surjan bajo las leyes del país, en consecuencia, en alguna forma puede ser ejercido en el presente caso, ya que el derecho que se reclama está dado por una ley de los Estados Unidos.

Se declara que en la distribución de este poder la Suprema Corte

tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a los embajadores, a otros ministros públicos y Cónsules, y aquellos en que un Estado sea parte. Pero en todos los demás casos, la Suprema Corte tendrá jurisdicción de apelación. Si en la Constitución se hubiese tenido la intención de dejar a la discreción de la legislatura el dividir el poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores, sería inútil seguir más allá en la definición del Poder Judicial y de los tribunales en que se deposita, por lo que la parte siguiente del precepto sería un exceso sin significado.

Es decir, si el Congreso queda en libertad de dar a esta Corte jurisdicción de apelación pese a que la Constitución ha declarado que su jurisdicción sea original, misma que debe ser de apelación, la distribución de jurisdicciones en la Constitución sería forma sin sustancia. Por lo que para que la Suprema Corte esté capacitada para expedir un mandamus, se debe mostrar que es en el ejercicio de una jurisdicción de apelación, o que es necesario para posibilitar el ejercicio de ésta. La jurisdicción de apelación tiene como criterio esencial revisar y corregir los procedimientos en una causa ya instaurada, pero no crear ésta. De manera que expedir un mandamus es lo mismo que conocer de una acción original que no corresponde a la jurisdicción de apelación, sino a la original (uniinstancial). En este caso no es necesario facultar a la Corte para ejercer su jurisdicción de apelación.

Por tanto, la autoridad dada a la Suprema Corte por la ley que estableció los tribunales de los Estados Unidos, para expedir mandamus a los agentes de autoridad, no está otorgada por la Constitución, por tal motivo se hace necesario analizar si una jurisdicción así otorgada puede ser ejercitada.

La cuestión de si una ley contraria a la Constitución puede llegar a ser ley del país, interesa profundamente a Estados Unidos, la cual no es complicada y sólo hay que reconocer ciertos principios establecidos anteriormente.

El pueblo tiene el derecho originario a establecer para su futuro gobierno los principios que en su opinión son adecuados para llevarlo a su propia felicidad, es la base en que todo el edificio estadounidense ha sido erigido. El ejercicio de este derecho originario es un esfuerzo muy grande y no debe ni puede ser frecuentemente repetido. Por ende, los principios así establecidos se consideran fundamentales; y como la autoridad de la que procedan es suprema y rara vez puede actuar, están

destinados a ser permanentes.

La Corte consideró que tal voluntad suprema y originaria organiza al gobierno y asigna a las diversas dependencias sus respectivas facultades. Puede detenerse ahí o establecer ciertos límites que no deben ser pasados por esas dependencias. El gobierno de Estados Unidos pertenece a esta última idea. Las facultades de la legislatura están definidas y limitadas y para que esos límites no se confundan, ni olviden, se escribió la Constitución.

¿Con qué propósito se limitaron esas facultades, y con qué propósitos se asentaron esos límites por escrito, si en cualquier tiempo pudieran ser traspasados por aquellos a quienes se intentó restringir?. La distinción entre un gobierno, con límites o sin ellos, queda abolida si esos límites no constriñen a las personas a quienes se les imponen, y si tanto las leyes permitidas como las prohibidas son igualmente obligatorias.

Es una disyuntiva demasiado clara para ser controvertida, que o bien la Constitución prevalece sobre todo acto legislativo que la contraría, o bien que la legislatura puede modificar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una ley suprema que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está al mismo nivel que las leyes ordinarias y, como cualquier otra ley, se puede cambiar cuando le parezca a la legislatura. Si el primer término de la alternativa es cierto, entonces un acto legislativo, contrario a la Constitución, no es ley. Si el segundo término es cierto, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que, por naturaleza, no es limitable.

Todos los que han estructurado constituciones escritas las ven como ley fundamental y suprema de la nación, en consecuencia la teoría de esos gobiernos debe ser que una ley contraria a la Constitución es nula. Esta teoría está unida esencialmente a una Constitución escrita y debe ser considerada por la Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

Se debe enfatizar que es competencia y deber del Poder Judicial decir qué es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes están en conflicto, los tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una. Así, si una ley está en oposición a la Constitución y si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, la Corte debe resolver ya sea ajustándose

a la ley sin atender a la Constitución, o ajustándose a la Constitución, sin atender a la ley, cuál de las normas en conflicto prevalece. Esta es la esencia del deber judicial. Si, entonces, los tribunales deben atender a la Constitución, y ésta es superior a cualquier ley, es aquélla, y no ésta, la que debe regular el caso al que ambas se aplican.

El Poder Judicial de Estados Unidos se extiende a todos los casos que surgen bajo la Constitución. ¿Podría ser la intención de quienes le dieron esa facultad decir, que al usarla, no habría que fijarse en la Constitución? ¿Un caso que surge bajo la Constitución debe ser resuelto sin examinar el documento bajo el cual surge? Esto es demasiado extravagante para ser sostenido. En consecuencia, en algunos casos los jueces deben fijarse en la Constitución, pero ¿qué parte les está prohibido leer u obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que sirven para ilustrar esta materia. Se declara que ningún impuesto o derecho se impondrá sobre artículos exportados de ningún estado. Supongamos que se establece un derecho sobre la exportación de algodón, tabaco o harina, y que se sigue un juicio para obtener la devolución de lo pagado. ¿Debe juzgarse el caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y considerar sólo la ley?

La Constitución declara que no se aprobarán leyes que castiguen con posterioridad al hecho. Es decir, tipificando retroactivamente los delitos. Si, a pesar de ello, se aprueba o tipifica una de esas figuras, y una persona es juzgada bajo ella, ¿debe la Corte condenar a muerte a esas víctimas que la Constitución quiere proteger?

Ninguna persona, dice la Constitución, será condenada por traición, si no es bajo el testimonio de dos testigos respecto al mismo acto, o por confesión en tribunal público. Aquí, el lenguaje de la Constitución se dirige especialmente a los tribunales. Prescribe, para ellos, una regla de prueba de la que no se deben apartar. Si la legislatura cambiara esas reglas y declarase que un solo testigo, o una confesión extrajudicial, son suficientes para una condena, ¿debe el principio constitucional ceder ante la ley?

De estas y de otras citas que pueden hacerse resulta claro que quienes hicieron la Constitución contemplaron ese instrumento como una norma para regular a los tribunales, lo mismo que a la legislatura. ¿Por qué, si no, indica que los jueces deben jurar respetarla?. Este juramento se aplica, de manera especial, al desempeño de su conducta

de carácter oficial. ¡Qué inmoral sería imponerles ese juramento si debieran ser usados como instrumentos, e instrumentos conscientes, para violar lo que juran respetar!

El juramento se formula de la manera siguiente: Juro solemnemente administrar justicia, sin consideración de las personas, y satisfaré por igual el derecho del pobre que el del rico; y que desempeñaré fiel e imparcialmente todos los deberes que me correspondan conforme a lo mejor de mi capacidad y entendimiento, conforme a la Constitución y a las leyes de Estados Unidos.

¿Para qué jura un juez desempeñar sus funciones de acuerdo con la Constitución de Estados Unidos, si esa Constitución no constituye una norma para su actuación, si está cerrada para él y no puede analizarla?. Si tal fuese el estado real de las cosas, ello sería peor que una burla solemne. Ordenar ese juramento, o prestarlo, resultaría igualmente criminal.

También la Corte mencionó que, al declarar cuál es la ley suprema del país, la Constitución se menciona así misma en primer lugar, y que no todas las leyes de Estados Unidos, tienen ese rango, sino sólo las que se expidan conforma a la Constitución.

En consecuencia, la fraseología particular de la Constitución de Estados Unidos confirma y refuerza el principio que se supone esencial en todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, igual que las demás dependencias, están vinculadas por ese instrumento.

Con estos argumentos se resolvió que la norma en que se fundó William Marbury, para solicitar el Write of Mandamus, debía ser desestimada, es decir, la ley judicial de 1789.⁵³

Afirman diversos juristas que en este célebre caso, se encuentra también el antecedente de la revisión judicial de las leyes o constitucionalidad de leyes, es decir, la judicial review.

⁵³Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Fallos históricos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América*”, México, 2004, p. 81-87.

V

LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO Y SU CONTROL

En la historia de nuestro constitucionalismo, podemos advertir que en la Constitución Federal de 1824, además de no preverse los derechos fundamentales, no se contempló expresamente la supremacía de la constitución ni de las leyes que de ella emanaran.

Sin embargo, en su Título VIII, sección única, relativo a la observancia, interpretación y reforma de la constitución y acta constitutiva, se desprende de su articulado que comprende del 163 al 171, que la constitución era considerada el cuerpo legal más importante de la naciente nación mexicana, al disponer que todo funcionario antes de tomar posesión de su destino, debía prestar juramento de guardar la constitución y el acta constitutiva, cuyo quebrantamiento producía responsabilidad en términos de las leyes y decretos que el Congreso emitiera. Asimismo, se señalan reglas para reformar o adicionar la constitución y la prohibición de reformar los artículos de la constitución y del acta constitutiva, relativos a la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados. El control de la constitución se reducía al fincamiento de responsabilidad, para quien la infringiera.⁵⁴

Las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, tampoco contemplaron en forma expresa la supremacía de la constitución, pero sí se previó un control de la misma diverso al de la constitución anterior. En efecto, la segunda ley constitucional, en su artículo 1, estableció un Supremo Poder Conservador, depositado en cinco individuos, cuyas atribuciones, entre otras, según el artículo 12, fracciones I, II y III, eran: declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la constitución y le exijan dicha declaración el Supremo Poder Ejecutivo, la Suprema Corte de Justicia o cuando menos 18 miembros del Poder Legislativo. Declarar, excitado por el Poder Legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando fueren contrarios a la constitución

⁵⁴Tena Ramírez, Felipe, *“Leyes fundamentales de México 1808-1999”*, 22ª edición, México, editorial Porrúa, 1999, p. 193.

o a las leyes, dentro de los cuatros meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas. Y declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades.⁵⁵

En la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, se estableció por vez primera expresamente en el artículo 126, en los términos siguientes:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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”.

Consideramos que el control constitucional se depositó en los tribunales de la federación, según el artículo 101 constitucional, al disponer que resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad que violen garantías individuales; por leyes o actos de autoridades federales que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; y por leyes o actos de las autoridades estatales que invadan la esfera de la autoridad federal.⁵⁶

La Constitución de 1917, en su artículo 133, preconizó también su supremacía, el cual en su primigenia redacción dispuso lo siguiente:

“Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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”.⁵⁷

Esta disposición constitucional ha sido reformada una sola vez por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de enero de 1934, en los términos siguientes:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen

⁵⁵Ibidem, pp. 208 y 210.

⁵⁶Cfr. Cosío Villegas, Daniel, “*La Constitución de 1857 y sus críticos*”, 2ª edición, México, editorial Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 230 y 239.

⁵⁷Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión*, disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx>.

de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.⁵⁸

Como se puede apreciar, inicialmente quien aprobaba los tratados era el Congreso de la Unión, pero con dicha reforma se facultó única y exclusivamente al Senado de la República.

El Poder Judicial de la Federación, ha interpretado el artículo 133 constitucional de diversas formas:

Ha considerado a la supremacía de la constitución como un derecho público individual.⁵⁹

Actualmente, se encuentra en vigor la tesis de jurisprudencia número 1ª/J.80/2004 establecida por la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, el 22 de septiembre de 2004, en la que se sostiene que el artículo 133 constitucional no consagra garantía individual alguna, sino principios de jerarquía constitucional y jerarquía normativa.⁶⁰

Los medios de control de la constitucionalidad a la fecha son, el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia, el juicio político, los procesos jurisdiccionales en materia electoral y la protección de los derechos humanos, los cuales a continuación reseñamos en forma breve:

El juicio de amparo. Su fundamento se encuentra en los artículos 103 y 107 constitucionales.

El artículo 103 establece que los Tribunales de la Federación

⁵⁸Ídem, reformas por artículo.

⁵⁹*Constitución, supremacía de la. Es un derecho público individual. Fuentes y evolución de este derecho*, [Tesis], Séptima Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte III del Informe de 1970. Asimismo, puede consultarse en el jus 2007 con el registro 807,296.

⁶⁰*Supremacía constitucional y orden jerárquico normativo, principios de Interpretación del artículo 133 constitucional que los contiene*, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, octubre 2004, Jurisprudencia: 1a/J.80/2004, página: 264, (Amparo en revisión 797/2003, Banca Quadrum, S.A. Institución de Banca Múltiple, 26 de mayo de 2004, unanimidad de cuatro votos, Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo; o bien se puede consultar en el jus 2007, disco 2, con el registro 180240.

resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal; y
- III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

El artículo 107 prevé los procedimientos y formas de las anteriores controversias.

El juicio de garantías es una instancia constitucional y de tipo procesal que un particular afectado por una ley o por el acto de aplicación de ésta, utiliza ante los órganos de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades estatales, por estimarlos lesivos de alguna garantía individual o social, con la finalidad de que la justicia federal lo ampare mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o norma jurídica impugnada, a efecto de ser restituido en el goce de su derecho en contra del que se atentó o para detener la aplicación de la ley o acto combatido, sólo respecto del caso sometido a controversia o acto reclamado.

Sobre este medio de control constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la Quinta Época hasta la actual, ha hecho la diferencia entre garantías individuales y derechos políticos, para negar la procedencia del juicio de amparo en tratándose de la violación de éstos últimos. Sin embargo, en algunos casos la misma Suprema Corte de Justicia protegió a los quejosos.

En principio, el Pleno de la Suprema Corte, definió a los derechos políticos como toda acción que se encamine a la organización de los poderes públicos, a la conservación de los mismos, o a la de su funcionamiento, todo acto que tienda a establecer esos poderes, impedir su funcionamiento, o destruir la existencia de los mismos, o su funcionamiento.⁶¹

⁶¹*Derechos políticos*, [tesis], Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, p. 824, (Amparo en revisión, “la fuente no menciona el número de expediente”, José María Sánchez, 26 de octubre de 1923, mayoría de ocho votos, la publicación no menciona el nombre del ponente).

Posteriormente, la entonces Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, partiendo de la definición de los derechos políticos, sostuvo que la negativa de las autoridades a inscribir las planillas de candidatos para las elecciones, se trata de un acto esencialmente político, pues el derecho de votación es una prerrogativa del ciudadano consagrado en el artículo 35 Constitucional, en tanto que el juicio de amparo protege garantías individuales y no salvaguarda intereses políticos, por tal razón el amparo es improcedente contra dicha negativa.⁶²

Después, la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sostuvo que los actos políticos pueden involucrar violación de garantías individuales, por lo que sería peligroso desechar una demanda de amparo en esas condiciones, por lo que debe dársele entrada, tramitarse y dictar la resolución que corresponda.⁶³

Así, en múltiples resoluciones la Suprema Corte de Justicia reiteró su criterio respecto a los derechos políticos, en el sentido de que la infracción de éstos no puede remediarse a través del juicio de garantías, por no constituir una violación de una garantía individual.⁶⁴

Ya de una manera más concreta, la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte advierte que uno de los derechos políticos es el de desempeñar cargos de elección popular y su violación no da lugar al juicio de amparo, pues no hay que confundir garantías individuales con derechos políticos, porque aquéllas están consignadas en los primeros veintinueve artículos de la Constitución Federal de la República y en ninguno de ellos se garantiza el derecho a desempeñar cargos públicos de elección popular.⁶⁵

Asimismo, se puede consultar en el disco compacto “La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación”, con el registro número 285725.

⁶²*Derechos políticos*, Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXI, p. 2034, (Amparo administrativo en revisión 4040/30, Arnulfo Morales, 7 de abril de 1931, unanimidad de cuatro votos, Ponente: Nicéforo Guerrero).

⁶³*Derechos políticos*, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XLV, p. 1439, (Amparo penal en revisión, “la publicación no señala el número de expediente”, Alcázar Argeo, en contra del auto que desechó la demanda 6348/34, el 24 de julio de 1935, unanimidad de 5 votos, la publicación no menciona el ponente).

⁶⁴*DDerechos políticos*, [Tesis], Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo C, Tesis sin número, p. 1026, (Amparo administrativo en revisión 1518/49, Emilio Patatuchi y coagraviados, 6 de julio de 1949, mayoría de 4 votos, Ponente: Nicéforo Guerrero).

⁶⁵*Derechos políticos (CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR)*, [Tesis], Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo C, Tesis sin número, p. 548, (Amparo administrativo en revisión 8577/48, Eduardo

De tal manera, que a los Diputados a quienes las legislaturas les desconocieron tal carácter,⁶⁶ a los miembros de un ayuntamiento,⁶⁷ y a los miembros suplentes de un ayuntamiento,⁶⁸ que les impidieron ocupar sus cargos y a los Diputados Locales que se les violó su derecho de integrar su grupo parlamentario,⁶⁹ se les negó a todos ellos el amparo y protección de la justicia federal, porque sus derechos ciudadanos no son reparables a través de este medio de control constitucional, el cual fue creado exclusivamente para proteger garantías individuales y no derechos políticos.

Más recientemente, la Suprema Corte de Justicia sin cambiar su criterio, determinó una excepción para la procedencia del juicio de amparo, en tratándose del proceso de creación de una reforma constitucional que violente derechos político-electorales, siempre y cuando se asocie con violación a garantías individuales, pero sin ser reparables aquellos por este medio de control constitucional.⁷⁰ Pero Ochoa, 30 de abril de 1949, unanimidad de cinco votos, la publicación no menciona el ponente.

⁶⁶ *Derechos políticos, amparo por violación de*, [Tesis], Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XLVII, Tesis sin número, p. 33, (Amparo administrativo en revisión 5789/35, José G. Huerta, el 4 de enero de 1936, unanimidad de cinco votos, Relator: Alonso Aznar Mendoza.

⁶⁷ *Derechos políticos, amparo improcedente, por violación a*, Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 71, Primera Parte, Tesis sin número, p. 22, (Amparo en revisión 5588/73, Wilbert Chi Góngora y otros, 19 de noviembre de 1974, unanimidad de dieciséis votos, Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

⁶⁸ *Derechos políticos, amparo por violación de*, [Tesis], Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, julio de 1994, Tesis aislada sin número, p. 546, (Amparo en revisión 431/90, Ernesto Vargas Jiménez, el 16 de enero de 1991, unanimidad de votos, Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

⁶⁹ *Grupo parlamentario. El derecho que otorga el artículo 62 de la ley orgánica del poder legislativo del estado de nayarit, de integrarlo, no constituye una garantía individual, sino un derecho del ciudadano, que genera la improcedencia del juicio de amparo*

, [Tesis], Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, febrero 2005, tesis XXIV.1°.13ª, p. 1694, (Amparo en revisión 256/2004, José de Jesús Jáuregui Algarín y otros. 28 de octubre de 2004, unanimidad de votos, Ponente: Arturo Cedillo Orozco. Secretaria: María del Rocío Rivera Rico.

⁷⁰ *Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación, procede por violación a derechos políticos con garantías individuales*, [Tesis], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Septiembre

además, también ha sostenido que la interpretación del ejercicio de las garantías individuales debe relacionarse con el sistema electoral, tratándose de la garantía de libre asociación en materia política.⁷¹

Respecto a los casos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación amparó a los quejosos, el maestro Miguel González Avelar en su interesante obra “La Suprema Corte y la Política”, realiza un análisis de las tesis de la Quinta Época, de las cuales destacaremos como se ha dicho sólo los casos en que se concedió el amparo.

1. Protección de ayuntamientos en ejercicio. La Suprema Corte el 20 de marzo de 1919 amparó al quejoso Arturo Imaz Baune y coagraviados, manteniéndolos en el ejercicio de sus funciones edilicias. Otro caso ejemplificativo, es el del quejoso José Díaz Puente, a quien la Segunda Sala de la Suprema Corte le otorgó el amparo contra el acuerdo del ayuntamiento de Tianguistengo, México, que lo suspendía en sus funciones de regidor segundo.⁷²

2. Protección a Diputados locales removidos por desafuero, destitución, consignación penal y otros agravios. De 11 juicios que resolvió la Corte, entre 1926 y 1946, 7 de ellos los sobreseyó por tratarse de asuntos políticos y en 4 concedió el amparo de la justicia federal.

a) Por desafuero. La Corte reconoció que el Congreso de Jalisco tiene la facultad de desaforar a sus miembros, como el considerar responsable a J. Manuel Chávez y a un grupo de legisladores, del delito de rebelión; que si esta facultad se ejerció conforme a la ley de acuerdo a las formalidades que la misma establece, seguramente no se infringió derecho individual alguno, pero si se violentaron ello afecta a los quejosos en sus garantías individuales, con lo cual procede la protección constitucional.⁷³

de 1999, Tesis P.LXIII/99, p. 13, (Amparo en revisión 1334/98, Manuel Camacho Solís, 9 de septiembre de 1999, once votos, Ponente: Mariano Azuela Gúitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

⁷¹*Garantías individuales. Si su ejercicio se relaciona con el sistema constitucional electoral, su interpretación debe correlacionarse con lo dispuesto en los artículos 41 y 116, fracción iv, de la constitución federal, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Febrero de 2004, Tesis P./J.2/2004, p. 451, (Acción de inconstitucionalidad 26/2003, Partido del Trabajo, 10 de febrero de 2004, mayoría de 8 votos, Ponente: Humberto Román Palacios. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Víctor Miguel Bravo Melgoza..*

⁷²González Avelar, Miguel, “La Suprema Corte y la Política”, 2ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 73.

⁷³Ibidem, p. 110.

Otro caso, es el de Argeo Alcázar, en aquel entonces (1933) Diputado al Congreso del Estado de Oaxaca, quien fue acusado por los delitos de difamación y calumnia ante el Juzgado Mixto de Primera Instancia de Miahuatlán, Oaxaca, quien turnó la queja al Ministerio Público; sin embargo, el mismo juez solicitó a la legislatura del estado que desaforara al diputado Alcázar y lo pusiera a disposición de la autoridad judicial, lo cual aconteció. Ante ello, solicitó amparo, el juez federal lo negó por tratarse de un asunto político y no de garantías individuales; se inconformó con esta decisión el quejoso a través del recurso de revisión y la Corte lo resolvió en el sentido de que se violó el artículo 21 Constitucional, en el que se establece la garantía individual de que la persecución de los delitos le incumbe al Ministerio Público y no a la autoridad judicial.⁷⁴

b) Por destitución. El Congreso local del estado de Durango destituyó al Diputado Federico Arrieta, sin formación de causa, y se le suspendió el pago de las dietas, quien solicitó el amparo pero su demanda la desechó el juez de distrito por considerar que era una cuestión política. El quejoso interpuso el recurso de queja, del cual conoció la Segunda Sala y resolvió que debía admitirse la demanda, pues no sólo se trataba de cuestiones políticas sino de materia respecto al procedimiento de destitución y en cuanto a los límites de facultades del Congreso local. Además, de que el juicio de amparo es improcedente contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las cámaras que le constituyen, de las legislaturas de los estados o de sus respectivas comisiones o diputaciones permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las constituciones correspondientes les confieren la facultad de resolver soberana y discrecionalmente. Que a contrario sensu, cuando las constituciones respectivas no confieren a dichas autoridades soberanía para resolver discrecionalmente sobre la elección, suspensión o remoción de funcionarios, puede no ser improcedente el amparo. Que en el caso concreto, la Constitución del estado de Durango, no confiere a la legislatura la facultad de resolver soberana y discrecionalmente sobre la separación o suspensión del quejoso Federico Arrieta.⁷⁵

3. Protección a gobernador por desafuero. El Congreso de

⁷⁴Ibidem, p. 111-114.

⁷⁵Ibidem, pp. 115 y 116.

Michoacán el 8 de marzo de 1923, desafió al gobernador de esa entidad federativa, general Francisco J. Mújica, quien gozaba de licencia, el cual promovió amparo, aduciendo vicios en las formalidades del procedimiento de desafuero. El juez del conocimiento ordenó se mantuvieran las cosas en el estado en que se encontraban: privado de su cargo y sujeto al juez de la causa por abuso de autoridad. Inconforme con ello, el quejoso interpuso el recurso de revisión, el cual fue resuelto por el Pleno de la Corte en el sentido de que se violaron las garantías de los artículos 14 y 16 Constitucionales, toda vez que no se aplicaron exactamente los preceptos del procedimiento de desafuero que prevé el Código de Procedimientos Penales de la entidad.⁷⁶

*** La acción de inconstitucionalidad.** Su fundamento se encuentra en el artículo 105, fracción II, constitucional. Es un procedimiento abstracto de control que el 33% de los integrantes de las cámaras legislativas federales y locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito federal, así como los partidos políticos y el Procurador General de la República, demandan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ésta resuelva sobre la posible contradicción de una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad y, en su caso, declare la invalidez total o parcial de aquéllos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional.⁷⁷

Del anterior concepto elaborado por la Suprema Corte de Justicia, se advierte claramente que los ciudadanos y las personas jurídicas, excepto los partidos políticos, carecen de legitimación para promover acción de inconstitucionalidad. Si bien este medio de control constitucional resuelve la contradicción de una norma general o tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ésta en su artículo 105, fracción II, inciso f), párrafo segundo, dispone expresamente que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Efectivamente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia sostiene en tesis jurisprudencial que las agrupaciones políticas nacionales carecen de legitimación para promoverla.⁷⁸ Y que la única vía para

⁷⁶Ibidem, pp. 144-147.

⁷⁷Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “¿Qué son las Acciones de Inconstitucionalidad?”, 2ª edición, México, 2004, p. 22.

⁷⁸*Acción de Inconstitucionalidad. Las Agrupaciones Políticas Nacionales carecen*

impugnar leyes electorales es la acción de inconstitucionalidad.⁷⁹

***Las controversias constitucionales.** Su base constitucional se encuentra en su artículo 105, fracción I. Es un juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un Estado, el Distrito Federal o un Municipio, para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la soberanía popular.⁸⁰ En el anterior concepto, se observa que los únicos sujetos legitimados para promover este tipo de control constitucional son los órganos de gobierno; por tanto, los ciudadanos y las personas jurídicas no lo son. Sin embargo, los órganos de gobierno han intentado este control constitucional para combatir resoluciones de órganos jurisdiccionales o de autoridades administrativas, sin éxito.⁸¹

Incluso, también se ha intentado para combatir la suspensión del

de legitimación para promoverla, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Junio de 2004, tesis P/J.38/2004, p. 863, (Acción de inconstitucionalidad 6/2004 y su acumulada 9/2004, Partido del Trabajo y Agrupación Política Nacional denominada “Movimiento Nacional de Organización Ciudadana”, 16 de marzo de 2004, unanimidad de diez votos, Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Laura García Velasco.

⁷⁹*LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Junio de 2002, Tesis P/J.25/2002, p. 81, (Contradicción de tesis 2/2002-PL, entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral Federal del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de mayo de 2002, unanimidad de nueve votos, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Aprobada como tesis jurisprudencial el 10 de junio del mismo año.

⁸⁰Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “¿*Qué son las Controversias Constitucionales?*”, 2ª edición, México, 2004, p. 24.

⁸¹*Solicitud de declaración de procedencia (desafuero). Iniciado el procedimiento relativo por la cámara de diputados del congreso de la unión, en términos del artículo III de la constitución federal, es irreparable*, [Tesis], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Diciembre de 2004, Tesis P-LXIV/2004, p. 1226, (Recurso de reclamación 208/2004-PL, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, derivado de la controversia constitucional 70/2004, el 7 de septiembre de 2004, mayoría de siete votos, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: María Amparo Hernández Chong Cuy.

cargo de un presidente municipal, decretada por una legislatura estatal, dentro de un procedimiento de responsabilidad administrativa.⁸²

*La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia. Esta facultad tiene su base en el artículo 97, párrafos segundo y tercero, constitucional. Es un medio de control de la constitucionalidad, establecido como defensa excepcional de las garantías individuales de los gobernados, así como de la voluntad soberana de la ciudadanía, expresada a través del voto público.⁸³

Es un medio de control para investigar la violación grave de garantías individuales, lo que excluye a los derechos políticos; la investigación la puede solicitar el Presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión y los Gobernadores de los Estados. También es un medio de control para investigar una posible violación del voto público, pero sólo en los casos en que la Suprema Corte de Justicia considere que se pudiera poner en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Esto es, la investigación la puede hacer de oficio o a petición de las autoridades mencionadas.⁸⁴

En este sentido, no puede abocarse la Suprema Corte de Justicia en desplegar esa facultad de investigación por violación al voto público, tratándose de elecciones municipales o estatales, ni pueden solicitarla los presidentes municipales ni los gobernadores,⁸⁵ menos aún los ciudadanos o personas jurídicas

⁸²*Controversia constitucional. Es improcedente cuando se impugna la suspensión provisional en el cargo de un presidente municipal decretada por una legislatura estatal dentro de un procedimiento de responsabilidad administrativa, si antes de dictar sentencia, se emite la resolución que lo destituye*, [Tesis], Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre de 2004, , Tesis 2ª./LIX/2 004, pág. 1530, (Controversia constitucional 7/2004, Ayuntamiento del Municipio de Tetela de Ocampo, Estado de Puebla, 18 de agosto de 2004, unanimidad de 4 votos, Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: César de Jesús Molina Suárez.

⁸³Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, **“La facultad de Investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”**, México, 2003, p. 15.

⁸⁴**GARANTÍAS INDIVIDUALES. QUIÉNES TIENEN LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LA AVERIGUACIÓN DE VIOLACIONES GRAVES A ELLAS, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL**, [Jurisprudencia], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, Marzo de 2000, tesis jurisprudencial P./J.19/2000, p. 34, (última solicitud con la que sentó jurisprudencia 2/99, Óscar Alzaga, unanimidad de 8 votos, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

⁸⁵**VOTO PÚBLICO. VIOLACIONES AL ARTÍCULO 97, PÁRRAFO CUARTO,**

particulares.

* **El juicio político.** Su fundamento se encuentra en los artículos 109, fracción I, 110 y 114, párrafo primero, constitucionales. Es un procedimiento solemne, de carácter esencialmente político, que inicia la Cámara de Diputados y por el cual ésta acusa ante el Senado como tribunal a determinados funcionarios públicos por las causas que se especifican taxativamente en la Constitución, con la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad política de los mismos.⁸⁶

* **Los procesos jurisdiccionales en materia electoral.** Tienen su fundamento en el artículo 41, fracción IV, constitucional. Cabe advertir, que este tipo de procesos no tienen relación con los medios de impugnación administrativos que se ventilan ante el Instituto Federal Electoral, cuya regulación de ambos se encuentra en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en la que en su artículo 2 dispone que se integra por el recurso de revisión, del cual conoce el Instituto Federal Electoral, así como con los medios de impugnación que se ventilan ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que son el recurso de apelación, el juicio de inconformidad, el recurso de reconsideración, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores.

En estos medios de impugnación que se ventilan ante el órgano jurisdiccional, a excepción del último mencionado, sólo están legitimados para interponerlos los partidos políticos, los candidatos de éstos y el ciudadano por sí mismo y en forma individual, para hacer valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, y de asociarse individual y libremente para

CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACIÓN, [Tesis], Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo 205-216, Primera Parte, Tesis aislada sin número, p. 126, (Varios casos en el expediente 8/86, Secretario General del Partido Acción Nacional, 3 de septiembre de 1986, unanimidad de diecinueve votos, Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Alfredo Villada Ayala.

⁸⁶Cfr. Cárdenas, Raúl F., “*Responsabilidad de los funcionarios públicos*”, México, editorial Porrúa, 1982, p. 314.

tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, según lo dispone el artículo 79 de la mencionada ley.

En este sentido, los procesos jurisdiccionales son un medio de control constitucional, por el cual se controvierte ante un órgano jurisdiccional la presunta deficiencia, error, inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos o resoluciones electorales.

Es importante destacar, que el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en tratándose de su derecho de ser votado, no es susceptible de hacerlo valer en su calidad simplemente de ciudadano, a título particular y su deseo de contender en las elecciones, sino debe ir asociado con la propuesta que de él hizo un partido político para ocupar un cargo de elección popular, al cual se le haya negado indebidamente su registro como candidato. O bien asociado con otros, se le haya negado indebidamente su registro como partido político o agrupación política.

En este tipo de procesos jurisdiccionales, se advierte que un ciudadano en forma particular o una persona jurídica sin tener la calidad de partido político o de organización política, carece de medios de impugnación para el control constitucional de una ley electoral que considere le afecte su esfera jurídica y política.

*** Protección de los derechos humanos.** Su fundamento constitucional se tiene en el artículo 102, apartado B, cuyo ámbito de competencia de los organismos protectores de derechos humanos, se constrañe a conocer de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos, cuya resolución estribará en una recomendación pública no vinculatoria, así como formular denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Es decir, no es competencia de estos organismos los asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. Nuestra Constitución no señala cuáles son o qué debe entenderse por derechos humanos. Sin embargo, el 22 de noviembre de 1969 participó México en la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en San José Costa Rica, en cuya parte I prevé los deberes de los Estados y derechos protegidos. En el capítulo I, se señalan los deberes de los Estados; en el capítulo II,

se expresan los derechos civiles y políticos.⁸⁷

Respecto a los derechos civiles, se contemplan del artículo 3 al 22, 24 y 25, los cuales consisten en: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, derecho a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad y de retroactividad, derecho a indemnización, protección de la honra y dignidad, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de rectificación y respuesta, derecho de reunión, libertad de asociación, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad privada, derecho de circulación y de residencia, igualdad ante la ley y protección judicial.

En cuanto a los derechos políticos, se prevén en el artículo 23, los cuales consisten en: participar en la dirección de los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Asimismo, en su capítulo III establece los derechos económicos, sociales y culturales. La precitada Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al punto 74.2 de la misma. México depositó su ratificación a la suscripción de dicha convención, el 3 de abril de 1982.

Es importante destacar, que en su parte II consagra los medios de protección, para el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en dicha Convención, constituyendo como órganos competentes para tales efectos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 16 de diciembre de 1998, México aceptó y reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por actos posteriores a la fecha del depósito, sin efectos retroactivos.

⁸⁷Secretaría de Relaciones Exteriores, *Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, disponible desde: <http://www.sre.gob.mx>.

VI

EROSIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Existe una diversidad de casos que nos hacen reflexionar acerca de si el principio de supremacía constitucional se ha respetado o no. Por ello, consideramos exponer algunos de ellos.

A) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en su texto original del artículo 90, establecía que:

“Para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habrá el número de secretarios que establezca el Congreso por una ley, la que distribuirá los negocios que han de estar a cargo de cada Secretaría”.

La ley reglamentaria de dicho precepto constitucional que regía en el año de 1976, era la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado,

Tanto el artículo 90 constitucional como su ley reglamentaria solamente contemplaban lo relativo a la administración pública centralizada.

A continuación, se expondrá el caso que el extinto jurista, Lic. Ernesto Gutiérrez y González, analizó y concluyó aseverando que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es inconstitucional.

El entonces Presidente de la República, Lic. José López Portillo y Pacheco, presentó una iniciativa con proyecto de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual se aprobó por el Congreso de la Unión, se promulgó y publicó en el Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre de 1976.

En dicha Ley Orgánica se incluyó la administración pública paraestatal, que no se regulaba por la Constitución. Además, el Decreto promulgatorio fue firmado solamente por el Secretario de Gobernación, en lugar de que lo firmaran todos y cada uno de los Secretarios de Estado y Jefes de Departamento administrativos, como lo ordenaba el artículo 92 constitucional, al disponer que “Todos los reglamentos, decretos, y órdenes del presidente deberán estar firmados por el Secretario del Despacho, encargado del ramo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos...” .

Es decir, dicha Ley Orgánica contempló un tipo de administración que no previó el artículo 90 constitucional; y el Decreto promulgatorio

de la misma debió firmarse por todos los Secretarios de Estado, en razón de que a todos ellos les correspondía el asunto, pues se establecieron en dicha Ley Orgánica las facultades de todas las Secretarías de Estado

Ante esta situación, se presentaron amparos para no obedecer la orden de pagar multas impuestas por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, los cuales se otorgaron y confirmaron en revisión por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se quiso remediar la situación con una adición al artículo 13 de la Ley Orgánica mencionada, por lo que en el siguiente sexenio se aprobó tal adición en el sentido de que los decretos promulgatorios de leyes, sólo requieren el refrendo del Secretario de Gobernación.

Nuevamente se presentó amparo en contra de tal adición al artículo 13 de la Ley Orgánica mencionada, pero en esta ocasión el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en la tesis o ejecutoria 3/1988, resolvió negar el amparo por ser correcta la adición aludida, a pesar de que contraviene dicho precepto, el artículo 92 constitucional, en el que se requiere no solamente el refrendo del Secretario de Gobernación, sino de todos los Secretarios a que el asunto corresponda.

En concepto del extinto profesor, Lic. Ernesto Gutiérrez y González, esa Ley Orgánica es inconstitucional, ya que no se respetó el principio de la jerarquía de las normas, pues incluyó un tipo de administración (paraestatal) no prevista en el artículo 90 de la Constitución y no fue refrendada por todos los Secretarios de Estado, como lo ordena el artículo 92 constitucional, sino solamente por el Secretario de Gobernación.

Tan es así, que se promovió la reforma del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de abril de 1981, para que ésta se acoplara a la Ley Orgánica multirreferida, es decir, para prever la administración pública paraestatal.

Y para salvar la falta de refrendos en la consabida Ley Orgánica y así dar cumplimiento al artículo 92 constitucional y para que fueran obedecidos los actos de titulares de las Secretarías de Estado, se promovió la reforma de la precitada ley para elevar a Secretaría de Estado al Departamento de Pesca, lo cual fue aprobado y el Decreto promulgatorio fue refrendado ahora sí por todos los Secretarios de Estado y el Jefe del Departamento del Distrito Federal.⁸⁸

⁸⁸Gutiérrez y González, Ernesto, *“Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano”*, México, editorial Porrúa, 1993, p. 111-127.

B) Acuerdo General 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la materia del juicio de amparo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 107, fracción XVI, párrafo primero, establece lo siguiente:

“Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la *repetición del acto reclamado* o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y *la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados*”.

Esta norma constitucional prevé dos hipótesis. La que nos interesa es la relativa a la repetición del acto reclamado, la cual consiste en que en un juicio de amparo, en el que se concedió la protección de la justicia federal, la autoridad señalada como responsable so pretexto de dar cumplimiento a la sentencia emitida, expide un nuevo acto en el que reproduce las mismas violaciones de garantías individuales por las que se estimó inconstitucional el acto reclamado en el juicio de amparo. Es decir, cuando la autoridad responsable repite el acto reclamado, previa declaración de ello, la Suprema Corte de Justicia tiene la facultad de juzgar si esa repetición es inexcusable del incumplimiento de la sentencia de amparo o bien excusable. En el caso de que sea inexcusable, la Suprema Corte de Justicia tiene la facultad de determinar que la autoridad responsable sea separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito, obviamente previo ejercicio de la acción penal del Ministerio Público. Si es excusable la repetición del acto reclamado, previa declaración de la misma, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia y si no lo hace, la Corte procederá con la separación del cargo y consignación mencionados.

Hay que distinguir entre lo inexcusable y excusable de la repetición del acto reclamado con el que se incumple con la sentencia de amparo. En el caso de lo inexcusable del incumplimiento de la sentencia,

con motivo de la repetición del acto reclamado, la consecuencia jurídica inmediata es separar del cargo a la autoridad responsable y consignarla ante la autoridad competente. En el caso de que sea excusable el incumplimiento de la sentencia y que por ello se repitió el acto reclamado, le requiere para que en un plazo ejecute la sentencia.

La Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, en su artículo 108 dispone que: “La repetición del acto reclamado podrá ser denunciada por parte interesada ante la autoridad que conoció del amparo, la cual dará vista con la denuncia, por el término de cinco días, a las autoridades responsables, así como a los terceros, si los hubiere, para que expongan lo que a su derecho convengan. La resolución se pronunciará dentro del término de quince días. Si la misma fuere en el sentido de que existe repetición del acto reclamado, la autoridad remitirá de inmediato el expediente a la Suprema Corte de Justicia... Cuando se trate de la repetición del acto reclamado, así como de inejecución de sentencia de amparo a que se refieren los artículos anteriores, la Suprema Corte de Justicia determinará, si procediere, que la autoridad responsable quede inmediatamente separada de su cargo y la consignará al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente”.

El anterior precepto legal, nos precisa que el quejoso que obtuvo el amparo es quien debe denunciar la repetición del acto reclamado ante la propia autoridad que emitió la sentencia protectora, la cual si resuelve que se repitió el acto reclamado debe remitir el expediente de inmediato a la Suprema Corte de Justicia, para que determine si procede que la autoridad responsable sea separada de su cargo y consignarla al Ministerio Público para que ejercite la acción penal por el delito que corresponda.

Es decir, el artículo 107, fracción XVI, párrafo primero, constitucional, tratándose de la repetición del acto reclamado, le confiere **a la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, las facultades para determinar si es inexcusable o excusable el incumplimiento de la sentencia de amparo y consiguientemente para determinar si procede que la autoridad responsable quede inmediatamente separada de su cargo y consignarla al Ministerio Público para que ejercite la acción penal respectiva.

Ahora bien, por Decreto de 9 de junio de 1999, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 11 de ese mismo mes y año, se reformó

el artículo 94 constitucional, en cuyo párrafo séptimo se estableció que: “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”.

Destacaremos para los efectos que nos interesa, que dicho precepto constitucional faculta a la Suprema Corte de Justicia para expedir acuerdos generales, a fin de remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, aquellos asuntos que la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia.

Esta disposición constitucional evidentemente no autoriza a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de un acuerdo general que emita, incumpla con algún otro precepto constitucional.

Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el Acuerdo General número 5/2001, de 21 de junio de 2001,⁸⁹ en cuyo punto Quinto dispuso lo siguiente:

“De los asuntos de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con las salvedades especificadas en los puntos tercero y cuarto de este acuerdo, **corresponderá resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito:**

I. a III. ...

IV. Los incidentes de inejecución, **las denuncias de repetición del acto reclamado, consideradas fundadas por el Juez de Distrito** y las inconformidades promovidas en términos de los artículos 105 y 108 de la Ley de Amparo, derivados de sentencias en que se conceda el amparo, dictadas por los Jueces de Distrito o Tribunales Unitarios de Circuito”.

Asimismo, los puntos Décimo Quinto y Décimo Sexto de dicho Acuerdo General, determinaron lo siguiente:

“DÉCIMO QUINTO. Al radicar y registrar los incidentes de inejecución y **las denuncias de repetición del acto reclamado**, los

⁸⁹Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Página Principal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, (jurisprudencia y tesis aisladas, acuerdos), disponible desde: <http://www.scjn.gob.mx>.

Presidentes de los Tribunales Colegiados de Circuito, requerirán a las autoridades responsables contra quienes se hubiese concedido el amparo o a quienes se impute la repetición, con copia a su superior jerárquico, en su caso, para que en un plazo de diez días hábiles, contados a partir de la legal notificación del proveído respectivo, **demuestren** ante el propio tribunal el acatamiento de la ejecutoria o **haber dejado sin efectos el acto de repetición**, o le expongan las razones que tengan en relación al incumplimiento de la sentencia o con la repetición del acto reclamado, apercibiéndolas de que, en caso de ser omisas ante ese requerimiento, se continuará el procedimiento respectivo que puede culminar con una resolución que, en los términos del artículo 107, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordene la separación del cargo del titular responsable y su consignación penal ante el Juez Federal”.

“DÉCIMO SEXTO. En las hipótesis establecidas en la fracción IV del punto quinto de este acuerdo, **cuando los Tribunales Colegiados de Circuito estimen que debe aplicarse la sanción prevista en la fracción XVI del artículo 107 constitucional**, previo dictamen suscrito por los tres Magistrados, deberán remitir el asunto a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, haciéndolo del conocimiento de las autoridades responsables respectivas”.

En los anteriores puntos transcritos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otorgó a los Tribunales Colegiados de Circuito la facultad de resolver **las denuncias de repetición del acto reclamado, consideradas fundadas por el Juez de Distrito**. A este respecto, debemos recordar que el artículo 108 de la Ley de Amparo, señala el trámite para la denuncia de repetición del acto reclamado, así como plazos, y faculta al juez de Distrito para que la resuelva; hecho lo cual, si es en el sentido de que existe repetición del acto reclamado, el propio Juez de Distrito debe remitir el expediente de inmediato a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que determine, si procediere, que la autoridad responsable quede inmediatamente separada de su cargo y consignarla al Ministerio Público para que ejercite la acción penal correspondiente. Sobre este punto, el Acuerdo General aludido pugna con el artículo 108 de la Ley de Amparo.

En tal virtud, el que resuelve la denuncia de repetición del acto reclamado es el propio Juez de Distrito que dictó la sentencia en el juicio de amparo, pero no el Tribunal Colegiado de Circuito. ¿Entonces

qué es lo que va a resolver este Tribunal ?

La respuesta la brindan los puntos Décimo Quinto y Décimo Sexto del Acuerdo General aludido. En efecto, en el punto Décimo Quinto se contempla un procedimiento que no está previsto en la Constitución, ni en la Ley de Amparo, en el cual el Tribunal Colegiado requiere a la autoridad responsable un informe para que demuestre el **acatamiento de la ejecutoria o haber dejado sin efectos el acto de repetición, o exponga las razones que tenga en relación con la repetición del acto**, apercibiéndolas de que en caso de omisión a tal requerimiento se continuará el procedimiento que puede culminar con una resolución, en términos del artículo 107, fracción XVI, constitucional, que ordene la separación del cargo del titular responsable y su consignación ante la autoridad competente.

Después de ello, en el punto Décimo Sexto, se faculta al Tribunal Colegiado de Circuito para **estimar** que debe aplicarse la sanción prevista en la fracción XVI del artículo 107 constitucional, previo dictamen suscrito por los tres Magistrados, en cuyo caso deberán remitir el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haciéndolo del conocimiento de las autoridades responsables respectivas.

En el contexto constitucional y de la Ley de Amparo, que se ha expuesto, se advierte que constitucionalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose de la repetición del acto reclamado y ya declarado éste por el Juez de Distrito, tiene dos facultades:

La primera facultad, consiste en juzgar si es inexcusable o excusable el incumplimiento de la sentencia, concretizado este incumplimiento en la repetición del acto reclamado. La segunda facultad, consiste en ordenar la separación del cargo de la autoridad responsable y consignarla a la autoridad competente, cuando estima que es inexcusable el incumplimiento de la sentencia o cuando estimando excusable el incumplimiento, otorga a la autoridad responsable un plazo para que cumpla la sentencia de amparo, y pese a ello no la cumple.

La primera facultad, de juzgar si es inexcusable o excusable el incumplimiento de la sentencia de amparo, es una facultad que le otorga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el artículo 107, fracción XVI, párrafo primero, constitucional. Sin embargo, por medio del Acuerdo General 5/2001, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma subrepticia le otorga dicha facultad a los Tribunales Colegiados de Circuito, al disponer en el punto Décimo Sexto que en

las hipótesis establecidas en la fracción IV del punto quinto de dicho acuerdo (en las que se encuentran las denuncias de repetición del acto reclamado consideradas fundadas por el Juez de Distrito), cuando tales Tribunales estimen que debe aplicarse la sanción prevista en la fracción XVI del artículo 107 constitucional (separación del cargo), previo dictamen suscrito por los tres Magistrados, deberán remitir el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, a los Tribunales Colegiados de Circuito en dicho acuerdo general, se les faculta para estimar o juzgar si debe aplicarse o no la sanción de separación del cargo, lo cual implica que previamente estimaron o juzgaron acerca de lo inexcusable del incumplimiento de la sentencia de amparo; o bien, que estimaron o juzgaron excusable el incumplimiento, concedieron un plazo prudente para cumplirla y a pesar de ello la autoridad responsable no ejecutó la sentencia de amparo. Estas dos implicaciones, de estimar o juzgar lo inexcusable o excusable, concediendo plazo en este último supuesto para que ejecute la sentencia la autoridad responsable, es una facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual en forma subrepticia se otorgó a los Tribunales Colegiados de Circuito, reservándose solamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en dicho acuerdo general, la facultad de aplicar la sanción de separación del cargo.

Además, dicho acuerdo general no cumple con los propósitos establecidos en el párrafo séptimo del artículo 94 constitucional, consistentes en despachar con mayor prontitud los asuntos y para una mejor impartición de justicia, por lo siguiente:

En el acuerdo general en comento, se crea un procedimiento con plazos más amplios que los previstos en la ley de amparo para resolver la denuncia de repetición del acto reclamado. En cualquier momento de dicho procedimiento, la autoridad responsable para evitar la sanción deja sin efectos el acto repetido y con ello el Tribunal Colegiado declara que no tiene materia para resolver y devuelve los autos al Juzgado de Distrito. En este juzgado se promueve para que cumpla la sentencia, la autoridad vuelve a emitir un acto nuevo, si el quejoso estima que lo repitió vuelve a promover incidente de repetición del acto reclamado por incumplimiento de la sentencia constitucional, el juez de distrito si declara fundada la denuncia, nuevamente remite los autos al Tribunal Colegiado, quien va a resolver sobre lo inexcusable o excusable del incumplimiento, pero la autoridad responsable durante el

procedimiento del acuerdo general, para evitar la sanción de separación, nuevamente vuelve a dejar sin efectos el acto repetido, por lo que el Tribunal Colegiado ya no tiene materia para resolver; con ello se hace un círculo vicioso que suele durar años para que se ejecute la sentencia de amparo, haciendo nugatoria la sanción de separación del cargo, lo que impide la aplicación del artículo 107, fracción XVI, párrafo primero, constitucional y con ello que no se mejore la impartición de justicia, ya que la autoridad responsable a pesar de haber violado derechos fundamentales y garantías individuales, confirmados en sentencia y en la pronunciada en el incidente de repetición del acto reclamado, el acuerdo general mencionado permite eludir la sanción de separarla del cargo, haciendo ineficaces e infringiendo los artículos 17, párrafo segundo, 94 y 107, fracción XVI, párrafo primero, constitucionales.

El acuerdo general en comento infringe y hace ineficaz el artículo 17 constitucional, porque la administración de justicia debe impartirse en los plazos y términos que fijen las leyes, pero no en los plazos y términos que se fijen en un acuerdo general del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como es el caso del número 5/2001, el cual, además, permite que las resoluciones que supuestamente deben emitir los Tribunales Colegiados de Circuito, en términos del acuerdo general mencionado, no se lleguen a emitir, mucho menos en forma completa e imparcial.

El acuerdo general en cita infringe y hace ineficaz el artículo 94, párrafo séptimo, constitucional, porque no es un instrumento que permita despachar con mayor prontitud los asuntos, en virtud de las razones expuestas, y menos aún que con él se mejore la impartición de justicia, por el contrario se deniega, pues el trámite de un juicio de amparo puede durar meses, pero el cumplimiento de una sentencia años, lo que provoca que los quejosos cansados de incursionar en el círculo vicioso del acuerdo general en mención, abandonan el impulso de la ejecución de la sentencia, con el efecto de hacer ineficaz el propio juicio de amparo, lo cual se traduce en el terreno político en falta de tranquilidad, paz y seguridad sociales, es decir, en ingobernabilidad e impunidad.

En otras palabras, el acuerdo general mencionado no se creó para juzgar en forma pronta, objetiva e imparcial lo que hizo la autoridad responsable (violación de derechos fundamentales y garantías individuales, así como repetir estas violaciones) sino para permitirle que la autoridad responsable deje sin efectos el acto repetido y con

ello eludir la sanción de que sea separada del cargo y consignada a la autoridad competente por el delito correspondiente. No se le juzga por lo que hizo, sino por lo que deja de hacer en el procedimiento previsto en el acuerdo general en cita.

C) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este instrumento internacional se adoptó en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Nuestra Cámara de Senadores lo aprobó el 18 de diciembre de 1980 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 1981. México se vinculó por adhesión el 24 de marzo de 1981. El 7 de mayo de 1981, se publicó su promulgación en el Diario Oficial de la Federación.⁹⁰

Dicha Convención en su artículo 10, relativo al derecho a indemnización, prevé que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial.

Esta disposición internacional estaba acorde con el artículo 111, párrafo antepenúltimo, constitucional, que dispone “En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia”. Asimismo, con el artículo 1927 del Código Civil Federal, que disponía:

“El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos”.

Sin embargo, hubo una adición de un segundo párrafo al artículo 113 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de junio de 2002, en el sentido de que la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

⁹⁰Secretaría de Relaciones Exteriores, *Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, (Tratados celebrados por México), disponible desde: <http://www.sre.gob.mx..>

En términos del transitorio único del Decreto que contiene la adición mencionada, la Federación y las Entidades Federativas fueron obligadas a expedir la ley reglamentaria respectiva.

Por su parte, el Congreso de la Unión expidió un Decreto que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 2004, por virtud del cual su artículo primero expidió la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; y en su artículo tercero derogó el artículo 1927 del Código Civil Federal.

Es decir, con la adición del segundo párrafo al artículo 113 constitucional, los actos u omisiones de los servidores públicos del Estado que causen daños y perjuicios a los particulares, el Estado deberá asumir la responsabilidad de manera directa y objetiva, y podrá repetir en contra de aquéllos, **pero única y exclusivamente derivados de la actividad administrativa irregular**, conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Lo cual implicó, que en el Decreto por el cual se expidió la ley reglamentaria de la responsabilidad patrimonial del Estado, se derogara el artículo 1927 del Código Civil Federal, para evitar duplicidad de sistemas, suprimiéndose la responsabilidad subjetiva civil del servidor público, para dejar únicamente la responsabilidad objetiva y directa a cargo del Estado, con motivo de la actividad administrativa irregular en el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

En otras palabras, la Constitución obliga al Estado a responder de los daños y perjuicios que ocasionen sus servidores públicos, única y exclusivamente con motivo de la actividad administrativa irregular que realicen, lo cual impide que responda el Estado por los actos u omisiones de otra índole de sus servidores públicos, como son los judiciales y legislativos.

En este sentido, si la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 10 consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, es palmario que éste no es de carácter administrativo sino judicial.

Si es un acto judicial, el mismo artículo 10 dispone que se indemnizará a la persona conforme a la ley; pero la ley que era aplicable, es decir, el Código Civil Federal, en su artículo 1927, fue derogado éste, con lo cual hace ineficaz el precitado artículo 10 de la mencionada Convención, el cual al mismo tiempo, dado que conserva

su validez, va más allá de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 113 constitucional.

Es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por medio de su artículo 10, amplía la responsabilidad patrimonial Estado mexicano a los actos judiciales, a pesar de que el párrafo segundo del artículo 113 constitucional, la limita a la actividad administrativa irregular. Lo cual sugiere formular la pregunta siguiente: ¿La Convención aludida está por encima de la Constitución?. Si la respuesta es no, surge otra pregunta: ¿Puede seguir vigente el artículo 10 de dicha Convención?. Si la respuesta es no, surge otra pregunta: ¿En virtud de qué?. Y si la respuesta es sí, surge la pregunta ¿En nuestro derecho positivo, pueden coexistir válidamente el segundo párrafo del artículo 113 constitucional y el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como invocarlos para hacerlos valer?; de lo cual surge otra pregunta: ¿Si se hace valer en el ámbito nacional el artículo 10 de la consabida Convención, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de dicho artículo?, o bien, si se hace valer en el ámbito internacional, ¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede condenar al Estado mexicano a que indemnice por error judicial?: si la respuesta es sí, la Convención estaría por encima de la Constitución.

FUENTES

Bibliográficas.

Arteaga Nava, Elisur, “constitución, política y realidad”, México, editorial siglo XXI, 1997.

Bobbio, Norberto, “teoría general de la política”, 2ª edición, Madrid, España, editorial Trotta, 2005.

Burgoa Orihuela, Ignacio, “derecho constitucional mexicano”, 5ª edición, México, editorial Porrúa, 1984.

Cárdenas, Raúl F. “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, México, editorial Porrúa, 1982.

Cosío Villegas, Daniel, “La Constitución de 1857 y sus críticos”, 2ª edición, México, editorial Fondo de Cultura Económica, 2007.

Fioravanti, Mauricio, “Constitución. De la antigüedad a nuestros días”, Madrid, España, editorial Trotta, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, “derecho constitucional mexicano y comparado”, 5ª edición, México, editorial Porrúa, 2007.

González Avelar, Miguel, “La Suprema Corte y la Política”, 2ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Gutiérrez y González, Ernesto, “derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano”, México, editorial Porrúa, 1993.

Kelsen, Hans, “teoría general del derecho y del estado”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

Molina, Manuel, traductor y arreglo de la obra intitulada “La Ley más antigua. Textos Legales Sumerios”, Madrid, España, editorial Trotta, 2000.

Rabasa, Emilio O., “las constituciones de Canadá, estados unidos de América y México”, México, editorial Porrúa, 2003.

Sartori, Giovanni, “Elementos de teoría política”, Madrid, España, editorial Alianza, 2005.

Schmitt, Carl, “Teoría de la Constitución”, Madrid, España, editorial Alianza, 2003.

Tamayo y Salmorán, Rolando, “Introducción al estudio de la Constitución”, México, editorial Fontamara, 2006.

Tena Ramírez, Felipe: “derecho constitucional mexicano”, 15ª edición, México, editorial Porrúa, 1977.

“leyes fundamentales de México 1808-1999”, 22ª edición, México, editorial Porrúa, 1999.

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución de los Estados Unidos de América.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley de Amparo.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Acuerdo general 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Oficiales.

Diario Oficial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Electrónicas.

<http://diputados.gob.mx>.

<http://scjn.gob.mx>.

<http://es.wikipedia.org>.

<http://www.sre.gob.mx>.

Publicaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“¿Qué son las Acciones de Inconstitucionalidad?”, segunda edición, México, 2004.

“¿Qué son las Controversias Constitucionales?”, segunda edición, México, 2004,

“La facultad de Investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, primera reimpresión, México, 2003

“Fallos históricos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”, primera reimpresión, México, 2004.

Expresiones latinas y abreviaturas.

Appetitus: apetito,

Civitas: ciudad.

Comitia: comicio.

Contrario sensu: en sentido opuesto.

Consensus: consenso, estar de acuerdo, consentir.

Ídem: el mismo, lo mismo.

Ibidem: allí mismo, en el mismo lugar.

Imperium: imperio, mandar.

Ius publicum regni: derecho público del reino.

Mandamus: mandamiento de ejecución.

Polis: ciudad.

Populus: pueblo.

Politeía: constitución.

P: página.

PP: páginas.

Res pública: república, bien de dominio público, Estado.

