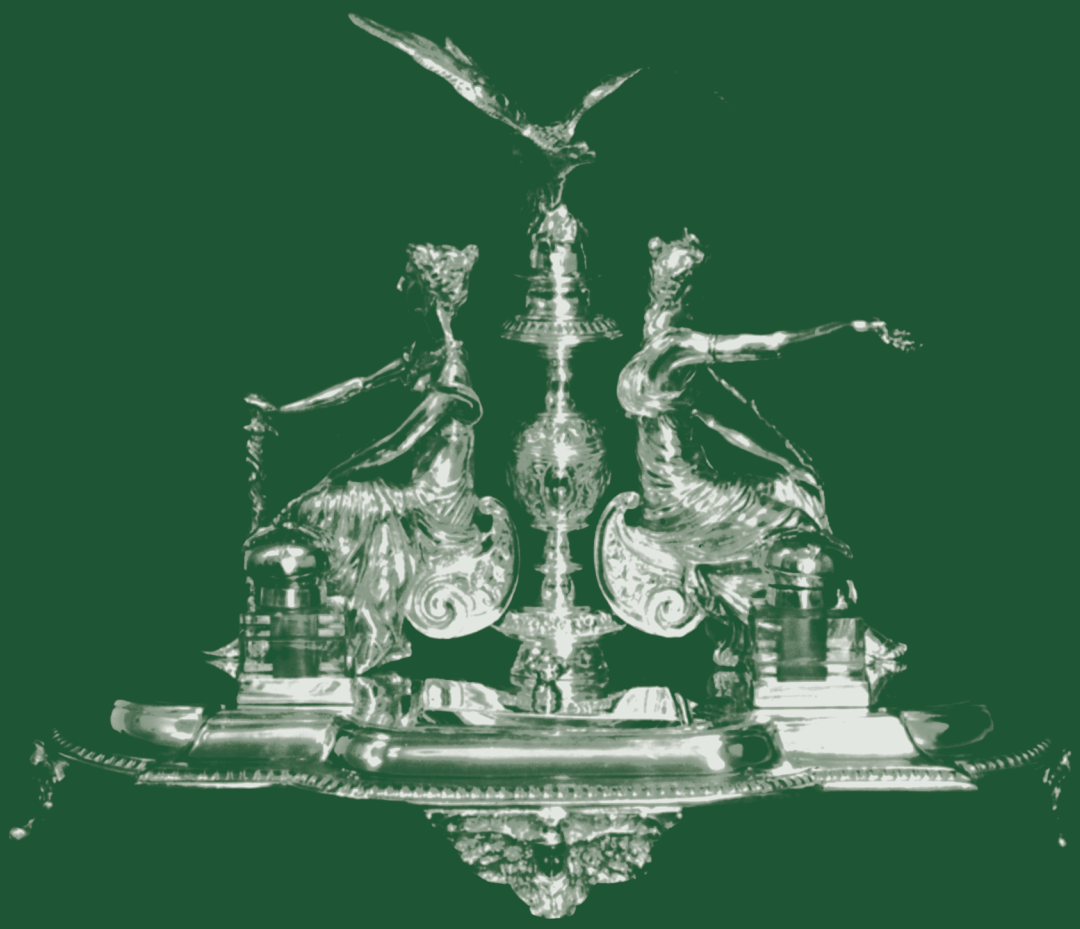
CENTENARIO
1917 2017
CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

· GRANDES TEMAS CONSTITUCIONALES ·

Separación de poderes

Mario Melgar Adalid



SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
SECRETARÍA DE CULTURA
INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS-UNAM

Separación de poderes

Estudios constitucionales

CENTENARIO
1917 2017
CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Enrique Peña Nieto
Presidente de los Estados Unidos Mexicanos

Edmundo Javier Bolaños Aguilar
Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión

Pablo Escudero Morales
Presidente de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión

Luis María Aguilar Morales
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal

Representantes

Poder Ejecutivo Federal

Miguel Ángel Osorio Chong
Secretario de Gobernación

Rafael Tovar y de Teresa
Secretario de Cultura

Poder Legislativo Federal

Daniel Ordoñez Hernández
Diputado Federal

Enrique Burgos García
Senador de la República

Poder Judicial de la Federación

José Ramón Cossío Díaz
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Manuel Ernesto Saloma Vera
Magistrado Consejero de la Judicatura Federal

Patricia Galeana
Secretaria Técnica

Consejo asesor

Sonia Alcántara Magos
Héctor Fix-Zamudio
Sergio García Ramírez
Olga Hernández Espíndola
Ricardo Pozas Horcasitas
Rolando Cordera Campos
Rogelio Flores Pantoja
Javier Garciadiego
Sergio López Ayllón
Pedro Salazar Ugarte
Héctor Fix-Fierro
José Gamas Torruco
Juan Martín Granados Torres
Aurora Loyo Brambila
Gloria Villegas Moreno

BIBLIOTECA
CONSTITUCIONAL
INEHRM

SEGOB
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

Secretaría de Gobernación

Secretario de Gobernación
Miguel Ángel Osorio Chong

Subsecretario de Gobernación
René Juárez Cisneros

Subsecretario de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos
Felipe Solís Acero

Subsecretario de Población, Migración y Asuntos Religiosos
Humberto Roque Villanueva

Subsecretario de Derechos Humanos
Roberto Campa Cifrián

Subsecretario de Prevención y Participación Ciudadana
Alberto Begné Guerra

Subsecretario de Normatividad de Medios
Andrés Imre Chao Ebergenyi

Comisionado Nacional de Seguridad
Renato Sales Heredia

Oficial Mayor
Jorge Francisco Márquez Montes

CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA

Secretaría de Cultura

Secretario de Cultura
Rafael Tovar y de Teresa

INEHRM

Instituto Nacional de Estudios
Históricos de las Revoluciones de México

Directora General
Patricia Galeana

Consejo Técnico Consultivo

Fernando Castañeda Sabido
Luis Jáuregui
Álvaro Matute
Érika Pani
Ricardo Pozas Horcasitas
Salvador Rueda Smithers
Rubén Ruiz Guerra
Enrique Semo
Luis Barrón Córdova
Gloria Villegas Moreno

unam

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Director
Pedro Salazar Ugarte

Secretario Académico
Francisco Ibarra Palafox

Separación de poderes

Mario Melgar Adalid

JC325
M45
2016 Melgar Adalid, Mario.
Separación de poderes/ Mario Melgar Adalid; presentación Miguel Ángel Osorio Chong, México, Ciudad de México: Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

208 páginas (Biblioteca Constitucional. Serie Grandes Temas Constitucionales)

ISBN: 978-607-9276-57-7, Biblioteca Constitucional (Obra completa)
ISBN: 978-607-9419-96-7, *Separación de poderes*

1. Estado. 2. Separación de poderes. 3. Historia constitucional I.t. II. ser.

Primera edición, Grandes Temas Constitucionales, 2016.

Producción:
Secretaría de Cultura
Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México

D.R. © 2016 de la presente edición
D.R. © Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México (INEHRM)
Francisco I. Madero 1, Colonia San Ángel, C.P. 01000,
Delegación Álvaro Obregón,
Ciudad de México.

D.R. © Secretaría de Gobernación
Abraham González 48, Colonia Juárez, C.P. 06699,
Delegación Cuauhtémoc,
Ciudad de México.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, Ciudad de México.

Fotografía de portada: Gran tintero plateado,
de Domitilo Margarito Pérez, 1881-1882.
Se encuentra en la Mesa de la Presidencia del Salón de Sesiones
de la Cámara de Diputados. Simboliza el universo legislativo.

Las características gráficas y tipográficas de esta edición son propiedad
del Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones
de México de la Secretaría de Cultura.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total
o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos
la reprografía y el tratamiento informático, la fotocopia o la grabación,
sin la previa autorización por escrito de la Secretaría de Cultura/
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México.

ISBN: 978-607-9276-57-7, Biblioteca Constitucional (Obra completa)
ISBN: 978-607-9419-96-7, *Separación de poderes*

Impreso y hecho en México

CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Contenido

Presentación 11

Miguel Ángel Osorio Chong
Secretaría de Gobernación

Prefacio 13

Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas - unam

La Constitución y sus grandes temas 17

Diego Valadés
Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam

Grandes temas constitucionales 37

Patricia Galeana
Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México

Introducción 43

Los orígenes 47

La influencia de John Locke 51

Montesquieu en América 57

La entrada en escena de la Constitución de Estados Unidos 67

El Federalista y la división de poderes 77

La sentencia de Marbury y su efecto sobre el desenvolvimiento de la teoría del equilibrio de los poderes 83

La separación de poderes en los textos constitucionales previos a 1917 93

Las constituciones de 1824 y de 1857 99

La Constitución de 1917, la separación de poderes y el artículo 49 105

La colaboración entre poderes 117

La suspensión de derechos humanos y el quebranto excepcional del principio de separación de poderes 125

El veto presidencial: ¿tensión política o colaboración? 145

El Poder Judicial y su inserción en la división de poderes 155

Designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 169

Designación de los consejeros de la Judicatura Federal 179

Designación de jueces de distrito y magistrados de circuito 185

Designación del fiscal general 191

Epílogo 197

Fuentes consultadas 201

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Presentación

Una constitución es reflejo de su contexto histórico e instrumento indispensable para encauzar y transformar el destino de una nación. Dadas sus cualidades fundantes, que dan forma y estructura a un país, la Constitución es piedra de toque para construir instituciones y normar la existencia de un gobierno representativo.

La historia moderna vio nacer las primeras constituciones formales en el mundo, como la de Estados Unidos en 1787, la de Francia en 1791 y la de Cádiz de 1812. Dichos ordenamientos establecieron Estados liberales que buscaban inaugurar una era de convivencia democrática y protección a los derechos inalienables de las personas.

Como correlato de ese horizonte liberal e inspirados por los ideales de la Ilustración, los constituyentes de Apatzingán incorporaron el principio de división de poderes y el de soberanía nacional a la Carta de 1814. Siguiendo ese mismo espíritu y una vez consumada la Independencia de México, la Constitución de 1824 estableció el pacto federal, otro pilar fundamental para el Estado mexicano, como base de la unidad y la integración del territorio nacional, sus regiones y comunidades.

Los marcos normativos posteriores también buscaron ampliar derechos y garantías para dar respuesta a los retos de su tiempo y de la sociedad mexicana en aquel entonces. Su legado definió el rumbo de México y llega hasta el presente. Los postulados de la Constitución

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

de 1857, por ejemplo, han tenido vigencia hasta nuestros días, pues con la incorporación de las Leyes de Reforma en 1873 establecieron el Estado laico y secularizaron a la sociedad, avances perdurables en el México del siglo XXI.

La Constitución de 1917, cuyo Centenario hoy celebramos, fue producto de la Revolución Mexicana. Los derechos sociales en ella incorporados en diversos artículos han logrado que la República cuente el día de hoy con instituciones sólidas, que promueven una convivencia más equitativa y un acceso efectivo a la educación, la salud, la vivienda digna y las oportunidades laborales. Su estructura refrendó al federalismo como sustento de nación y a la democracia como forma de vida, y no sólo como régimen de gobierno.

De esta manera, las y los mexicanos trabajamos por un presente y un futuro en el que tengan plena vigencia las convicciones que hacen de nuestro texto constitucional el más fiel testimonio, y la mejor herramienta para seguir ampliando los horizontes de libertad, igualdad y justicia social que nuestra nación anhela y merece.

Miguel Ángel Osorio Chong
Secretaría de Gobernación

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Prefacio

Existen diferentes maneras de celebrar un momento histórico. Una de ellas es la de utilizarlo como oportunidad para reflexionar sobre sus causas, características y efectos. Si ese momento histórico está materializado en un pacto constitucional la ocasión se potencia porque las vicisitudes del momento están destinadas a normar las circunstancias del futuro y a influir en otros contextos históricos, políticos y normativos.

Eso ha sucedido con la Constitución mexicana de 1917 que es un momento, un documento y una norma. En esas tres dimensiones recordamos su primer centenario de vigencia y lo honramos con esta serie de publicaciones académicas editadas por la Secretaría de Gobernación, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tres instituciones públicas que unen sus esfuerzos para ofrecer a los lectores una valiosa y original colección de publicaciones conmemorativas en la que se reúnen las plumas de importantes estudiosos e intelectuales interesados en la historia, la política y el derecho.

En estas obras se celebra a la Constitución de 1917 como un momento histórico con antecedentes y particularidades irrepetibles que marcaron la historia de México y del mundo en el siglo XX. La Constitución emerge como el producto de su tiempo y como punto de quiebre que divide la inestabilidad decimonónica de la promesa de modernidad

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

institucionalizada. Leer sobre los antecedentes del Congreso Constituyente, sobre su contexto y sus debates es útil para conocer al México de aquellos años, pero también para entender lo que los protagonistas del momento deseaban para el país que estaban constitucionalizando. De ahí el valor de los textos de corte histórico de esta serie.

Pero la Constitución también es un documento histórico que fue relevante e influyente para otros países del mundo. En efecto, la Constitución mexicana de 1917 logró amalgamar, por primera vez en la historia del constitucionalismo moderno, a las tradiciones liberal, democrática y socialista en un crisol normativo de difícil ejecución pero de incuestionable valor simbólico. Si a ello añadimos la presencia normativa de figuras de garantía como el llamado "amparo mexicano" podemos comprender por qué el documento constitucional fue objeto de elogio y estudio en otras latitudes y, sobre todo, punto de referencia ejemplar para otros procesos constituyentes. Haciendo honor a una tradición comparativista de viejo cuño en nuestro país, algunos destacados autores de estos ensayos miran a la Constitución desde su trascendencia internacional y nos recuerdan que los grandes textos constitucionales tienen vigencia nacional pero relevancia universal.

En su tercera dimensión —la que corresponde en estricto sentido a su carácter jurídico— las constituciones son normas vinculantes. En esta faceta, en el mundo contemporáneo, las normas constitucionales han venido ganando cada vez mayor relevancia al interior de los ordenamientos a los que ofrecen fundamento y sustento. Durante mucho tiempo fue la fuente legislativa —la ley ordinaria— la que predominaba en el ámbito de la producción jurídica, pero desde la segunda mitad del siglo XX, las constituciones fueron ganando fuerza normativa. De ahí que tenga sentido observar la evolución de la doctrina constitucional y, sobre todo, la manera en la que fue cobrando vigencia el texto constitucional en el sistema jurídico mexicano. El estudio de esa vigencia en las diferentes áreas del derecho nos permite comprender el sentido vinculante que denota la esencia normativa constitucional. Sin esa dimensión —también analizada en esta serie de ensayos— las constituciones serían solamente documentos históricos, valiosos pero incompletos.

El valor de este conjunto de ensayos reside en su carácter conmemorativo pero también —quizá sobre todo— en su valor científico. De

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

alguna manera, el paso del tiempo —la llegada del Centenario— se aprovecha como un pretexto para pensar en el sentido de la constitucionalidad, en la historia del constitucionalismo, en la génesis política y social de una constitución concreta, en el México que la vio nacer y en el país que desde entonces hemos venido construyendo bajo los ojos del mundo.

Por todo lo anterior, en mi calidad de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, celebro la publicación de estos textos conmemorativos, felicito y agradezco a los autores de los mismos y me congratulo de esta alianza institucional con la Secretaría de Gobernación y el INEHRM que la ha hecho posible. Espero que los lectores disfruten la lectura de cada uno de ellos y, a través de la misma, puedan aquilatar la enorme valía del conjunto.

Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La Constitución y sus grandes temas

De los 193 Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas (ONU), México cuenta con la octava constitución vigente más longeva del mundo. Son más antiguas las de Reino Unido (1689), Estados Unidos (1789), Noruega (1814), Países Bajos (1815), Bélgica (1831), Canadá (1867) y Luxemburgo (1868). Si sólo contamos las constituciones republicanas, la mexicana es la segunda más antigua del orbe.

Otras constituciones añosas son las de Argentina y Suiza. Sin embargo, la Constitución argentina de 1853 fue reformada de manera radical en 1994 y en la actualidad se identifica por esta última fecha. Sin duda fue objeto de cambios trascendentes, pero su estructura y numerosos preceptos proceden de la norma liberal de 1853.

Lo mismo sucede con la Constitución suiza de 1874 cuya refundición y reforma dieron lugar a la que ahora es datada en 1999. La Constitución de 1874 fue modificada en alrededor de 150 ocasiones.[1] Al acercarse al siglo de vigencia se consideró conveniente un ajuste completo y, después de treinta años de trabajos, su texto fue refundido en 1999, sin que se le hicieran cambios drásticos al contenido. Mediante ese ejercicio se actualizó su redacción para hacerla más clara y se

[1] *Cfr.* Thomas Fleiner, *et al.*, *Swiss Constitutional Law*, Berna, Kluwer Law International, 2005, p. 24.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

incorporaron a la norma escrita algunas reglas que operaban de manera consuetudinaria. Aun cuando las novedades fueron pocas en relación con lo que ya se aplicaba. El texto reordenado fue aprobado mediante referéndum como una nueva constitución.

Esas ocho constituciones, como todas en general, han experimentado cambios importantes a lo largo de su vigencia. El hecho de que la británica hunda sus raíces en la Edad Media, la estadounidense proceda del Siglo de las Luces, cinco más hayan sido producidas en el siglo XIX y la mexicana corresponda a los albores del siglo XX, hace que cada una obedezca a un proceso evolutivo distinto, sin que esto afecte la similitud de objetivos: definir los derechos fundamentales y sus garantías, regular las relaciones entre gobernados y gobernantes, y establecer la estructura y el funcionamiento de los órganos del poder.

Cada constitución ha obedecido a un patrón de ajustes diferente, adecuado a su propio entorno social y cultural. Hay un rasgo importante que comparten esos sistemas constitucionales con excepción del mexicano: la relevancia constitucional de las resoluciones jurisdiccionales y de las prácticas políticas y administrativas. Han sido factores de acoplamiento con la realidad que generan un puente de intercambios recíprocos con el entorno y que hacen muy adaptativos los sistemas. La base de esa interacción es la confianza en las instituciones y el resultado se traduce en la convergencia de la norma con la normalidad. La excepción mexicana tiene un fuerte ingrediente de desconfianza interpersonal e institucional. Diversos estudios han identificado que en las sociedades más heterogéneas por su composición étnica, religiosa y lingüística el derecho es un factor de cohesión más eficaz que en las sociedades de mayor homogeneidad en esos rubros.[2]

El origen de esas ocho constituciones también presenta similitudes. Está vinculado en la mayoría de los casos con procesos de independencia y en otros a procesos revolucionarios. La Constitución británica está asociada a la Revolución Gloriosa y la de México a la Revolución de 1910; las de Estados Unidos y Canadá a su separación de Gran Bretaña; la de Países Bajos a su independencia y su unión con Bélgica

[2] Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scolarship*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 9 y ss.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

como efecto de la derrota de Francia y del Congreso de Viena; la de Bélgica a su escisión de Países Bajos; la de Luxemburgo al otorgamiento de su independencia ante la crisis entre Francia y Prusia.

Una característica compartida por siete de las ocho constituciones es que su desarrollo permitió la consolidación de democracias robustas. Debe tenerse presente que con su adaptación al cambio social y cultural las constituciones fueron incorporando las bases de las libertades individuales y públicas. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la proscripción de la esclavitud que algunas constituciones habían aceptado en su origen.[3] Otro tanto fue ocurriendo cuando, de manera progresiva, las constituciones depuraron los procedimientos electorales, aplicaron la responsabilidad política de los gobiernos, descentralizaron el ejercicio del poder, otorgaron derechos a las minorías y desarrollaron los sistemas jurisdiccionales, incluidos los de justicia constitucional. En el elenco de las ocho constituciones más antiguas del planeta sólo a la mexicana le falta un tramo por recorrer en materia de instituciones democráticas.

Los textos y las costumbres que integran la Constitución británica han recorrido diferentes etapas. Algunos aspectos proceden de la Edad Media y otros de la época Tudor, pero una de las normas escritas fundamentales es la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*, 1689), algunos de cuyos preceptos continúan en vigor. Entre los textos constitucionales figuran asimismo la Ley de Sucesión (*Act of Settlement*, 1701) y la de Unión con Escocia (*Act of Union with Scotland*, 1707). Otras muchas leyes promulgadas a lo largo de los siglos XIX y XX, relativas a la Corona, al Parlamento, a la justicia y al sistema electoral, componen la variada serie de disposiciones formales que, al lado de las informales, integran la Constitución británica.

Aunque la voz *constitución* se utilizaba desde la antigüedad romana y se retomó en la Edad Media, y a pesar de que se identifica a la Carta Magna de 1215 como la primera constitución formal, en realidad el concepto moderno es posterior. Surgió en Inglaterra a raíz de la Revolución Gloriosa y dio lugar a que durante el siglo siguiente en diversas

[3] Véanse los artículos I, sección 9.1 y IV, sección 2.3 de la Constitución de Estados Unidos.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

lenguas europeas se adicionaran las voces *constitucional*, *constitucionalismo*, *constitucionalista* y, bastante después, *constitucionalidad*.

En cuanto a la Constitución de Estados Unidos, con excepción de las diez primeras enmiendas que introdujeron un amplio elenco de derechos fundamentales y de la proscripción constitucional de la esclavitud en 1865, todas las demás reformas han correspondido a ajustes institucionales que no han alterado el modelo original. Las modificaciones formales son sólo 27, si bien muchas más han operado a través de las decisiones jurisdiccionales e incluso algunas se deben a las prácticas institucionales. Por ejemplo, las facultades de investigación del Congreso no figuran en la Constitución y son el resultado de decisiones políticas que acabaron siendo aceptadas como parte del sistema de libertades y de responsabilidades que establece la propia norma suprema.[4]

El desarrollo y la adaptación de la Constitución estadounidense obedecen a un procedimiento formal utilizado en Europa continental que se combina con mecanismos consuetudinarios y con la interpretación jurisprudencial. De esta manera la adecuación del texto original se produce sobre todo por medios informales. Esto explica por qué de las cerca de diez mil reformas formales propuestas sólo hayan prosperado veintisiete.[5] Esta clase de reformas requieren el voto favorable de dos tercios de cada cámara y de tres cuartas partes de los congresos locales, aunque también está prevista la posibilidad de una convención susceptible de ser convocada por dos tercios de los estados. Hasta ahora la reforma adoptada de manera más expedita ha sido la 26a., para permitir el voto a partir de los dieciocho años de edad, que entró en vigor en 1971 y cuya ratificación tomó apenas tres meses; en tanto que la siguiente reforma, la 27a., relativa a las percepciones de los legisladores, tomó 203 años para ser ratificada por los estados.

[4] La primera comisión de investigación del Congreso la integró la Cámara de Representantes en 1792 para esclarecer la derrota del general Arthur St. Clair por parte de la tribu Miamis. *Cfr*: John Killian (ed.), *The Constitution of the United States*, Washington, Senado, 1997, p. 86.

[5] Jethro K. Lieberman, *The Evolving Constitution*, Nueva York, Random House, 1992, p. 50.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

En el caso de Noruega la constitución tuvo una orientación democrática y social desde su inicio. El artículo 107 disponía la protección de los derechos alodiales, señalando que contribuyen al beneficio del Estado y al bienestar de la población rural. El alodio representaba una importante excepción al régimen feudal de propiedad, por lo que se le conocía como "tierra libre" y, sin duda, suponía un avance social significativo en Europa continental. Aunque la Constitución es monárquica, proscribió la creación de señoríos y baronías a partir de su promulgación. En cuanto al derecho de expresión, el artículo 107 dispone desde hace más de dos siglos que todos pueden hablar de manera franca y libre acerca de la administración y el gobierno.[6]

En el orden político, la Constitución noruega prevé la responsabilidad política de los miembros del gabinete desde 1814 (artículo 5o.), y el Consejo de Estado, equivalente al órgano de gobierno, aprueba las propuestas de nombramientos oficiales (artículo 21). Las normas de mayor desarrollo democrático y social se fueron incorporando de manera paulatina, haciendo de Noruega uno de los mejores ejemplos de una democracia social contemporánea, basada en su prestigiada Constitución bicentenaria.[7]

Países Bajos construyó su Constitución a partir de una amplia experiencia republicana, de descentralización política y administrativa y de independencia del aparato jurisdiccional.[8] El principal objetivo de la Constitución de 1815 fue fundar la monarquía de la casa Orange-Nassau (artículo 24), que contó con un Consejo de Estado que procedía de la época de Carlos V, en 1531, además de la unificación con Bélgica, por entonces perteneciente a Austria. Este fue el diseño territorial adoptado por el Congreso de Viena. En los Estados Generales (parlamento), denominados así desde 1464, se introdujo el sistema bicameral para dar cabida a una Cámara de Notables, cuyos integrantes eran designados por el rey, y otra de base electoral indirecta para auspiciar la

[6] Dominique Pélassy, *Qui gouverne en Europe?*, Paris, Fayard, 1992, p. 132 y ss.

[7] Francis G. Castles, "Scandinavia: The Politics of Stability", en Roy Macridis C. (ed.), *Modern Political Systems. Europe*, New Jersey, Prentice-Hall, 1987, p. 251 y ss.

[8] *Cfr.* Karel Kraan, "The Kingdom of the Netherlands", en Lucas Prakke y Constantijn A. J. M. Kortmann (eds.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, Wolters Kluger, 2004, p. 591 y ss.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

representación regional. Pocos años después, en 1823, fue introducido el Consejo de Ministros.

El gran giro democrático de la Constitución neerlandesa se produjo en 1848, al introducir la responsabilidad política de los ministros, la elección directa de la segunda cámara y la elección indirecta de la primera. Asimismo se ampliaron de manera considerable los derechos fundamentales y las atribuciones parlamentarias.

Bélgica se caracteriza por una constitución sucinta y bien redactada. Desde su primera constitución adoptó un sistema liberal en materia religiosa, imponiendo la neutralidad del Estado en la relación con el culto (artículos 14, 15 y 16). En cuanto al régimen de gobierno racionalizó el ejercicio del poder monárquico adoptando el principio de la responsabilidad política de los miembros del gobierno (artículo 63).

La principal tendencia evolutiva de esta constitución está marcada por un federalismo muy dinámico, desencadenado a partir de 1968 con la creación de tres regiones, continuado en 1980 y culminado en 1993 al otorgar a las comunidades y regiones autonomía incluso en materia de política internacional. La Constitución ha sido utilizada como un instrumento eficaz para mantener las bases mínimas de cohesión nacional, absorbiendo con maestría las tensiones que han amenazado con romper la unidad del Estado.[9]

Otra disposición que ha sido esencial para preservar la vigencia de esa norma, que se aproxima a su segundo centenario, es el artículo 198, adicionado en 1993. Conforme a este precepto se facultó al Parlamento para que, sin tener que aplicar el complejo mecanismo de la reforma constitucional, se pudiera proceder a modificar el orden de los preceptos y de sus subdivisiones, e incluso a cambiar la terminología constitucional para darle uniformidad y coherencia. Gracias a esta norma fue posible refundir o reordenar el texto e imprimirle la lozanía de una constitución contemporánea.

De los 139 artículos originales, la actual norma suprema belga pasó a 201. Si se cotejan la antigua y la nueva redacción se verá que son textos distintos en cuanto a su contenido, pero los belgas optaron por no

[9] Véase Marc Verdussen, *La Constitution belge, lignes et entrelignes*, Bruselas, Le Cri, 2004, p. 23 y ss.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

interrumpir la permanencia simbólica de su primera constitución. Es un caso de adaptabilidad sin solución de continuidad que ha permitido sortear rupturas traumáticas sin obstaculizar el progreso institucional.

Canadá presenta un caso especial en cuanto a su Carta Magna, pues fue adoptada en 1867 por el Parlamento británico. El *British North America Act* estableció el Estado canadiense con una independencia parcial. El Poder Ejecutivo siguió depositado en el monarca británico y, lo más importante, el Parlamento de Westminster conservó la facultad de reformar el documento constitutivo canadiense. Fue en 1982 cuando cambió el nombre oficial de aquel decreto por *Constitution Act* y cuando, a solicitud del Parlamento canadiense, el Parlamento británico accedió a transferir a Canadá el derecho de reformar su constitución. Esta singular decisión se basó en la exigencia canadiense de *patriar* su potestad constituyente. La expresión *patriation* (*patriación*) fue acuñada en Canadá, en inglés y en francés, en los años setenta del siglo pasado y no existe en ninguna otra lengua. Denotaba la demanda de ejercer la facultad soberana de constituirse por decisión propia.[10]

El peculiar origen de la Constitución canadiense tuvo varias consecuencias. Por un lado el país no cuenta con un documento único que contenga todas las reglas de organización y funcionamiento de los órganos del poder, y además dio lugar a que se desarrollaran costumbres constitucionales en relación con instituciones que no están reguladas de manera formal. Por ejemplo, las figuras del primer ministro federal (*prime minister*) y de los ministros principales (*first ministers*) de las diferentes provincias no aparecían en el texto constitucional de 1867 y en el de 1982 sólo reciben una mención accidental, sin precisar su forma de investidura ni sus funciones.

Al trasladar el poder constituyente ordinario a Canadá se adoptó uno de los más complejos procedimientos de reforma constitucional vigentes en la actualidad.[11] Esto explica que el país tenga una constitución que

[10] Véase Adam Dodek, *The Canadian Constitution*, Toronto, Dundurn, 2013, p. 26 y ss.

[11] Adam Dodek, "Uncovering the Wall Surrounding the Castle of the Constitution: Judicial Interpretation of Part V of the Constitution Act, 1982", en Emmett Macfarlane (ed.), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto Press, University of Toronto, 2016, p. 42 y ss.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

procede del siglo XIX, aunque la estructura actual del poder y de sus relaciones con los gobernados diste mucho de ser hoy como fue entonces.

Luxemburgo presenta un caso de reordenación constitucional análogo al belga y al suizo. El texto original es de 1868, que corresponde al de su cuarta constitución formal. La primera fue una carta otorgada en 1841 por el rey de Países Bajos; la segunda en el orden formal fue en realidad la primera adoptada por una asamblea constituyente propia en 1848 y se acopló a la corriente liberal de la época. En 1856 se produjo una recaída monárquica tradicionalista que fue superada de manera definitiva por el establecimiento de la monarquía constitucional en 1868, con la norma suprema todavía en vigor.[12]

Como en el caso de Bélgica, el texto luxemburgués de entonces y el actual difieren en todo. Fueron abolidos los tratados secretos; se estableció el sufragio directo y se le otorgó este derecho a la mujer; se incorporó el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la sindicalización; la educación primaria se volvió obligatoria y gratuita; fue modificada la integración del Parlamento e introducida la representación proporcional; quedó abolida la pena de muerte; se aceptó la autoridad supranacional de los órganos europeos; surgieron la Corte de Cuentas, el Tribunal Constitucional, el Consejo Económico y Social, las cámaras profesional y de comercio; y en materia política se transitó de manera paulatina de la monarquía arcaica reintroducida en 1856, para organizar progresivamente un sistema parlamentario moderno. Al igual que en el caso belga, se ha seguido un camino largo que ha permitido construir una constitución nueva sin generar el rechazo por parte de una sociedad de tendencia conservadora.

Como señalé antes, México cuenta con la octava constitución más antigua del planeta, y con la segunda más longeva de un sistema republicano, precedida sólo por la estadounidense. Al acercarse a su Centenario,[13] ha sido objeto de 227 decretos de reforma que han modificado 697 veces 114 de sus 136 artículos. En otras palabras, sólo 22 de sus preceptos permanecen intocados.

[12] Jean Thill, "The Grand Duchy of Luxemburg", en Lucas Prakke y Constantijn A. J. M. Kortmann (eds.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, Wolters Kluger, 2004, p. 543 y ss.

[13] Escribo en septiembre de 2016.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Esa circunstancia ha propiciado numerosas opiniones que asocian el número de artículos modificados con lo que tiende a llamarse "parches constitucionales". Si entendemos por "parche" una cosa sobrepuesta que desdice a la principal, la expresión resulta peyorativa e inexacta. Examinando reforma por reforma es difícil encontrar las que puedan considerarse superfluas. Más todavía, una rápida mirada lleva a advertir que sin las reformas introducidas no habría derecho de voto para la mujer, seguridad social, corte constitucional, representación política proporcional, objetividad electoral, igualdad jurídica de mujeres y hombres, vivienda social, acceso a la información, mar patrimonial, ni se habrían actualizado instituciones como las referidas a los derechos humanos, al juicio de amparo, al sistema universitario autónomo, a la tenencia de la tierra, a la distribución federal de competencias, a la organización municipal y a la supremacía del Estado en relación con las iglesias. Son ejemplos de lo que se ha logrado merced a los cambios constitucionales.

El problema de las reformas en México está en la técnica adoptada para procesarlas, que presenta al menos dos problemas: por un lado se pretende la exhaustividad en la redacción de cada reforma, propiciando así un estilo reglamentario dentro de una norma que debería ser muy general; por otra parte esa forma de escribir la Constitución ocasiona a su vez que cada cambio ulterior implique modificar la redacción de numerosos preceptos. Por ejemplo, la reforma de enero de 2016 acerca del régimen jurídico de la Ciudad de México implicó modificaciones en el texto de 52 artículos constitucionales. Esto significa que pese a consistir en una sola reforma, representó casi el 8 por ciento del total de los artículos modificados en 99 años. La reforma al Poder Judicial del 31 de diciembre de 1994 involucró 27 preceptos; la realizada en materia de responsabilidades oficiales el 28 de diciembre de 1982 afectó 15 artículos. Los casos de este género pueden multiplicarse, pero con éstos se muestra que tan solo tres cambios requirieron modificar 94 artículos constitucionales, lo que corresponde al 14 por ciento del total de los registrados hasta ahora.

En un sentido diferente, hay casos como el del artículo 52, que fijaba la base poblacional requerida para elegir a cada diputado federal. Este precepto tuvo que ser adecuado a los datos censales en seis ocasio-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

nes, hasta que en 1977 se determinó un número preciso de trescientos diputados de mayoría para integrar la cámara correspondiente, con independencia de la composición demográfica de los distritos.

La escritura de la Constitución ha variado con el tiempo. Durante la primera etapa del periodo de hegemonía de partido las reformas eran muy puntuales; en la segunda etapa, de transición hacia la democracia, las fuerzas opositoras exigieron un mayor desarrollo en el contenido de la Constitución para no quedar expuestas a que el contenido de los acuerdos fuera matizado o incluso modificado por el partido mayoritario, por sí solo, en la legislación ordinaria; la tercera fase se dio cuando el propio partido hegemónico advirtió que se aproximaba el momento de perder la mayoría en el Congreso y tampoco corrió el riesgo de que fuera la oposición quien aprovechara la generalidad de los preceptos constitucionales para decidir sobre la organización y el funcionamiento del poder a través de la ley ordinaria. La transición de una etapa a otra no puede establecerse con precisión cronológica porque corresponde a la adaptación progresiva de estilos de negociación y concertación de acuerdos entre las fuerzas políticas nacionales.

Esa dinámica deformó el contenido de la Constitución y le imprimió una dinámica hasta ahora irreversible, pues en tanto que la norma suprema se ha saturado de detalles, cada vez que se hace necesario un ajuste, incluso menor, tiene que ser reformada y de nueva cuenta se le siguen incorporando otras particularidades que acentúan la distorsión de su carácter de norma general. Esto tiene mucho que ver con la desconfianza que los agentes políticos se profesan entre sí, y que ha acabado por transmitirse también al cuerpo social.[14] Una característica de los sistemas constitucionales más desarrollados consiste en el alto nivel de confianza que las instituciones inspiran, y esto a su vez guarda

[14] Sobre este aspecto pueden verse: Hugo Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés, *Cultura de la Constitución en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004. La segunda encuesta, de 2011, está disponible en línea: http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/resultados.htm. Véase también Julia Flores (coord.), *Los mexicanos vistos por sí mismos*, en http://www.losmexicanos.unam.mx/

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

una relación directa con la adhesión espontánea a las constituciones en tanto que son la fuente de esa confianza pública.

Para salir de la dinámica en la que está atrapada la Constitución es necesario un giro radical, si es que se aspira a prolongar su vigencia por un periodo amplio. Es necesario reordenar el texto, pues presenta errores técnicos en cuanto al acomodo de su articulado, agravado con el decurso del tiempo. Sólo por poner un par de ejemplos, un órgano autónomo como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), o una dependencia del Ejecutivo, como la Procuraduría General de la República (PGR), figuran en el capítulo del Poder Judicial. La Fiscalía General, que sustituirá a la Procuraduría, es considerada un órgano constitucional autónomo pero permanece en el capítulo del Poder Judicial.

Además de la reordenación, para colocar su contenido donde corresponde, el texto constitucional requiere de una nueva redacción que facilite su lectura y su reforma ulterior. No debe perderse de vista que las constituciones son normas, no proclamas. Además del rigor normativo, las constituciones requieren un mínimo de permanencia en cuanto a su texto para auspiciar una cultura jurídica que se apoye en el conocimiento de un texto más o menos estable. Esto no implica que se conviertan en normas inamovibles; por el contrario, la fluidez de la vida institucional se facilita por la generalidad de los enunciados constitucionales.

En el caso mexicano la perduración de la Constitución después de su Centenario dependerá de muchos factores, uno de los cuales consistirá en la política y en las estrategias de reforma que se adopten para el futuro. Esto incluye la recomposición de su texto actual,[15] además de los cambios institucionales que hacen falta para que el sistema avance hacia la equidad social y la consolidación de la democracia.

Las ocho constituciones mencionadas aquí, en el orden de su antigüedad, son muy diferentes en la actualidad de como eran al momento

[15] *Cfr.* Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Cámara de Senadores/Cámara de Diputados/Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

de su adopción. Todas, incluidas la británica y la estadounidense, han evolucionado y seguirán haciéndolo porque regulan procesos políticos, sociales y humanos siempre en movimiento. Las constituciones son parte de la cultura y la cultura no se detiene. La interacción entre la norma y la normalidad exige a las reglas una gran plasticidad adaptativa en tanto que las disposiciones constitucionales están en contacto con un entramado de conocimientos, convicciones, costumbres, prácticas, ideologías, creencias, estilos de vida, prejuicios, percepciones, necesidades y expectativas que se recrean de continuo y regulan una pluralidad de contextos locales, regionales, nacionales, internacionales y globales que fluyen de manera incesante.

Las constituciones más adaptables a su entorno son las menos formales, eso explica la longevidad de la británica y en buena medida la de la estadounidense. En la posición opuesta se encuentran las que pretenden agotar todas las formas de organización del poder y de funcionamiento institucional, que a veces llegan al extremo de incluir disposiciones consideradas intangibles. En medio quedan las que combinan reglas más o menos fijas pero dejan espacios de innovación al legislador ordinario, al juzgador y al propio ciudadano, como intérprete activo del ordenamiento, lo que facilita la adaptación progresiva de las normas.

Las constituciones con aspiraciones de perennidad pasan por alto que las sociedades entienden las reglas como un referente que hace previsible y predecible el ejercicio del poder, pero sin inhibir la dinámica propia de la actividad y de la creatividad social.

Las tensiones entre los agentes del poder entre sí, entre gobernantes y gobernados, y entre los gobernados entre sí, exigen reglas que ofrezcan mínimos de certidumbre para prever la conducta ajena y para ajustar la propia, pero no para cancelar ni para dificultar la libertad de la vida personal y colectiva de los miembros de cada comunidad.

Además, los intereses dominantes en cada momento se proyectan hacia una multiplicidad de direcciones y la experiencia dice que no es posible ofrecer respuestas inmutables para todos ellos, porque esos mismos intereses fluctúan. Una de las lecciones que dejó el fracaso de las constituciones comunistas fue considerar que bastaba con atender los intereses de clase. De todas las formas de organización constitu-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

cional ésta ha sido la más efímera de la historia, pero no por el simplismo de atribuir su caída a la hipotética sagacidad de los dirigentes conservadores de Estados Unidos, Gran Bretaña y el Vaticano, ni por la suposición de que había que remplazar el hermetismo político por la apertura de los mercados. El problema tampoco estaba en el tamaño del Estado. Lo que sucedió fue que en los países del bloque comunista se quiso utilizar la constitución, que es un instrumento de la libertad, con la pretensión de edificar un orden inamovible.

Los sistemas constitucionales entran en crisis no por ensanchar el tamaño del Estado sino por estrechar el desarrollo en libertad de la sociedad. Las sociedades son tan proteicas que sus instituciones constitucionales no pueden ser inmutables. Los sistemas constitucionales son muy sensibles al contraste que ofrecen la rutina y la concentración del poder, frente a las expectativas de libertad. Son estas expectativas las que transformaron la organización y el ejercicio del poder mediante instrumentos constitucionales.

En la historia de las instituciones políticas se registran periodos prolongados de ejercicio del poder absoluto pero consecuentes con el discurso utilizado. Ahora las contradicciones se han vuelto explícitas. No es lo mismo sustentar sin ambages una teoría del poder absoluto y ejercerlo así, que pretender justificar un poder concentrado con argumentos de apariencia democrática.

Las constituciones organizan el poder y definen su funcionamiento y su relación con sus destinatarios. Entendida en un sentido tan sencillo como ese, toda estructura de poder, incluso la más primitiva, ha tenido siempre una constitución. Las ideas moderna y contemporánea de constitución le atribuyen otras funciones más complejas, porque también regula procesos más intrincados y se dirige a sujetos más preparados. Hoy se trata de regular sociedades abiertas y esto no se puede conseguir con instituciones y con normas cerradas. La textura de la norma tiende a ser tanto más abierta cuanto más lo sea el ámbito plural que vaya a regular. Para un ordenamiento constitucional esto significa que deben construirse enunciados con la precisión necesaria para dar certidumbre y con la amplitud suficiente para dar libertad. El éxito de las constituciones está en alcanzar un diseño que resuelva de manera satisfactoria la ecuación de seguridad con libertad.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La mexicana se sitúa entre las constituciones cuya perduración obedece a su adaptabilidad, a diferencia de las que han fracasado porque optaron por la absolutidad de sus enunciados al pretender regularlo todo y a detalle. Por eso es oportuno formular un llamado de alerta pues de unas décadas a la fecha la Constitución ha propendido a incluir minucias, por lo que va dejando de ser una norma general para transformarse en un catálogo reglamentario con pretensiones de exhaustividad. La paradoja es que se pretende construir los acuerdos políticos duraderos basados en normas constitucionales volátiles.

La Constitución mexicana de 1917 ha pasado por diferentes etapas en lo que atañe a los intereses atendidos. No es posible delimitar los periodos cronológicos pero sí identificar la dominancia sucesiva de esos intereses. En términos esquemáticos, la Constitución ha ido transitando a través de tiempos históricos en los que prevalecieron la reivindicación social, la hegemonía del poder y el pluralismo político, hasta llegar a la etapa actual, menos clara porque se acoge a un discurso dual: el de los derechos humanos y el de los intereses económicos. Además de estas orientaciones, la Constitución también ha fluctuado en cuanto a su aplicación real. Esto se aprecia por los grados variables de nominalidad y normatividad constitucionales por lo que hace a sus diferentes momentos históricos y a las diversas materias reguladas.

Llamo grado variable de nominalidad y normatividad a la circunstancia de que algunos aspectos de la Constitución se han cumplido o se cumplen y otros no. No todo lo verificado en la realidad en un momento determinado lo ha sido siempre, al igual que no todas las omisiones o incumplimientos han sido constantes. Estas oscilaciones entre lo nominal y lo normativo son comunes en la mayor parte de los sistemas constitucionales, pues ninguno está exento de desviaciones transitorias. Lo distintivo de los sistemas constitucionales considerados normativos es que prevalece en el tiempo la regularidad de su aplicación, sin que esto excluya casos o circunstancias en los que se separen la norma y la normalidad.

Por esa razón es tan relevante examinar en detalle cada uno de los aspectos en los que incide la Constitución, para calibrar sus verdaderos efectos. Por lo mismo, para entender lo que ha ocurrido y lo que sucede en trece áreas medulares de la vida institucional se presenta esta

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

serie excepcional. Los grandes temas constitucionales son examinados a detalle a través de estudios pormenorizados, elaborados en cada caso por experimentados y reconocidos académicos. Aplaudo la iniciativa de Patricia Galeana y que haya convocado a un elenco de colaboradores tan prestigiado para alcanzar ese ambicioso objetivo

En la serie, de la que forma parte este volumen, están tratados los grandes temas de nuestro sistema constitucional y su desarrollo ilustra la forma como se ha ido construyendo nuestro actual panorama constitucional. Los temas dominantes en 1917 fueron los concernidos con los derechos agrario y laboral. En ambos casos hubo que generar nuevas normas y en torno a ellos surgió una orientadora literatura jurídica. Con el tiempo el interés por el derecho agrario decreció, por lo que celebro que ahora sea rescatado y se le dé la dimensión que le corresponde. Estas dos ramas del derecho siguen siendo fundamentales para la vida social del país y la revisión de cien años de experiencia jurídica servirá para iniciar un nuevo y necesario debate acerca del papel que juegan campesinos y trabajadores en un sistema que los ha puesto en un lugar secundario en cuanto a sus prioridades. El combate eficaz a la pobreza debe incluir la revisión del régimen económico y fiscal, y con ello también la situación jurídica de los asalariados.

Como capítulo complementario se desarrollaron en la Constitución diversos preceptos de contenido económico que se agregaron a lo que en forma escueta enunciaron en 1917 los artículos 27 y 28. Hoy existe un marco normativo que se fue incorporando a la Constitución de forma paulatina, cuya sistematización permite advertir sus profundas implicaciones.

Los derechos humanos figuran en el constitucionalismo nacional desde la luminosa construcción promulgada en Apatzingán. Aun así distan de haber alcanzado la plenitud de sus efectos, y buena prueba de ello son los problemas que motivaron la creación de la CNDH y los señalamientos que ese órgano constitucional hace con frecuencia.

Como capítulo especializado de esos derechos y por la trascendencia que tuvo desde que entró en vigor la Constitución, el derecho de la educación ocupa un lugar central en el constitucionalismo mexicano. Hay que tener presente que la primera reforma constitucional, introdu-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

cida en 1921, fue sobre esa materia, y que el debate constitucional más encendido en nuestro tiempo sigue siendo sobre ese gran tema.

El derecho penal, que incluye la vertiente penitenciaria, ha sido objeto de cambios de gran repercusión para la seguridad jurídica, la libertad e incluso la vida de los mexicanos. Los cambios constitucionales en esta materia son una constante en el largo y fructífero trayecto de la Constitución, sin que sea posible decir que ya alcanzamos una situación por completo satisfactoria. La experiencia germinal en materia de juicios orales, por ejemplo, suscita muchas dudas y serán necesarias nuevas respuestas que atiendan los aspectos preteridos y corrijan los errores que vayan siendo advertidos.

El derecho municipal tuvo un desarrollo más pausado, entre otras cosas porque la tarea constructiva del municipio tuvo un periodo de maduración muy amplio. El marco normativo construido en 1917 dejó muchos pendientes que el Congreso de Querétaro no tuvo tiempo de abordar, por lo que fueron necesarias las reformas de 1982-83. Aun así, hay numerosos aspectos todavía sin atender, como el servicio civil municipal y las formas eficaces de resolver los problemas de cooperación intermunicipal.

El tema federal, que viene desde 1824, muestra más carencias que fortalezas, entre otras razones porque se mantienen asimetrías muy relevantes, como es el caso del amparo judicial, por ejemplo, y porque no se han removido los residuos del poder caciquil que sigue siendo un lastre para la democracia en México. Otro aspecto relevante es la afectación del principio de igualdad jurídica que resulta de la existencia de tantos órdenes jurídicos en materias tan sensibles como la penal y la civil, como entidades hay. También es llamativa la vetustez del sistema federal en su conjunto, si se le compara con los desarrollos que esta materia ha tenido en otros ámbitos, como el argentino y el canadiense en América, y el austriaco y el belga en Europa, por sólo mencionar unos ejemplos.

La separación de poderes ha tenido en México una lectura restrictiva, con la propensión secular a regatear la relevancia de los órganos de representación política. La Constitución todavía no construye instrumentos adecuados de control político, indispensables en toda democracia consolidada.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Como un tema vinculado con la organización del poder político, también el derecho administrativo ha tenido una evolución relevante. Ésta es una rama del derecho público muy desarrollada desde el siglo XIX. No obstante, hay nuevas vertientes que reclaman estudios sistemáticos como el que se incluye en esta serie. Tal es el caso de la proliferación de los órganos constitucionales, cuya presencia repercute en el funcionamiento de la separación de poderes. La gama de esos órganos ha crecido sin que la acompañe una idea rectora que les imprima homogeneidad en su diseño constitucional.

Asociado con la cuestión de la separación de poderes conviene tener presente el progresivo avance de la justicia constitucional. También en este caso se trata de una innovación más o menos reciente si se tiene en cuenta que las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales sólo aparecieron entre nosotros en 1995, y que aun nos faltan las cuestiones de constitucionalidad y la acción popular de inconstitucionalidad, para mencionar apenas un par de instituciones por construir.

Entre nosotros los derechos más jóvenes son el electoral y el cultural. El primero comenzó a formularse de manera sistemática a partir de la reforma política de 1977, pero cobró fuerza en la última década del siglo XX al fortalecerse la presencia de los órganos administrativos y jurisdiccionales electorales. Hoy existe ya una sólida escuela mexicana de derecho electoral que es muy apreciada también en el extranjero.

El tema cultural, por su parte, es el de más reciente incorporación al ordenamiento constitucional, de todos los que se abordan en esta serie. Una reforma publicada en 2009 convirtió la cultura en un nuevo derecho que sin duda tendrá un significativo impacto en la vida social del país, igual que en la institucional. Tanto así que en 2016 se produjo la creación de la Secretaría de Cultura en el ámbito del gobierno federal.

La contribución de los distinguidos autores de esta colección la hacen una obra valiosa para conocer el derrotero seguido por nuestro sistema constitucional en áreas medulares para la vida nacional, y también una fuente de consulta necesaria para perfilar el desarrollo previsible de las instituciones públicas.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Como admirador del Constituyente revolucionario de Querétaro, dejo constancia de reconocimiento por lo que en estas monografías aportan los distinguidos académicos César Astudillo, Luis Cacho, José Dávalos Morales, Jorge Fernández Ruiz, Luz Elena Galván Lafarga, Sergio García Ramírez, Jorge Gómez de Silva Cano, Luis Raúl González Pérez, Leonardo Lomelí, Mario Melgar Adalid, José María Serna de la Garza, Armando Soto Flores y Salvador Valencia Carmona. Su valioso trabajo ilustra y abre nuevos horizontes al estudio de la Constitución de 1917.

Querétaro fue el lugar donde culminó la Revolución con la construcción de un sistema social de vanguardia y se convirtió en el punto de partida para otras metas. Muchas se han alcanzado; algunas fueron abandonadas y otras siguen pendientes. La hazaña queretana debe ser valorada en su contexto porque significó el triunfo de una sociedad capaz de hacer una revolución y simbolizó la voluntad de cohesión después de una guerra civil. El lenguaje de los debates fue constructivo y optimista.

En 1857 se configuró el Estado nacional y en 1917 la sociedad soberana. Por eso a lo largo de cien años la Constitución enriqueció sus objetivos y por ende sus contenidos. Sería un error suponer que la Constitución es un libro ya cerrado y que sus cien años denotan vejez. Su texto sigue abierto para dar respuesta a las necesidades de equidad y democracia del país. La experiencia de otros siete sistemas constitucionales muestra que no es necesario prescindir de lo hecho en el pasado para construir lo que se requiere en el futuro.

El dilema de sustituir o renovar nuestra Constitución se puede resolver contestando una pregunta sencilla: ¿hay algo que se quiera y se necesite, que no quepa en la Constitución actual? Por mi parte no tengo duda de que, una vez reordenado, el texto constitucional puede y debe ser actualizado para atender las demandas de equidad y democracia sin exponer a México a un salto al vacío.

Para ahorrarle ese riesgo al país conviene asomarnos a las páginas que siguen porque nuestra historia institucional es más densa e instructiva de lo que a veces se supone. Las vicisitudes de nuestra Constitución son las de un país en busca de soluciones. Demos por buenas las que lo sean y busquemos otras mejores donde las haya, pero no

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

desperdiciemos el trabajo acumulado de tantas generaciones. Por eso al concluir estas páginas pienso en quienes nos precedieron, por lo que nos legaron, y en quienes nos sucedan, por lo que les dejemos. Una cosa es seguir avanzando y otra volver a empezar.

Diego Valadés
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
de la Academia Mexicana de la Lengua,
de El Colegio Nacional y de El Colegio de Sinaloa

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Grandes temas constitucionales

Como parte de las actividades para conmemorar el Centenario de la Constitución que nos rige, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) tiene la satisfacción de publicar la serie "Grandes Temas Constitucionales", en coedición con la Secretaría de Gobernación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Destacados especialistas aportan su interpretación sobre las diversas materias contenidas en la Constitución, tanto en su parte dogmática, sobre los derechos fundamentales, como en su parte orgánica, sobre la distribución de las funciones en el Estado mexicano.

La serie es presidida por el estudio preliminar de Diego Valadés, constitucionalista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, miembro de El Colegio Nacional y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La presente introducción a los primeros volúmenes que integran la serie sigue el orden temático establecido por la propia Constitución. Iniciamos con el volumen dedicado a los derechos humanos, de la autoría de Luis Raúl González Pérez, presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). El ombudsman nacional aborda la tras-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

cendencia de la reforma de 2011 en la materia, que significa un cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico. En ella se exige que todas las autoridades promuevan, respeten y garanticen los derechos humanos, favoreciendo en todo caso el principio *pro persona* y la progresividad de sus derechos.

Sobre el derecho a la educación, Luz Elena Galván Lafarga, investigadora del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), analiza la evolución que ha tenido el tema educativo en nuestro país desde la Independencia hasta el presente. Estudia los esfuerzos realizados para garantizar este derecho fundamental. Su estudio permite comprender por qué los constituyentes de 1917 transitaron de la libertad de enseñanza de 1857 a la educación laica. La especialista hace, asimismo, el análisis de las diferentes reformas educativas de 1917 a 2012.

La obra sobre derecho cultural fue elaborada por Luis Cacho, director general jurídico de la Secretaría de Cultura. El autor expone el desarrollo de esta garantía en México durante la vigencia de la Constitución que nos rige, sus características y los mecanismos para hacerla efectiva. Nos da asimismo los pormenores del establecimiento de la Secretaría de Cultura creada en el año 2015 y su importancia.

El jurista Sergio García Ramírez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores y miembro del Seminario de Cultura Mexicana, aborda el entramado del derecho penal a la luz de las últimas reformas constitucionales en la materia. Hace un recorrido por las garantías procesales, la procuración e impartición de justicia, el proceso de reinserción social, las facultades del ministerio público y el desarrollo de sus indagatorias. Destaca los derechos de las víctimas y la reparación del daño, a la vista de la implementación del nuevo sistema penal acusatorio amparado en el principio de presunción de inocencia.

Leonardo Lomelí, exdirector de la Facultad de Economía de la UNAM y actual secretario general de la máxima casa de estudios, es autor del volumen dedicado al derecho económico. Hace el análisis integral de la implementación de políticas de planeación y conducción de la actividad económica nacional, de las finanzas públicas, la distribución del ingreso y la riqueza, a partir de la Constitución de 1917. El

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

economista incluye las leyes en la materia y las instituciones que de ella han emanado.

Jorge Gómez de Silva Cano, magistrado del Tribunal Unitario Agrario, aborda el derecho agrario, tema central del proceso revolucionario, al que la Constitución dio respuesta. Con la visión desde la práctica de la impartición de justicia en la materia, el especialista nos brinda el panorama de la situación actual del campo en México, y su marco normativo.

José María Serna de la Garza, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y presidente de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, hace el análisis del federalismo mexicano desde la conformación de nuestro Estado nacional. Estudia las razones por las que prevaleció el régimen federal sobre el Estado unitario, su evolución en las diferentes constituciones y la vigencia de sus principios en la Ley Fundamental. El constitucionalista expone también la situación actual de la supresión del Distrito Federal y su transición a la hoy Ciudad de México a partir del año 2016.

El título dedicado al derecho electoral fue elaborado por César Astudillo, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex abogado general de la misma universidad. El constitucionalista nos ofrece un panorama general de la democracia mexicana. Refiere la evolución de los derechos políticos, los ciclos de reformas electorales de 1963 a 2014, la organización y proceso de las elecciones, los delitos y justicia electoral. Estudia también a los partidos políticos, las candidaturas independientes, la democracia participativa y el modelo de comunicación político-electoral. Por último, hace el análisis de los temas pendientes: la propaganda gubernamental, segunda vuelta electoral, revocación de mandato y la urna electrónica.

Mario Melgar Adalid, constitucionalista y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, ex coordinador de Humanidades de la UNAM, estudia la separación de poderes. Aborda el tema desde sus orígenes y sigue su evolución en la historia constitucional de México, como principio fundamental de un régimen democrático, que evita la concentración del poder. Expone la necesaria colaboración que debe existir entre los poderes. Concluye con el análisis de la situación que prevalece actualmente en la designación de ministros de la Suprema

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de consejeros de la Judicatura Federal, de jueces de distrito y magistrados de circuito, así como sobre el fiscal general de la República.

Jorge Fernández Ruiz, publicista coordinador del área de Derecho Administrativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, integra el volumen dedicado precisamente al derecho administrativo. Estudia la función esencial del Poder Ejecutivo en cuanto a la administración pública y los mecanismos para brindar servicios a la ciudadanía a través de los entes que conforman los organismos públicos centralizados, descentralizados, paraestatales y desconcentrados. Asimismo, expone lo relativo a procedimientos y contratos administrativos, el patrimonio del Estado y el empleo público.

La obra sobre el derecho procesal constitucional fue coordinada por Armando Soto Flores, constitucionalista, jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. En ella se exponen las instituciones que comprenden la justicia constitucional. Entre ellas destaca el juicio de amparo, que constituye el principal medio que tenemos los gobernados para protegernos de cualquier violación a nuestros derechos. Se exponen también los procedimientos que deben seguirse para la solución de las controversias que se suscitan entre particulares, y de particulares con el Estado y entre órganos del Estado.

Salvador Valencia Carmona, constitucionalista, ex rector de la Universidad de Veracruz y actual investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, elaboró el volumen dedicado al municipio libre. Hace el estudio de la célula básica del Estado así como de su organización política y administrativa. Analiza la personalidad jurídica del municipio a partir de 1917, su fortalecimiento como autoridad inmediata y más cercana a la ciudadanía, su autonomía administrativa y financiera.

El derecho laboral es abordado por José Dávalos Morales, laboralista, ex director de la Facultad de Derecho de la UNAM y actual catedrático de la misma. Edificado sobre una de las demandas más sentidas de la población durante la Revolución Mexicana, los derechos de los obreros llevaron a la elaboración del título sobre Trabajo y Previsión Social, que diferenció a la Constitución de 1917 de la de 1857. El artículo 123, junto con el 27 constitucional, respondió a las demandas

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

del proceso revolucionario y puso a la Constitución mexicana a la vanguardia del mundo en la materia, al incorporar los derechos sociales en el texto constitucional.

El INEHRM se complace en poner a disposición del público lector la serie "Grandes Temas Constitucionales" que forma parte de la colección "Biblioteca Constitucional", creada en el marco de la conmemoración de la Constitución que nos rige desde 1917. El conocimiento de los temas constitucionales fortalece a nuestra ciudadanía y a la democracia como forma de vida.

Hacemos público nuestro reconocimiento a los autores por su invaluable colaboración. Así como a la Secretaría de Gobernación y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM por haber hecho posible la publicación.

Patricia Galeana
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Introducción

El principio de la división o separación de poderes ha sido estudiado, analizado, debatido y enriquecido desde la aparición del trabajo de Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1747). Las ideas contenidas en su célebre estudio afectaron los sistemas políticos del mundo. México no fue ajeno a su influencia y las constituciones que han sustentado su contenido adoptaron la fórmula de la separación de poderes como el eje de los sistemas político-constitucionales. Varias son las premisas en que se sustenta: I) el poder del Estado debe quedar separado en tres segmentos: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial; II) no podrán reunirse dos o más de estos tres poderes en una sola persona, y III) no podrá depositarse el Legislativo en un solo individuo.

Lo anterior podría suponer la existencia de un dogma indiscutible como la separación de poderes. No obstante, es el andamiaje instrumental que garantiza el sano y democrático ejercicio del poder, el control que del mismo debe realizar el poder separado y el sentido y propósito de la separación. En la teoría estadounidense se conoce como los *checks and balances*, como los pesos y contrapesos que ejercen entre sí los poderes en el ejercicio de sus atribuciones. La vigilancia intra e interestatal es un supuesto de las democracias y lleva consigo la necesaria rendición de cuentas, los controles recíprocos y el apego a los principios

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

que regulan la actuación de los funcionarios en quienes se ha confiado la tarea de ejercer el poder en sus tres estamentos.

Habría que considerar de igual manera que la separación del poder no solamente se da horizontalmente, entre los tres poderes clásicos, sino que opera entre órganos coextensos como los que forman las estructuras federalistas. El poder federal es uno y el que ejercen los estados que integran la unión federal es otro distinto, separado, dividido, pero animado por los mismos principios y objetivos.

La significación del principio de división de poderes en el Estado liberal es que se instituyó como un dogma para garantizar las libertades individuales. En el fondo se trataba de que el poder se limitara al repartirse y, en consecuencia, pudiera estar sujeto a controles. Se lograba con su implementación institucional asignar a cada órgano constitucional funciones, atribuciones y límites, y con ello impedir extralimitaciones y abusos.

El trabajo que sigue es una reflexión sobre una de las columnas centrales del andamiaje constitucional de México, para rendir el homenaje que merecen sus constructores: los constituyentes de Querétaro. Esta pléyade de patriotas mexicanos encontró en 1916-1917 la vía constitucional para zanjar las diferencias generadas por el movimiento revolucionario de 1910 y sus secuelas. La Constitución ha permitido al país transitar por una ruta no exenta de dificultades y problemas, pero sustentada en la convicción del respeto a los derechos fundamentales, el apego a la vida democrática, la declaración de la soberanía nacional y aspiraciones inacabadas por mejores condiciones sociales, educativas y culturales.

La separación de poderes es, en la terminología de Carl Schmitt, integrante de la tendencia del realismo político, una de las decisiones políticas fundamentales plasmadas en la Constitución. El precepto en que está establecido, específicamente el artículo 46 de la Constitución, forma parte de lo que la doctrina conoce como "cláusula pétrea"; es decir, aquella que no se modifica por ser parte de lo que el pueblo ha determinado como permanente e inamovible.

El presente trabajo refiere el nacimiento del principio en los trabajos de Montesquieu y la influencia que recibió de la doctrina inglesa, particularmente de uno de los campeones del liberalismo: John Locke.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El pensamiento y la experiencia inglesa fueron importantes por ser el origen, pero la doctrina y su concretización en la práctica política se da en los trabajos del Constituyente de Filadelfia, que produce la Constitución de Estados Unidos de 1787, y, más adelante, en la Constitución francesa de 1789. La Constitución estadounidense, la que primero regula el principio, habría de ejercer una notable influencia en los países latinoamericanos y, particularmente, en México por la cercanía geográfica y académica que existía en aquellos días en que el país luchaba por abrirse paso como nación independiente.

Si bien la Constitución francesa recoge el principio de la división de poderes al consignarlo en su texto, es la Constitución de Filadelfia, años antes, la que instauró este principio como el resultado del debate entre federalistas y antifederalistas, conflicto que no fue otro que la pugna por el poder y sus limitaciones. Esta tensión se da en el seno del poder federal como en la relación entre el gobierno nacional y los Estados que lo crean.

El paso por los textos fundamentales de México alrededor del principio de la separación de poderes es el prolegómeno para llegar hasta el texto de 1917, cuyo centenario ahora se conmemora. No obstante la parquedad en el tratamiento de los textos que precedieron al de Querétaro, no significa que estos escritos fundacionales no hayan sido indispensables para el establecimiento del régimen constitucional que rige el país. Tanto los *Sentimientos de la Nación* de Morelos, que son —o deberían al menos— la carta de navegación moral de la nación, como las constituciones, federal de 1824 y liberal de 1857, contienen los elementos fundacionales del sistema constitucional del país.

Algunos de los capítulos, como se advierte en notas de pie, siguen el guion de trabajos publicados anteriormente que consideré oportuno incorporar con adiciones y correcciones. Se trata de un recuento, una aproximación y una afirmación sobre la necesidad de la aplicación política y práctica de la teoría de la separación de poderes. El recuento y la aproximación son arbitrarios, tanto por la limitación que impone el espacio para tratar el devenir de la relación entre los poderes, que al final es lo que la separación de éstos provoca, y la aproximación en tanto se escogieron algunas aristas del fenómeno político; esto explica la manera en que el poder separado es un logro de la idea de la democracia y la

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

libertad de los individuos y del papel del Estado en sociedades como la mexicana, que requieren estructuras políticas fuertes, ideologizadas, con visión hacia el futuro y con nobleza de miras e intenciones.

Cuando Montesquieu escribe su celebrado tratado, se conoce y advierte ya la teoría de la separación de poderes, aun cuando tal separación es solamente una cara de la moneda. La otra, la cara integradora, es la idea del equilibro entre los poderes y el control recíproco que los poderes ejercen entre sí. Aunque parezca paradoja, para el pensador francés la conexión entre los poderes separados es la parte medular de su teoría. La teoría va a sustentar la necesidad de que los poderes se frenen mutuamente, la necesidad de que el poder frene al poder.

La separación de poderes es uno de los caminos que México se ha dado para el mejor funcionamiento del Estado, pero también para el cumplimiento de los anhelos y aspiraciones populares. Como decisión política fundamental, la consecuencia de la separación de poderes es establecer los pesos y contrapesos que permiten que aquellas decisiones políticas fundamentales que no pueden alterarse por estar insertas en el alma nacional puedan cumplirse a cabalidad.

En este sentido es que se expidió el Acuerdo al que concurrieron los Tres Poderes de la Unión para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial* del 6 de febrero de 2003). Este Acuerdo que creó el Comité para la Conmemoración de tan relevante efeméride nacional es uno de los mejores ejemplos de la capacidad del sistema político mexicano para generar consensos más allá de las particularidades partidistas, políticas o hasta ideológicas. En el fondo la Conmemoración del Centenario, a la que tengo el honor de concurrir con esta modesta aportación, es la celebración de todo un país que ha creído y seguirá creyendo en el destino de México como una gran nación.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Los orígenes

El propósito central del principio de la separación de poderes fue permitir el funcionamiento de las ramas o departamentos de similar jerarquía que integran el Estado, de manera separada y sin que una interfiriera con la otra, libres de controles, obstrucciones o presiones intimidatorias. Se trata de una institución antigua que se remonta a *La Política* de Aristóteles. De acuerdo con Elisur Arteaga Nava, un erudito en las ideas de Nicolás Maquiavelo, el origen moderno se encuentra precisamente en el autor de *Il Principe*: "El mérito corresponde a éste [Maquiavelo], donde él vio su aplicación pragmática fue en Francia y no en Inglaterra".[1] Conforme a los teóricos del sistema federal de separación de poderes en Estados Unidos, el origen de la separación de poderes se encuentra en la guerra civil inglesa de 1640.[2] Esta guerra devino de problemas religiosos y políticos; enfrentó al rey Carlos Estuardo con el Parlamento, encabezado por Oliver Cromwell, así como a puritanos frente a anglicanos.

Cromwell obtuvo en 1645 la decisiva victoria sobre las tropas del rey e introdujo en la Constitución un Poder Ejecutivo independiente para

[1] Elisur Arteaga Nava, *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. I., México, Oxford University Press, 1990, pp. 32, 33.

[2] *The Wolters Kluwer Bouvier Law Dictionary*, vol. I., Stephen Michael Sheppard (ed.), Nueva York, Wolters Kluwer Law & Bussiness, 2012, p. 577.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

compensar el poder del Parlamento, antecedente inmediato de la solución adoptada por el Constituyente de Filadelfia que produjo la Constitución de Estados Unidos en 1787. La nueva constitución impuesta por Cromwell y los jefes militares es considerada un instrumento de nuevas ideas, tan innovadoras que no pudieron aplicarse. Tan novedosas que, conforme al historiador André Maurois, lo son más que las contenidas en la Constitución de la Inglaterra moderna, pues el documento "podría considerarse anticipación del de Estados Unidos". La novedad de la Constitución de Cromwell es que, como en la Constitución de Estados Unidos, el Parlamento (Congreso) está sometido a la Constitución y el poder está dividido para evitar la concentración que había llevado al despotismo de Carlos Estuardo, quien a la postre fue ejecutado.[3]

Existe un consenso entre quienes se ocupan de los temas constitucionales y relativos a la ciencia política: el origen moderno de la teoría de la separación de poderes está en el reconocido capítulo de la obra *De l'esprit des lois*, de Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu (1689-1755).[4] El pensador francés fue la influencia e inspiración de los constituyentes que produjeron la Constitución de Estados Unidos de 1787 y después de los constituyentes mexicanos que crearon el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824. Antecedentes de la Constitución de 1917.

Para Montesquieu la monarquía y la república representaban en ese momento las mejores formas de gobierno. Sus opiniones sobre la monarquía, en particular respecto a la británica, derivaban de su estancia en Inglaterra durante cerca de un año en que estudió y aprendió sobre el sistema inglés. Las consideraba "mejores" en tanto ambas se referían a sistemas políticos moderados que distribuían el poder de tal manera que se evitara su abuso. Según el noble francés, en la república los ciudadanos tendrían a su cargo el control de un gobierno descarriado, mientras en el sistema monárquico correspondería a los nobles prevenir y alertar al monarca si su actuación iba más allá de la autoridad de que estaba investido.

[3] André Maurois, *Historia de Inglaterra*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1970, pp. 327-328.

[4] *Del espíritu de las leyes* fue publicado por primera vez en 1748. La Iglesia católica lo consideró en el *Índice de libros prohibidos*. No obstante, el libro alcanzó de inmediato un gran éxito.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Contrario a lo que pudiera pensarse, el barón de Montesquieu, un aristócrata de familia acomodada y uno de los mejores exponentes de la Ilustración francesa, no tenía una buena opinión de la democracia, pues consideraba que imponía la regla de la plebe. Estimaba que al gobierno deberían llegar los mejor formados, en tanto que las masas respondían más a la emoción que a la razón y la gente del pueblo no tenía las capacidades para discutir los asuntos públicos. No obstante, fue un campeón del liberalismo y creía firmemente en que la humanidad disponía del libre albedrío para dirigir sus actos. En la medida en que el gobierno fuera más liberal y el pueblo pensara de forma independiente, la sociedad estaría menos dedicada al ritual religioso y sería más devota a la moralidad.

El papa Benedicto XIV, muy influyente en la época, lo respetaba, pero no así los obispos que lo señalaron y persiguieron, sin mucho éxito, por cierto. El liberalismo de Montesquieu deriva sin duda de la influencia que ejerció sobre su pensamiento el liberal John Locke. Locke forma parte de la generación anterior a la de Montesquieu, la misma generación de grandes ingleses que dejaron una huella imborrable en la historia del pensamiento y de las realizaciones intelectuales. Se encuentra en el elenco de aquellos tres gigantes del pensamiento: Francis Bacon, el abogado y político; Thomas Hobbes, profesor de nobles, e Isaac Newton, el científico académico. Locke tuvo que ver con la teoría de la separación de poderes, como habíamos adelantado.

Montesquieu escribió que cualquiera de las dos formas podía producir un buen gobierno, si bien uno moderado podía resultar el más conveniente para alcanzar los fines que persigue una comunidad. De tal manera que una forma de gobierno que combinara elementos del sistema republicano con otros del sistema monárquico, podría resultar lo más conveniente y deseable. Tal vez el sistema que sustentaba la Constitución británica —por cierto una Constitución que tomó la forma escrita—, en que existiera la división del gobierno en departamentos o jurisdicciones distintas a fin de que cada uno ejerciera un control sobre los demás y los demás sobre el mismo, sería el salvaguarda extra en contra de los abusos del poder.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La influencia de John Locke

Probablemente, en un desdoblamiento de su personalidad, John Locke declaró en una carta dirigida al reverendo Richard King, fechada el 25 de agosto de 1703, que no había encontrado en ningún lugar explicada de mejor manera la propiedad que "en un libro intitulado *Dos tratados sobre el gobierno*",[1] su propio libro publicado en 1698 bajo el título: *Two Treatises of Government*. Esta afirmación hecha un año antes de morir podría parecer producto de un egocentrismo desbordado, no obstante, es simplemente —como lo plantea el profesor Peter Laslett del Trinity College en Cambridge— un adelanto al juicio que haría más adelante la posteridad. El libro de Locke lleva más de cien ediciones y ha sido traducido al francés, alemán, italiano, ruso, español, sueco, noruego, hebreo, árabe, japonés e hindi. Es un texto que le ha resultado familiar a ocho generaciones de estudiosos de los fenómenos políticos y constitucionales en el mundo, y merecedor de incontables citas y referencias bibliográficas.[2]

Más allá del contenido y repercusión académica del trabajo de Locke, debe tomarse en cuenta su influencia en la construcción del liberalismo

[1] John Locke, "The Second Treatise on Government, an Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government", en *Locke. Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed), Reino Unido, Cambridge University Press, 1988, p. 3.

[2] *Idem*.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

en el mundo, y no podemos dejar de considerar que la historia del liberalismo es paralela a la de la democracia. Además, ya en el terreno de la *realpolitik* es necesario referir el impacto que tuvieron sus ideas en la Revolución de Independencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa. Particularmente en la generación de instrumentos cruciales como la Constitución de Estados Unidos de 1787, y las que le siguieron en el continente americano, especialmente las constituciones mexicanas que recibieron su influencia y la Constitución francesa de 1791, cuyo preámbulo es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Locke no enuncia la teoría de la separación de poderes, como la conoce la doctrina siglos después, pero la anuncia antes que Montesquieu. Para Locke la clave está en el poder, esa es su preocupación central. Claro que el poder así mencionado no se entiende si no se liga a la idea de Estado como su indisoluble conexión. Tal vez Locke haya sido en el fondo un anarquista, como debería preciarse de serlo un liberal auténtico, pero está convencido de que la corrupción, los vicios, la degeneración de algunos hombres han hecho indispensable la creación de comunidades agrupadas bajo la directriz del poder del Estado. Eso no significa que el Estado por los hombres creado para proteger su propiedad, en todas las formas imaginables, al que hay que obedecer, no deba tener unidad, dirección y finalmente poder. Locke lo menciona como el "cuerpo viviente" (*living body*) y le atribuye al Legislativo ser el alma que da forma, vida y unidad a la comunidad (*soul that gives form, life, and unity to the commonwealth*).[3]

Locke no habla de poderes iguales, equivalentes, análogos; afirma que el Legislativo es el poder supremo porque representa la fuerza de la unidad de la comunidad y particularmente el poder. La comunidad para sostenerse y permanecer como una unidad debe tener solamente un poder supremo. Consecuentemente, para Locke, el Ejecutivo es inevitablemente inferior: éste no puede hacer las leyes y su poder es delegado. Locke estima que ambos poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, pueden ser ejercidos por la misma persona o cuerpo colegiado. Supone que el segundo tiene algo que hacer en el Legislativo, porque tiene en

[3] *Ibidem*, p. 118.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

mente la Constitución de Inglaterra, con su régimen parlamentario por excelencia.

Locke piensa en otro poder al que llama "federativo". Este poder es el que se ocupa de la relación con el exterior, con otras comunidades en relaciones amistosas o bien para proteger a la comunidad de agresiones externas. Por ello debe estar en manos del Ejecutivo a fin de que éste pueda tomar las decisiones inmediatas y oportunas, para lo cual debe disponer de la mayor libertad posible.

Debe recordarse que Locke no formuló ni propuso una teoría, simplemente analizó y dio su opinión para entender el fenómeno del poder. Por eso no consideró al Judicial un poder separado, ni siquiera lo mencionó así; mientras, sus contemporáneos habían considerado al Judicial como independiente. No tenía sentido para Locke ponerlo al lado de los poderes Legislativos y Ejecutivo. El Poder Judicial para Locke debe ser vertical e indiferente a los demás, y además conocido y autorizado. Locke no habla de separar los poderes en la concepción que ahora tenemos de esta figura, sino de manera muy práctica considera que el poder debe balancearse, y para ello diferentes partes del mismo deben estar en diferentes manos.

No puede olvidarse que en aquel momento el conflicto entre el rey y el Parlamento había modificado las relaciones entre los detentadores del poder. El rey, a pesar de su investidura y prerrogativas, se había dado cuenta que la supremacía le correspondía a la ley y por ello al cuerpo Legislativo. El rey podía vetar las leyes del Parlamento, pero independientemente de esa facultad, la supremacía legislativa estaba acreditada plenamente en la Inglaterra del siglo XVII. Es en ese momento, aun cuando no se manifieste expresamente, que aparece la tesis de la separación de poderes en el pensamiento político inglés. En sus inicios se le conoce como la teoría de la Constitución balanceada y fue, según lo afirma un experto en el tema, "la teoría que dominó el siglo XVIII en Inglaterra y sentó las bases para las ideas que Montesquieu habría de adelantar en el capítulo de *De l'esprit des lois* sobre la Constitución inglesa".[4]

[4] M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998, p. 54.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Ya entonces se plantea la importancia del "poder de la judicatura", pues no bastaba la teoría dual del Legislativo y el Ejecutivo respecto a las funciones de legislar y ejecutar, porque estaba fuera la tercera función. La asunción gradual de jueces independientes, integrantes de una rama diferente, estaba todavía pendiente. Esto planteaba no solamente la incorporación de una tercera rama, sino de una cuarta, en tanto a la ejecutiva y a la legislativa se había agregado la federativa (política exterior).

Sobre este particular, Vile considera que las aportaciones de George Lawson son fundamentales para entender el desdoblamiento de la dualidad de funciones del gobierno. Entre los años de 1657 y 1660, Lawson publicó dos trabajos sobre política en donde desarrolló la división de las funciones del gobierno. Existe un trébol de las funciones del poder civil o tres grados de ese poder: el primero es el Legislativo; el segundo, el Judicial, y en tercer lugar, el Ejecutivo. Ahora, en un afán de sistematizar las cosas, Lawson desagregó las funciones judiciales en varias categorías. Dentro de las funciones del rey, señala Lawson, dentro del Poder Ejecutivo, se encuentran tanto el derecho de nombrar a los funcionarios como el de administrar la justicia. Esta última es el poder de la jurisdicción, el poder jurisdiccional, el cual, a su vez, se subdivide en los actos del juicio que comprende las audiencias y las resoluciones de las causas bajo la evidencia presentada y, en segundo lugar, la ejecución —se entiende que de las sentencias. En esta última fase se encontrarían la imposición de las penas, la dispensa del juicio, la suspensión de las sentencias y los perdones. De aquí Lawson colige la división entre el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo. El teórico dio un paso a la modernidad al abandonar la idea del poder dividido en dos y la idea bien arraigada, siglos después, de que el Judicial no es efectivamente un poder. Concluiría después que resultaba más razonable ubicar el poder universal en la Asamblea General, el Judicial en los lores y el Ejecutivo en el rey. La personificación serían el rey, los lores y los comunes.[5] El paso siguiente lo daría más adelante John Locke y después Montesquieu.

Locke introdujo ideas que habrían de germinar después en sistemas políticos y de gobierno. Una de éstas es la que más adelante desarrollaría

[5] *Ibid.*, pp. 55-58.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Juan Jacobo Rousseau sobre el dogma de que la soberanía radica esencialmente en el pueblo, idea también compartida por Thomas Hobbes.

Años antes Locke había adelantado la necesidad de que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo estuvieran separados. Para Locke el Poder Legislativo supone ser de carácter supremo, en tanto tiene la facultad de decidir de qué manera el imperio del Estado o de la república o el *Commonwealth* debe dirigirse para la preservación de la comunidad y de sus integrantes. Dado que las leyes que expide el Legislativo han de ser ejecutadas, y como existe el riesgo de que las personas que hacen las leyes tengan la tentación de acrecentar su poder, de obtener ventajas privadas, se corre el peligro de que las mismas personas que hacen las leyes tengan la tentación de ejecutarlas. Por ello es que estas funciones deben separarse. Además, porque dada la fragilidad humana los legisladores pudieran verse tentados a exentarse de su cumplimiento, lo que las situaría en una condición distinta y por encima de los demás integrantes de una comunidad, lo que es "contrario a los fines de la sociedad y el gobierno". Por esto Locke considera que una vez que los legisladores se integraron a la asamblea legislativa y cumplieron con su función de hacer las leyes, deben separarse y quedar sujetos a las leyes que han hecho, y esa es su contribución al bien común. Como el poder de hacer las leyes cesa una vez que éstas han sido promulgadas o expedidas, debe existir un poder permanente (*power always in being*) que vea su ejecución y esté separado del Legislativo. "[L]os poderes legislativo y ejecutivo deben estar siempre separados".[6]

Esta idea fue compartida por numerosos autores y políticos de la época, y tuvo una enorme influencia en los sistemas políticos que habrían de desarrollarse. No obstante, fue Montesquieu quien la extendió sistemáticamente en el capítulo sobre la separación de poderes de su libro *Del espíritu de las leyes*, y que jugaría un papel central en las discusiones de las asambleas constituyentes. En Francia siempre han sido particularmente apreciadas sus ideas, de tal manera que en las diferentes constituciones que siguieron el pensamiento de Montesquieu siempre ha estado visible. Aun en la época del general De Gaulle, tanto en 1946, cuando nadie pensaba en dividir y separar los poderes

[6] John Locke, *op. cit.*, pp. 364-365.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

sino concentrarlos, como durante la preparación de la Constitución de 1958. En estos textos constitucionales, no obstante la tradición francesa de disponer de una cabeza centralizada y concentradora del poder, prevaleció la idea de una separación de poderes que garantizara la independencia recíproca del gobierno y del Parlamento, y cada uno responsable de sus propias facultades. De igual manera la independencia judicial quedaría garantizada y el gobierno sería responsable ante el Parlamento.[7]

Locke estaba, a decir de Manuel Aragón, más preocupado por la legitimación del poder que por la organización equilibrada y controlada de su ejercicio. Corresponde a Bollingbroke divulgar la teoría del equilibrio de poderes. De ahí resultan los frenos recíprocos, los controles recíprocos, los *checks and balances* que predicen el equilibrio de los poderes. La gran aportación a estas ideas es que los controles no solamente los ejercen los órganos del poder, sino sus destinatarios: los ciudadanos. Se trata del poder de censura que subsiste y se acrecienta en nuestros días.[8] En Estados Unidos, en 1787, como se verá adelante, y después en suelo mexicano, como revisaré después también, estuvo presente el barón de Montesquieu con sus imperecederas ideas, influenciadas por el pensamiento político inglés señaladamente de Lawson y Locke.

•

[7] Brice Dickson, *Introduction to French Law*, Londres, Pitman Publishing, 1994, pp. 40-51.

[8] Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 86.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Montesquieu en América

Como si se tratara de una película de largometraje en que ya está decidido el guion, los protagonistas y el director, todo estaba preparado en las colonias inglesas del continente americano para recibir las ideas de Montesquieu. Una vez implantadas en los textos fundacionales de lo que sería Estados Unidos, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789), se trasladarían a los recintos parlamentarios de México, donde serían igualmente estudiadas, discutidas, adaptadas y finalmente adoptadas. La controversial Declaración de Independencia de Inglaterra y el auxilio que Francia brindó a los colonos rebeldes que fundaron la nueva nación fueron los motores de la separación de la madre patria y la formación de Estados Unidos. Las colonias dejaron de serlo y se conformaron como Estados, al amparo de sus propias constituciones originales.

La Revolución de Independencia inició como un proceso local con notables resistencias de los representantes de cada una de las trece colonias. Cada colonia envió delegados a un Congreso general, continental. Este Congreso Continental declaró la Independencia de los Estados, algunos de los cuales habían avanzado constitucionalmente, dándose sus propias constituciones y estableciendo gobiernos locales (estatales).

Antes de concluir la guerra de independencia, cuando la fortuna sonreía a los insurgentes, el Parlamento inglés estaba dispuesto a considerar un tratado de paz para dar a los americanos la tranquilidad y a

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Inglaterra el bienestar de no tener una guerra en ultramar. Las sucesivas derrotas inglesas generaron la necesidad de que las colonias consolidaran su unión. La mecánica que encontraron para institucionalizar tal unificación fue la creación de un congreso que agrupara a las colonias. No obstante, más adelante se percatarían de que no había gobierno: el Congreso no tenía suficientes atribuciones y era necesario establecer una autoridad ejecutiva sobre los ciudadanos del país integrado por las trece colonias. Se discutieron los llamados Artículos de Confederación y se resolvió enviar una copia de los mismos a los Estados, con una comunicación epistolar que recomendaba a las legislaturas su adopción. La carta contiene una exhortación para la integración nacional:

> Habiendo acordado el Congreso un plan de confederación para el mantenimiento de la libertad, soberanía e independencia de los Estados Unidos, se remiten copias auténticas de los artículos para que las examinen y tomen en consideración las respectivas legislaturas. Este asunto tan importante se ha discutido detenidamente porque ofrecía muchas dificultades, razón por la cual no ha sido posible, a pesar de nuestros continuos trabajos y desvelos darlo a la luz. Formar una unión permanente conforme con el parecer y los deseos de los delegados de tantos Estados, que difieren en sus costumbres, en el comercio y en su política interior, era un trabajo que sólo con el tiempo y la reflexión podía llevarse a cabo. Apenas debiera esperarse que fuese posible formar un plan, que siendo esencial para nuestra unión, se aviniese a la vez perfectamente con las ideas y miras políticas de cada Estado en particular. Permítasenos observar que después de minuciosas investigaciones y de un detenido examen nos hemos convencido que el plan propuesto es el mejor que podía adaptarse a las circunstancias de todos, y por tanto, recomendamos eficazmente estos artículos para que los tomen desapasionadamente en consideración a las Legislaturas de los Estados. Al hacer este trabajo téngase sin embargo presente lo difícil que es combinar en un sistema general los diversos sentimientos e intereses de un pueblo dividido en tantos Estados soberanos e independientes, sin echar en el olvido lo absolutamente necesario que es unir nuestros Consejos y todas nuestras fuerzas para atender al mantenimiento y defensa de la libertad. Examínense esos artículos con la imparcialidad que debe haber entre leales conciudadanos que se ven rodeados por los mismos peligros, que luchan por la misma causa y que se interesan en verse unidos por los lazos de una fraternidad indisoluble. Y por último consúltese el parecer de sabios y patrióticos legisladores, quienes prescindiendo

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

> de sus intereses particulares, se interesarán seguramente por la prosperidad del país, haciéndose superiores a sus afectos locales, cuando sean incompatibles con el bienestar, la felicidad y la gloria de la confederación general. [1]

La misiva alertaba además de la urgencia para hacerlo pronto, pues en el supuesto de que las legislaturas no estuvieran reunidas para el análisis de los artículos, debería proceder la autoridad ejecutiva a su examen, a fin de que los delegados aprobaran más adelante el proyecto de Confederación y Unión Perpetua de los Estados Unidos que habría de discutirse en marzo de 1778. Los Artículos de Confederación se concretaron a conferir facultades a un cuerpo legislativo unicameral. Antes de la expedición de la Constitución, el Congreso era la autoridad central máxima, eje y centro de la política de los Estados, ya por entonces unidos. Conforme a los Artículos de Confederación no había división de poderes, ni un Ejecutivo separado del Congreso. El Poder Judicial era inexistente, si acaso existían únicamente tribunales federales que el Congreso había establecido para atender los asuntos ligados a la piratería, delitos en alta mar y apelaciones en los casos de presos de guerra o disputas entre los Estados.

André Maurois se pregunta si las colonias americanas habrían tenido la misma suerte que las ligas helénicas que dejaron de existir al desaparecer la amenaza persa. Los trece Estados americanos parecían —escribe el historiador francés— tan diferentes unos de otros como Atenas y Esparta, Argos y Tebas. El único lazo que los ligaba eran los Artículos de la Confederación. La estructura planteaba un congreso en el que cada Estado dispondría de un voto y la simple negativa de uno de ellos podía impedir la adopción de decisiones fundamentales. El Congreso podía teóricamente acuñar moneda, organizar el correo, regular los asuntos de los indios y los conflictos entre Estados, pero no poseía verdadera autoridad. Los Artículos de la Confederación tuvieron el enorme mérito de formalizar el sentimiento de nacionalidad y la cesión de tierras para continuar la guerra; lo cual fue una importante contribución al país que estaba en formación, pero las facultades del

[1] Jesse Ames Spencer, *Historia de los Estados Unidos*, t. I, Barcelona, Montaner y Simón Editores, 1870, pp. 477 y 478.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Congreso eran meramente formales. Podía nombrar embajadores, pero no había dinero para pagar sus emolumentos; acuñar moneda, pero no tenía oro ni plata; formar un ejército, pero no tenía modo de cubrir los gastos militares. Podía vociferar, pero no mandar. El Congreso, según Maurois, tal como lo crearon los Artículos de la Confederación, era impotente para administrar una nación. Lo que se necesitaba era un gobierno central, y el reto era que los Estados sustentados en su independencia aceptaran ceder parte de su soberanía para la creación de un régimen de todos.[2]

Las condiciones estaban dadas para que la Revolución de Independencia se institucionalizara a través de una Constitución. La guerra de Independencia, que en Estados Unidos se conoce como guerra revolucionaria, es un levantamiento popular contra el poder absoluto de la Corona británica. Los padres fundadores establecieron en la Constitución un sistema de controles y equilibrios entre los tres poderes del Estado, que impediría la supremacía de uno sobre otro y, ante todo, haría imposible la implantación de una dictadura o monarquía presidencial. Por eso, cualquier intento intervencionista en la vida de los ciudadanos por parte del gobierno federal provocaría el rechazo inmediato de la población.

En 1777, al segundo año de la Independencia, los representantes de los Estados se reunieron en Filadelfia, Pensilvania, para fijar los términos de la federación que habrían de crear. En esa ocasión edificaron la Confederación que se denominaría Estados Unidos de América. Bajo los Artículos de Confederación, las que habían sido las trece colonias enviaron delegados para la conformación de la Unión.

A pesar de los afanes republicanos e independentistas, no todos estaban totalmente convencidos de que esa sería la vía a seguir para la joven nación. Thomas Jefferson, que había pasado años en la corte de Luis XVI como enviado de su país, temía que Estados Unidos pudiera transitar hacia un poder hereditario y a la instalación de un monarca. Sus temores no estaban infundados. Existía el insistente rumor de que algunos americanos, seguramente muy prominentes, habían solicitado

[2] Andrés Maurois, *Historia de los Estados Unidos*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1972, pp. 176-183.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

de la casa real de Hannover un soberano para reinar en América. Por su parte, Alexander Hamilton se dijo que creía que la mejor reunión que podía darse con Inglaterra sería el "establecimiento de un hijo de la presente monarquía con una familia compacta". El plan no funcionó, pero no fue mal visto por los constituyentes más prominentes .[3]

En las intrigas de palacio existe evidencia de una comunicación de George Beckwith, un agente británico. Se la dirigió al secretario del exterior en Londres para informarle del descontento generalizado con el gobierno americano y hacer una clasificación de la división tripartita de los políticos americanos. Las clases en que se dividían, según el funcionario británico eran: a) quienes proponían un gobierno federal bajo el modelo de la Constitución de Nueva York con un Ejecutivo anual, Senado y Cámara de la Asamblea, para este proyecto contaban con el general Washington; b) quienes proponían un soberano vitalicio con un Parlamento de dos trienios, para esto pensaban en alguien de la Casa Real de Hannover; c) quienes proponían una monarquía hereditaria con un gobierno lo más cercano posible al de la Gran Bretaña, que eran los más destacados y tenían la mira en uno de los hijos del rey de Inglaterra.

A pesar de la predilección e interés de Jefferson por el sistema monárquico, en 1787, el mismo año de la promulgación de la Constitución de Estados Unidos, surgió un conflicto europeo que lo hizo desistir de sus afanes monárquicos. El magistrado en jefe de Países Bajos (*stadtholder*), respaldado por Inglaterra, entró en conflicto con un partido de patriotas apoyado por Francia. El *stadtholder* resultó triunfador cuando Federico Guillermo II de Prusia intervino en contra de los patriotas y Francia no cumplió su compromiso.[4] Jefferson le escribió a Jay en 1787 para decirle que deberían aprender la lección que ninguna circunstancia de moralidad, interés, honor o compromiso son suficientes para asegurar la confianza en cualquier nación, todo el tiempo y en todas las circunstancias.[5]

[3] Jon Meacham, *Thomas Jefferson, The Art of Power*, Nueva York, Random House, 2012, pp. 211-212.

[4] Algo similar ocurriría casi un siglo después cuando Napoleón III abandonó a Maximiliano de Habsburgo en el Cerro de las Campanas.

[5] Jon Meacham, *op. cit.*

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La visión que tuvieron en ese momento fue la de formar "una alianza amistosa entre sí para atender a la defensa común de sus libertades y a promover el bienestar general, comprometiéndose asimismo a prestarse mutuo apoyo contra los que los atacaran o declarasen la guerra por motivos de religión, soberanía, comercio u otra pretensión cualquiera".[6] Los Artículos no pretendían fundar un nuevo Estado sino convenir en cláusulas que permitieran la convivencia política de los Estados. No se trataba de crear un gobierno central ni nada que pudiera asemejarse, como a la postre sucedería. Se instituyó un Congreso integrado por delegados nombrados anualmente en la manera en que lo establecieran las legislaturas de cada Estado. El Congreso debería reunirse el primer lunes del mes de noviembre de cada año para tomar determinaciones de los asuntos que resultaran comunes.[7] Entre las facultades más relevantes del Congreso estaría la de ser la última autoridad para resolver en definitiva las disputas o diferencias entre dos o más Estados respecto a cuestiones de límites, jurisdicción o cualquier otro asunto, señala el texto. No obstante, el Congreso tenía la facultad de resolver las diferencias que pudieran suscitarse entre dos o más Estados respecto de los derechos de propiedad sobre tierras de sus respectivas jurisdicciones.[8] El Congreso poseía la autoridad para acuñar moneda, así como la regulación de pesos y medidas en Estados Unidos.[9] Si bien no se estableció un gobierno central, se había dado un paso definitivo para que Estados Unidos transitara por una nueva vía en el mundo de la organización política: el federalismo. Esta idea se consolidaría años más tarde con la Constitución de 1787.

Queda claro que Montesquieu no estuvo de cuerpo presente en Filadelfia para la expedición de los Artículos de Confederación, como tampoco su teoría de la división de poderes, por la simple y sencilla razón de que esos Artículos no tuvieron como propósito ni sentido crear poder alguno. De no existir poder salvo el conferido al Congreso, al convertirlo en el árbitro de la unión amistosa, no hubiera existido la posibilidad de separar poderes que no existían. De hecho, esta

[6] Artículos de la Confederación, artículo III, 9 de julio de 1778.
[7] *Ibidem*, artículo V.
[8] *Ibidem*, artículo IX.
[9] *Idem*.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

circunstancia, la ausencia de un poder central que fijara las facultades del Ejecutivo, que concentrara y personificara la unión de los anhelos amistosos de los Estados recién creados, fue lo que determinó que años después los Artículos de Confederación quedaran abolidos y derogados por la Constitución de 1878. Si bien el autor de *De l'esprit des lois* no estuvo presente, su espíritu y particularmente su libro paradigmático rondaban la atmósfera de las discusiones.

No todas las constituciones de los trece Estados presentaron reglas sobre la separación de poderes. No lo hicieron así las constituciones de los estados de New Jersey, New Hampshire y Carolina del Sur. No obstante Montesquieu no quedó olvidado por los Estados que conformarían la unión federal conocida como Estados Unidos de América. Desde la sublevación contra la Corona y el Parlamento británicos, Montesquieu apareció en escena. La Constitución de Virginia, que habría de tener una gran influencia en Estados Unidos y en otras partes del mundo, fue la primera en establecer expresa y textualmente la separación de poderes: "los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deberán estar separados y distinguirse del judicial". En otro apartado señala, por ejemplo: "Las ramas legislativa, ejecutiva y judicial deben quedar separadas y diferenciadas de manera que ninguna de ellas ejerza el poder que corresponde a las otras: tampoco deberá persona alguna ejercer los poderes de más de una de ellas al mismo tiempo".[10] Otra constitución paradigmática es la de Massachusetts, que actualmente es la constitución vigente más antigua del mundo e influenció notablemente a la de Estados Unidos en cuanto a su estructura y organización. La Constitución de la Comunidad de Massachusetts estableció que los poderes residen originariamente en el pueblo y se derivan de él, y los funcionarios del gobierno investidos con autoridad legislativa, ejecutiva o judicial son agentes y sustitutos del pueblo y son responsables en todo momento ante él.[11] Con esta disposición los constituyentes de la comunidad reafirmaban que los poderes que devienen del pueblo se dividen en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, conforme a la división clásica del autor de *Del espíritu de las leyes*.

[10] Constitución de Virginia (1776), artículo III, "De la separación de poderes".
[11] Constitución de la Comunidad de Massachussets (1780), artículo V.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Más adelante, la Constitución de Massachusetts, siguiendo fielmente a Montesquieu, estableció la separación de las tres ramas del Estado por primera ocasión en 1780. El principio se enunció así: "En el gobierno de esta comunidad el sector legislativo nunca ejercerá los poderes Ejecutivo y Judicial o cualquiera de ellos; el ejecutivo por su parte nunca ejercerá los poderes legislativos o judiciales y el judicial nunca ejercerá los poderes legislativos o ejecutivos, todo esto para alcanzar un gobierno de leyes y no de hombres".[12] Más allá del trabalenguas está clara la intención de los constituyentes de Massachusetts de separar a los tres poderes entre sí.

Si algo puede ejemplificar la presencia de Montesquieu en el diseño del modelo de organización política en Estados Unidos es uno de los autores del diseño, Alexander Hamilton. Lo hizo de manera pública en varios de los artículos que contiene *El Federalista*. Uno de ellos en particular, contenido en el capítulo de "Estructura de Gobierno", el número XLVII, le permitió confirmar la presencia y autoridad intelectual ejercida por las ideas del autor de *Del espíritu de las leyes*.

Hamilton considera a Montesquieu como el oráculo, es decir "la persona a quienes todos escuchan con respeto y veneración por su mucha sabiduría y doctrina". Reconoce que si bien puede dudarse si es o no el autor del precepto de la ciencia política, "tiene, por lo menos, el mérito de haberlo expuesto y recomendado eficazmente a la atención de la humanidad". Hamilton se sustenta en la idea de la libertad que los tres departamentos del gobierno: legislativo, ejecutivo y judicial estén separados y sean distintos. La experiencia de Montesquieu en su visita académica a Inglaterra lo llevó a inferir que la Constitución británica no elevó a principio general la división de poderes. Los departamentos judicial, legislativo y ejecutivo no estaban totalmente separados y diferenciados entre sí (por ejemplo, el ejecutivo formaba parte de la autoridad legislativa).

[12] *Ibidem*, artículo XXX: "In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men".

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Cuando el ejecutivo celebraba un tratado internacional conforme a sus prerrogativas, sus actos se convertían en actos legislativos o al menos tenían tal fuerza. Los miembros del departamento judicial eran nombrados por el ejecutivo y podían ser sustituidos por él si contaba con la aprobación de las cámaras del Parlamento y éstos podían formar parte de uno de sus consejos constitucionales. Tratándose de altos funcionarios, el ejecutivo representaba por sí solo al Poder Judicial, al ser el único depositario de esa tarea cuando se trataba de acusaciones contra altos funcionarios y "está investido de la jurisdicción suprema en apelación y en otros casos".

Adicionalmente —continúa Hamilton— "los jueces tienen tanta conexión con el departamento legislativo que frecuentemente asisten a sus deliberaciones y participan de ellas, aunque no se les concede voto legislativo".[13] Estos razonamientos y las prevenciones del oráculo francés estuvieron presentes en el diseño de la Constitución de Estados Unidos, como se verá en el siguiente apartado.

•

[13] Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, *El Federalista*, prólogo de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1957, pp. 204 y 205.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La entrada en escena de la Constitución de Estados Unidos

La preparación de la Constitución reunió a los hombres más inteligentes de su tiempo y como mencionó Jefferson: "se trataba de una Asamblea de semidioses". Los nombres de los constituyentes incluyen a George Washington, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, que era ministro en Inglaterra, y John Adams, ministro en Francia. Washington, como el gran jefe de la Revolución de Independencia, fue electo en forma unánime como presidente de la Asamblea. Sus primeras palabras al iniciar las deliberaciones fueron: "Si, para complacer al pueblo le ofrecemos lo que no podríamos aprobar nosotros mismos, ¿cómo justificar luego nuestra labor?"

Más allá de las fascinantes deliberaciones de la Asamblea y del carácter casi mitológico de algunos de sus integrantes, como Alexander Hamilton, probablemente el más inteligente de todos (según Maurois), o James Madison, que es considerado el padre de la Constitución (según De la Cueva), el gran tema a debate fue la creación de un Estado nacional por sobre los Estados. El punto, no obstante, es que los Estados no eran iguales ni en tamaño ni en recursos, por lo que se impuso la idea de un sistema bicameral que permitiera representación política proporcional al tamaño y riqueza de los Estados. Se aprobó una Cámara de Representantes que se integraría con diputados de los estados en número proporcional al tamaño de su población y un Senado integrado

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

por dos senadores por estado, independientemente del tamaño de su población o territorio.

Uno de los trabajos más arduos que daría grandes frutos al sistema político de Estados Unidos fue el principio de la separación de poderes y el diseño de pesos y contrapesos. Si bien la Constitución adoptó la división de poderes en la tesis clásica de Montesquieu, esta misma tesis resultó funcional para el sistema presidencialista postulado por Hamilton, Madison y John Jay en *El Federalista*.[1] En forma contraria al sistema inglés, los llamados Padres Fundadores establecieron que el presidente de Estados Unidos escogiera a los miembros de su gabinete sin la intervención del Congreso, contrariamente a la fórmula parlamentarista de Inglaterra en la que los ministros son miembros del Parlamento y responsables ante la Cámara de los Comunes.

Para evitar los conflictos entre el Legislativo y el Ejecutivo se planteó que el presidente tendría derecho de veto de las decisiones del Congreso, mismo que el Congreso podría evitar si reunía una votación para la decisión impugnada de dos terceras partes. La idea de la separación de poderes acompañó siempre las deliberaciones del Constituyente. Madison dijo textualmente a la Asamblea que resultaba esencial que: "los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén separados e independientes, uno de los otros". Después lo repetiría insistentemente en los artículos de su autoría en *El Federalista,* en donde invoca a Montesquieu y a sus más conocidas máximas: "Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se reúnen en una misma persona o entidad no puede haber libertad, porque pueden surgir temores de que el mismo monarca o senado decreten leyes tiránicas con objeto de ejecutarlas de modo tiránico también". O bien, cuando advertía en el mismo sentido que "no puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados".

[1] Diego Valadés, *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000, p. 69. Afortunadamente para quienes interesa desentrañar el sentido de la convención estadounidense, en donde no se llevó un diario de debates, ni registros formales de la discusiones, entre octubre de 1787 y mayo de 1788, en tres periódicos de la ciudad de Nueva York se publicaron 77 artículos escritos por un triunvirato integrado por John Jay, Alexander Hamilton y Samuel Madison bajo el seudónimo de *Publio* y que, integrados, se conocen como *El Federalista*, publicado en México por el Fondo de Cultura Económica en 1957.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Un argumento de Hamilton para justificar la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos que establece la Constitución de Estados Unidos se encuentra en los textos de las constituciones de los Estados que formaron la Unión.

En el análisis de las constituciones queda claro que la de New Hampshire, por ser la última en haberse promulgado de las trece, hizo una importante salvedad al principio de Montesquieu. Para los constituyentes de este Estado: "los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben mantenerse tan separados e independientes, unos de otros, como lo permita la naturaleza de un gobierno libre; o en cuanto sea compatible con la sucesión de relaciones que ata a todo el edificio constitucional con un lazo indisoluble de unidad y de concordia". Muchas de las consecuencias de esta postura se verían después reflejadas en la Constitución general. Por ejemplo, la Constitución de New Hampshire señala que el Senado es parte, conforme a su naturaleza, del Poder Legislativo, pero además es un departamento judicial cuando juzga sobre las acusaciones en contra de funcionarios públicos. El presidente, que es la personificación del Poder Ejecutivo, es también miembro del Senado, preside éste y tiene voto de calidad en caso de empate. El jefe del Ejecutivo era elegido anualmente por el departamento legislativo. Varios funcionarios públicos son nombrados por la legislatura y el Ejecutivo nombra a los integrantes del departamento judicial. La Constitución de Massachussets, en la que John Adams jugó un papel importante en el diseño, reafirma el principio de la separación de poderes, pero con una visión práctica admite la fusión parcial de los poderes. El Ejecutivo posee la facultad de veto limitado sobre la legislatura. El Senado es como en New Hampshire y lo sería después a nivel federal en la Constitución de Estados Unidos y en la Constitución mexicana de 1917, tribunal de acusación para los miembros de los departamentos ejecutivo y judicial. Los integrantes del departamento judicial son nombrados por el Ejecutivo y destituidos por el mismo con la aprobación de las dos ramas legislativas. Algunos funcionarios del Ejecutivo los designa el Legislativo. De manera que la teoría de la separación de poderes no era un dogma intocable, sino que asoma ya la colaboración entre poderes.

Conforme al Plan de Virginia, diseñado por Madison, el gobierno nacional debería establecerse en un supremo Legislativo, Ejecutivo y

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Judicial. Desde el comienzo y conforme al Plan de Madison habría de constituirse una judicatura federal que le correspondería ser suprema. La Judicatura Nacional se establecería tanto por una suprema corte como por tribunales inferiores. La propuesta de crear una suprema corte de justicia no tuvo opositores y se adoptó sin discusión. Dado que las deliberaciones fueron secretas, no es sencillo encontrar registros sobre los debates. Las sesiones eran a puerta cerrada y los miembros de la Asamblea juraron por su honor no revelar el contenido de los debates. A pesar del interés que suscitó la conformación de la judicatura federal no existen mayores registros sobre el particular.

Como era previsible que surgieran conflictos sobre la manera de interpretar la Constitución o sobre la constitucionalidad de las leyes votadas por los Estados, se creó un Tribunal Supremo, una Suprema Corte de Justicia, que resolvería tales conflictos en forma definitiva. Los integrantes de esa Suprema Corte serían nombrados por el presidente, previo consentimiento del Senado. Se le confirió al Congreso la facultad de crear cortes federales para atender los asuntos comprendidos en las leyes federales, producidas por el propio Congreso General.[2]

El texto constitucional que se aprobó en Filadelfia (1787) suprimió los llamados Artículos de Confederación que habían sido el acuerdo colectivo de los Estados que declararon su independencia de Inglaterra. Los Artículos no cumplieron su cometido; por el contrario, generaron un sistema fallido que fue necesario cancelar por uno nuevo y distinto. La solución adoptada en los Artículos de Confederación había impedido la creación de un auténtico gobierno central, dotado de la capacidad para lograr la unidad. Inicialmente, la Asamblea tenía como misión enmendar los Artículos de Confederación, para lo cual se convocó a una convención que se ocupara de tal tarea. En un principio el objetivo era revisar y proponer algunos cambios al texto de los artículos de Confederación; en tanto no había un Poder Ejecutivo nacional, todos los trece Estados enarbolaban su soberanía, lo que impedía que el gobierno nacional tuviera la capacidad de imperio frente al pueblo. No

[2] Mario Melgar Adalid, *La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, claroscuro de la justicia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 2012, pp. 10-12.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

había gobierno de la Confederación sino un caos que amenazaba en el mejor de los casos con un desmembramiento del intento de federación y, en el peor supuesto, una guerra civil.

La supuesta autoridad central, depositada en el Congreso, no tenía autoridad para regular el comercio entre los Estados, imponer contribuciones o simplemente hacer valer sus designios. Los constituyentes se reunieron a partir de mayo de 1787 en Filadelfia, con la encomienda de reformar los Artículos de Confederación, pero decidieron romper con el pasado y optaron por diseñar un nuevo sistema. Al hacerlo destruyeron el marco jurídico existente, lo que incluyó la desaparición del supuesto gobierno en funciones. Todo esto en un clima de incertidumbre y riesgo de acabar con la Unión. De hecho se trató de un *coup d'état* (golpe de Estado), de una auténtica rebelión en contra del sistema derivado de la Declaración de Independencia. Se trató efectivamente de un golpe de Estado, solamente que de carácter pacífico, sin derramamiento de sangre, que fue aceptado por el pueblo a través de las convenciones que ratificaron el texto en todos los Estados.[3]

Lo que los constituyentes crearon a partir de la decisión de fundar una república fue algo totalmente nuevo en el mundo. Una Constitución escrita para una república confederada, para regir en un amplio territorio integrado por 13 Estados soberanos que reclamaban sus derechos originales y reacios a conferir facultades a un nuevo ente nacional. Si bien fue algo innovador, no surgió de la nada. Se tenía al modelo británico que los constituyentes conocían bien, pues había estado vigente en las colonias, además éstas habían creado sus propias constituciones para convertirse en Estados, en los primeros años de la revolución americana de independencia. Además tenían la posibilidad de utilizar el mecanismo de prueba/error con el fracaso de los Artículos de Confederación, para evitar volver a cometer esos tropiezos. Fue al final un notable diseño constitucional del que habrían de abrevar muchos sistemas en el mundo.

El problema inicial de los constituyentes reunidos en Filadelfia fue el que siempre impera en las asambleas políticas: la lucha por el poder.

[3] Paulsen Michael Stokes, *et al.*, *The Constitution, An Introduction*, Nueva York, Basic Books, 2015, pp. 4-21.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Los constituyentes estaban de acuerdo en varias cuestiones: a) escribirían una Constitución en papel. No seguirían la tradición de Inglaterra de formular constituciones no escritas. En eso estaban todos de acuerdo, como igualmente lo estaban en que, b) se establecería un gobierno republicano, dejando atrás la idea de una monarquía o de otra forma de aristocracia. Se trataba de fundar un gobierno con la forma de una democracia representativa y además federal. Adicionalmente, habría algo igualmente importante y crucial para la fundación de Estados Unidos como sería c) la separación de poderes.

En el fondo, la clave de la creación de Estados Unidos era la distribución del poder, la consecuente separación de las ramas del poder y la de resolver de alguna manera la complicación de distribuir el poder entre el gobierno central, por una parte, y el gobierno de los Estados. Se presentaba un supuesto aparentemente insalvable: dos poderes soberanos, el gobierno central y los trece Estados que lo crearon actuando sobre el mismo territorio y ciudadanía. ¿Cómo conciliar este conflicto irresoluble? ¿Someter a los Estados a la autoridad central y vulnerar sus facultades originarias? ¿Impedir que el Estado central ejerciera supremacía sobre los Estados que lo integraron? Además, e igualmente importante, ¿cómo asegurar que una rama no subordinara a la otra sino que por el contrario se estableciera un sistema de control de pesos y contrapesos que impidiera la supremacía de una rama sobre las demás? Lo que se conocería después como un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*).

Para resolver el absurdo de dos o más soberanos que actuaran al mismo tiempo, sobre los mismos asuntos y en el mismo lugar, los constituyentes de 1787 en Filadelfia tuvieron una solución mágica que permitió a Estados Unidos sobrevivir los intentos de secesión. La fórmula ha sido clave en las no pocas disputas entre los Estados y el poder federal. La receta se descubrió en los debates de Filadelfia, y después, en 1791, al incorporarse las enmiendas conocidas como la Carta de Derechos, el "*Bill of Rights*".[4] La Décima Enmienda fue la última del paquete de derechos que se consideró necesario incorporar.

[4] "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people": "Los pode-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

No obstante la Décima Enmienda es una respuesta de los Estados para arrinconar al federalismo y evitar su preeminencia sobre ellos. Su propósito no fue solamente fijar una línea divisoria entre las facultades federales y las que corresponden a los Estados, sino construir un dique para evitar la expansión de las facultades del gobierno nacional. Los tratadistas norteamericanos estiman que esta fue la razón de la asamblea de Filadelfia, para rechazar los Artículos de Confederación que establecían que todos los poderes que no estuvieran expresamente delegados al gobierno federal se entenderían reservados a los Estados.[5]

Ya en vigor la Constitución de 1787, se presentaron asuntos en que estaba en juego la separación de poderes. Los constituyentes se darían cuenta de que una cuestión era incorporar principios teóricos y otra distinta su operación práctica. Aun antes de Marbury, que daría a la Corte la capacidad de ajustar las decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en otra causa como fue Calder *versus* Bull, la Suprema Corte se atrevió a invalidar una ley y con ello vulnerar al Poder Legislativo. Una ley expedida por el Estado de Connecticut fue impugnada por violar la Garantía de Irretroactividad de la Ley (*Ex Post Facto Clause*). Independientemente de que la Suprema Corte de Estados Unidos estimó que la Garantía de Irretroactividad solamente era aplicable a asuntos de naturaleza penal y no a asuntos civiles, como el planteado en la causa mencionada, no quedó duda de que la Corte podía invalidar una ley que estimara contraria a la Constitución de Estados Unidos. Otro asunto similar es el caso Hylton *versus* Estados Unidos, en el que se cuestionó si un impuesto federal a las carretas utilizadas por pasajeros era un impuesto directo y, por lo tanto, inválido en tanto no se tomó en cuenta para su imposición la proporcionalidad entre los Estados respecto al número de su población. La Corte resolvió en forma unánime que no se trataba de un impuesto directo, y aprovechó la controversia para fijar la tesis de que la Constitución de Estados Unidos sólo contemplaba dos casos de impuestos directos: uno por capitación, sin consideración a la propiedad o al trabajo u otra circunstancia, y el

---

res que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados quedan reservados a los Estados o al pueblo". [Traducción del autor.]

5 Jethro K. Lieberman, *A practical companion to the Constitution*, California, The University of California Press, 1999, pp. 505-506.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

impuesto predial. Lo más relevante es que en este caso se revisó un acto del Congreso por la Suprema Corte. El mero hecho de revisar la constitucionalidad del gravamen impuesto por el Congreso indicaba que la Suprema Corte tenía esa facultad; un poder, el Judicial, podría revisar los actos de otro poder, como los actos del Legislativo.

El caso más claro del poder revisor de la constitucionalidad de los actos del Congreso y particularmente la imposibilidad de que las decisiones del Poder Judicial federal pudieran ser revisadas por otro poder es el de Hayburn. Una ley aprobada por el Congreso en 1792 autorizó a los tribunales federales de Circuito determinar las solicitudes de pensión de los veteranos inválidos de la Revolución y extender la certificación de sus opiniones al secretario de Guerra, el que podría entonces otorgar o negar las pensiones. Lo anterior haría inválida la determinación de la Suprema Corte, que estaría sujeta en última instancia a la decisión de un funcionario administrativo, ajeno al Poder Judicial. La Suprema Corte revisó el caso pero nunca emitió una resolución. El Congreso intervino entonces y resolvió el asunto sin la participación de la Suprema Corte. La Suprema Corte revisó el asunto y envió una carta al presidente, en la que exponía el motivo para no emitir una resolución judicial, en tanto se trataba de un asunto de naturaleza distinta a la judicial. El punto crucial de la determinación extrajudicial de la Suprema Corte es que de haberse pronunciado en Hayburn, su sentencia hubiera estado sujeta a un control y revisión posterior, lo que hubiera atentado contra la independencia del Poder Judicial de la que gozó y gozan los tribunales y, más importante aún, del principio contenido en la Constitución.[6] La disyuntiva de la incipiente Corte estadounidense era precisar su

[6] Esta decisión resultó clave para el futuro del imperio de la Suprema Corte estadounidense. Contrasta con la facultad que le fue conferida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el artículo 97, II párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La facultad indagatoria o de investigación de la Suprema Corte dañó la majestad e imperio del máximo tribunal de México. Era una atribución discrecional que, por tanto, se podía ejercer o no, ya de oficio o a petición de parte legitimada, pero nunca a petición de los gobernados. Era formalmente un procedimiento de naturaleza judicial, pero materialmente es una labor de carácter administrativo. La Corte no actuaba propiamente en su calidad de tribunal; esto es, no resolvía un litigio constitucional mediante la aplicación del Derecho, sino que se limitaba a determinar si en el caso concreto había o no una grave violación a las garantías individuales. Lo anterior es ejemplo de cómo algunas normas contenidas en la Constitución pueden ser inconstitu-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

vocación última. Determinar si su tarea consistiría en resolver cuestiones teóricas, abstractas, hipotéticas, en dar opiniones jurídicas y emitir meras declaraciones en el aire, o por el contrario ocuparse únicamente de los asuntos que le fueran planteados jurisdiccionalmente. En efecto, George Washington planteó a la Suprema Corte, a través de una comunicación dirigida al alto tribunal por el secretario de Estado Jefferson, una consulta sobre algunos problemas abstractos que habían ocurrido o pudieran ocurrir en el campo del derecho internacional. El primer *Chief Justice* John Jay y los jueces asociados difirieron la respuesta hasta que el Tribunal se hubiera reunido, y tres semanas más tarde declinaron dar respuestas a las consultas planteadas. Jay es una figura histórica por haber sido designado el primer *Chief Justice*, pero no valoró la jerarquía del cargo jurisdiccional que ostentó. Aceptó ser nombrado embajador especial ante Inglaterra para negociar y firmar un tratado que lleva su nombre. Al ser cuestionado por poner en entredicho la independencia judicial, no renunció al cargo, a pesar de las críticas. Oliver Ellsworth fue nombrado sucesor en la Suprema Corte y a pesar de ser el designado por Washington, el segundo *Chief Justice*, mantuvo su cargo como ministro ante Francia, sin renunciar a su encomienda judicial. Naturalmente eran otros tiempos, pero la violación al principio de división de poderes era evidente.[7]

•

cionales. Esta facultad desnaturalizaba a la Suprema Corte mexicana y venturosamente se reformó por el Constituyente Permanente (*Diario Oficial de la Federación,* 10 de junio de 2011) para conferir tal facultad de investigación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

7 En México se dio un episodio también bochornoso, no tan antiguo. El presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Carlos del Río, fue designado por el presidente José López Portillo, y aceptó ser su representante para acudir a la toma de posesión de un jefe de Estado sudamericano. En Estados Unidos es frecuente que el primer mandatario confiera a los *Chief Justices* encomiendas de orden internacional.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El Federalista y la división de poderes

La figura central de la Convención Constituyente fue George Washington, el líder de la Revolución de Independencia. El general estaba a favor de un gobierno central fuerte y así lo demostró al favorecer a la Asamblea, por su interés en estar presente en las deliberaciones, en presidir al órgano y por su apoyo al resultado final de los debates. Es indiscutible que sin Washington presente, a la cabeza, hubiera sido imposible conciliar intereses tan opuestos. No obstante, el personaje crucial después de Washington fue James Madison, profundo conocedor de los sistemas políticos, un intelectual de gran capacidad dialéctica, con recursos para hacer propuestas y para convencer a sus interlocutores de sus ideas.[1] Madison fue el encargado de fungir como secretario de la Asamblea Constituyente, aunque de manera informal. La ratificación de la Constitución le fue encomendada y para hacerlo se dedicó a escribir junto con Alexander Hamilton, el ahora tan celebrado padre fundador en Estados Unidos, y John Jay, los documentos conocidos como *El Federalista* (*The Federalist papers*), fuente indispensable

[1] Madison tenía entonces 35 años, se convertiría en un influyente congresista, asesor del presidente Washington, secretario de Estado en el gabinete del presidente Thomas Jefferson y el cuarto presidente de Estados Unidos. Se le conoce como el padre de la Constitución.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

para entender el razonamiento detrás de cada uno de los preceptos del texto constitucional.

Los debates de la Asamblea fueron intensos y estuvieron llenos de apasionadas controversias. Los temas a discutir se referían fundamentalmente al diseño constitucional que debía darse al poder. ¿Qué tanto le corresponde al gobierno federal? ¿Qué tanto a los poderes estatales? ¿Es el poder central superior y supremo frente a los estados en lo individual? ¿Lo es frente a los estados en bloque? ¿Qué tan poderoso debe ser el Poder Ejecutivo? ¿Cuál debe ser el arreglo de los poderes en los estados? ¿Deberán tener también una división tripartita? ¿Cuáles son los pesos y contrapesos que deben establecerse entre los poderes de manera recíproca?

El resultado fue inesperado. El único poder que existía antes de la Constitución de 1787 era el Congreso creado por los Artículos de Confederación. No existía ni un Poder Ejecutivo, ni un Poder Judicial. Montesquieu no había estado presente. De hecho se pensaba que el judicial no era un poder, pues carecía de las características propias de un poder de dominio. En cuanto al Congreso, se decidió por dos cámaras, lo que separaba al poder dentro del mismo poder.

Las dos instituciones más relevantes que surgieron de la Convención Constituyente de Filadelfia fueron el federalismo y, ligado a éste, la teoría de la separación de poderes. Tanto el federalismo como la separación de poderes se refieren a la división del poder político. Del poder del gobierno central respecto al de los Estados y del poder que corresponde a las tres ramas del gobierno federal y de las tres ramas de los Estados en lo individual. Se trata de una distribución constitucional del poder. Los constituyentes sabían bien el riesgo que corrían de no arreglar las cosas. Habían padecido los errores de la tiranía de un soberano, el rey británico, que reunía en su persona todas las facultades y poderes. De hecho el éxito del sistema norteamericano que influenció a otros sistemas en el continente americano —entre ellos y en primer lugar a México— es la capacidad de haber diseñado un sistema federal sustentado en la separación de poderes que los constituían. La explicación de Madison en *El Federalista* es por demás elocuente, como lo sugiere Michael Stokes Paulsen.[2]

[2] Michael Stokes Paulsen *et al.*, *The Constitution: An Introduction*, New York, Basic Books, 2015, p. 31.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Dice Madison en el número LI de *El Federalista*, bajo el título "Equilibrio de poderes", que el sistema federal americano está colocado en una "perspectiva interesantísima" que explica en dos consideraciones:

> *Primera*. En una república unitaria todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno; y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre gobiernos distintos, y luego la porción que le corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí que surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo.
>
> *Segunda*. En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría se une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro. Sólo hay dos maneras de precaverse contra estos males: primero, creando en la comunidad una voluntad independiente de la mayoría, esto es, de la sociedad misma; segundo, incluyendo en la sociedad tantas categorías diferentes de ciudadanos que los proyectos injustos de la mayoría resulten no sólo muy improbables sino irrealizables. El primer método prevalece en todo gobierno que posee una autoridad hereditaria o que se designa a sí misma. Sin embargo esta precaución es precaria en el mejor de los casos; porque un poder independiente de la sociedad tanto puede hacer suyos los designios injustos del partido mayoritario como los justos intereses del minoritario, e inclusive alzarse contra los dos partidos. Del segundo método tenemos un ejemplo en la república federal de los Estados Unidos. Mientras en ella toda la autoridad procederá de la sociedad y dependerá de ella, esta última estará dividida en tantas partes, tantos intereses diversos y tantas clases de ciudadanos, que los derechos de los individuos o de la minoría no correrán grandes riesgos por causa de las combinaciones egoístas de la mayoría. En un gobierno libre la seguridad de los derechos civiles debe ser la misma que la de los derechos religiosos. En el primer caso reside en la multiplicidad de intereses y en el segundo, en la multiplicidad de sectas. El grado de seguridad depende en ambos casos del número de intereses y de sectas.; y éste puede aventurarse que dependerá de la extensión del

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

> país y del número de personas sometidas al mismo gobierno. La opinión que expongo sobre este asunto debe hacer que todos los amigos sinceros y sensatos del régimen republicano encuentren especialmente digno de elogio un sistema federal apropiado, ya que demuestra que los proyectos opresores de la mayoría resultarán más fáciles mientras más reducidos sean los Estados o Confederación en que se divida el territorio de la Unión, que disminuiría la mejor garantía que tienen los derechos de todos los ciudadanos bajo los modelos republicanos de gobierno y, en consecuencia, que es preciso aumentar proporcionalmente la estabilidad e independencia de algún miembro del gobierno, que es la única otra garantía que existe. La justicia es la finalidad del gobierno, así como de la sociedad civil. Siempre nos hemos esforzado por alcanzarla y seguiremos esforzándonos hasta establecerla, o hasta perder la libertad en su búsqueda.[3]

La construcción de la presidencia estadounidense en la Constitución de 1787 se muestra como una organización con lazos entre los poderes Legislativo y Judicial. Es notable cómo las tres ramas están ligadas por dos principios: la separación de poderes y el mecanismo de controles recíprocos, los pesos y contrapesos. Se diseñaron con el propósito de que las tres ramas estuvieran permanentemente en un estado de tensión, cada una vigilando su propio terreno. Si las tensiones llegaran a mayores complicaciones, el sistema previó la solución a través de un árbitro que resolviera las disputas entre las ramas del poder: el Poder Judicial. Efectivamente, una de las aportaciones más relevantes de la Constitución de Estados Unidos es la incorporación del departamento judicial al lado de los poderes clásicos: el Ejecutivo y el Legislativo. El Poder Judicial independiente no solamente tendría a su cargo la solución de las controversias que se suscitaran entre los miembros de una sociedad sino que poseería las facultades a su cargo para asegurar el equilibrio de todo el sistema.

La Suprema Corte de Estados Unidos ha jugado el papel de árbitro entre los poderes, entre el Legislativo y el Ejecutivo, así como entre el gobierno federal y los estados que integran la Unión. En cuanto al federalismo, si tuviéramos que atenernos a la lógica tendríamos que

[3] Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, *El Federalista*, prólogo de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 221 y 222.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

aceptar que, considerado en abstracto, es un absurdo. Las constituciones federales establecen dos poderes soberanos: el del gobierno federal, al que se le confieren facultades, y el de los estados, que gozan de una competencia residual. Es decir, lo que no se ha otorgado a la federación se entiende reservado al gobierno federal.

Como lo plantea Martin Shapiro, existen dos cajas en alguna de las cuales se ubican las actividades humanas que el derecho pretende regular. Cada poder soberano tiene su caja y por ello en los federalismos capitalistas, en Estados Unidos, en la Unión Europea, o en México, si bien se pretende que tengamos una "economía mixta", la actividad empresarial local está en la caja de los estados, mientras que el comercio entre los estados va a la caja central. La defensa y las relaciones con el exterior se asignan al gobierno central (federal) y al gobierno de los estados cuestiones como la cultura, la seguridad local y la educación.[4] Este punto es crucial en el *judicial review* o control de la constitucionalidad, como se conoce en nuestro sistema jurídico.

El Federalista, al referir el papel que debería tener la Suprema Corte en la configuración del Estado federal, sigue la descripción tradicional de Montesquieu sobre el papel de los poderes y la conveniencia de su separación. Mientras el Ejecutivo no solamente dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad, el Legislativo tiene el poder de la bolsa y además dicta los derechos y deberes de todos los ciudadanos; el Poder Judicial "en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad y no puede tomar ninguna resolución activa".[5] De ahí que al no poseer fuerza ni voluntad sino solamente discernimiento, ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo del Ejecutivo hasta que tengan eficacia sus fallos. El departamento es, entonces, según *El Federalista*, y siguiendo a Montesquieu, el más débil de los departamentos del poder.

[4] Martin Shapiro, "Judicial Review Global", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* t. I, *Teoría general del derecho procesal constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, 2008, pp. 892.

[5] Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, *op. cit.*, p. 331.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Al analizar las facultades del Senado se descubre la débil opinión que Publio tiene de la Suprema Corte. Al justificar las razones por las cuales la Constitución confirió al Senado la facultad de intervenir en los procesos derivados de delitos cometidos por los funcionarios públicos y que tienen el carácter de ser políticos. Al justificar que la Convención de Filadelfia asignó al Senado la facultad de intervenir en los juicios políticos, refiere que el Senado es el único que puede constituirse en "un tribunal con bastante dignidad y la necesaria independencia". *El Federalista* duda que la Suprema Corte pudiera tener suficiente confianza en su propia situación para conservar, libre de temores e influencias, la imparcialidad requerida entre el funcionario acusado y los representantes del pueblo que son sus acusadores. Considera que es muy dudoso que los integrantes de la Suprema Corte poseyeran siempre la gran dosis de fortaleza necesaria para esta difícil tarea y "más dudas deben abrigarse de que posean el grado de ascendiente y autoridad que racionalmente serán indispensables en ciertas ocasiones para reconciliar al pueblo con una decisión que chocara con la acusación presentada por sus propios representantes".[6] Las argumentaciones anteriores llevan a *El Federalista* a considerar que el Senado es el órgano idóneo para llevar los juicios de responsabilidad política de los funcionarios y sirven para mostrar la pobre opinión que entonces se tenía de la Suprema Corte y de su corto papel en el engranaje del Estado.

•

[6] *Ibidem*, p. 278.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La sentencia de Marbury y su efecto sobre el desenvolvimiento de la teoría del equilibrio de los poderes

Montesquieu dejó una cortina para no considerar, ni ver siquiera, a la jurisdicción como un poder. Como la tarea judicial se trataba de una aplicación automática, mecánica, de la aplicación de la ley, no era lógico considerarla como otro poder de igual jerarquía al Legislativo o al Ejecutivo. La marginación de la actividad de los jueces y su exclusión como un verdadero poder llevó a la autolimitación, es decir, al dogma de la voluntad de las mayorías que propugnaba Rousseau. Dice Aragón que "se pregonaba la limitación, pero no se implementaban suficientemente sus garantías, situación que se perpetuaría por mucho tiempo en el derecho público europeo continental".[1]

No sucedió lo mismo en el continente americano, en donde la idea del poder sometido al control del poder es el elemento central del sistema constitucional estadounidense. Como hemos analizado, la independencia de las trece colonias que formarían la Unión daba cuenta de un gobierno equilibrado. Aragón cita a John Adams, el segundo presidente de Estados Unidos, y sus tribulaciones por las dificultades para conducir al país en momentos de graves tensiones internacionales. El conflicto entre Inglaterra y Francia no fue algo lejano y ajeno a Estados Unidos; por el contrario, fue motivo de conflictos internos. Los

[1] Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 90 y 91.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

federalistas, grupo al que Adams pertenecía, favorecían a Inglaterra, mientras que los republicanos estaban a favor de los intereses de Francia. A pesar de sus argumentos diplomáticos, Adams no pudo evitar el conflicto con Francia y los franceses atacaron barcos estadounidenses en la cúspide del conflicto. Todo esto no impidió que el segundo presidente de Estados Unidos dejara huella sobre sus ideas de la separación de poderes cuando fue uno de los artífices de la Constitución de Massachussets de 1780:

> En el gobierno de esta comunidad el sector Legislativo nunca ejercerá los poderes Ejecutivo y Judicial, o cualquiera de ellos; el Ejecutivo nunca ejercerá los poderes Legislativo o Judicial, o cualquiera de ellos; el Judicial nunca ejercerá los poderes Legislativo y Ejecutivo, o cualquiera de ellos: con el fin de que pueda ser un gobierno de leyes y no de hombres.[2]

Si bien la Constitución de 1787 tomó en consideración el principio de la separación contenido en la Constitución de Massachussets, y si es verdad que existían los pesos y contrapesos, cierto equilibrio entre poderes, el reforzamiento de los controles y de la interconexión se da a partir de la famosa sentencia del juez asociado de la Suprema Corte de Estados Unidos John Marshall en el caso de Marbury contra Madison. Se trata del primer caso emblemático de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en tanto estableció la facultad de la Corte de revisar la constitucionalidad de las leyes expedidas por el Congreso.[3] Marbury crea la doctrina de la "Revisión Judicial" (*Judicial Review*) que es la facultad no conferida expresamente a la Suprema Corte, pero derivada de la sentencia, para decir lo que la Constitución y las leyes significan. A través de la instauración de la revisión judicial, la Suprema Corte ejerce su autoridad para determinar lo que significan los textos constitucionales y legales.

[2] Art. XXX: *In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.*

[3] Marbury *vs.* Madison 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803). Discusión, 11 de febrero de 1803; resolución, 24 de febrero de 1803; votación 5-0.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Antes de la sentencia, tanto Madison como Jefferson, en bandos opuestos, consideraron que efectivamente el Poder Judicial podría interpretar la Constitución y las leyes, pero sin mayor derecho que el que podrían tener también los poderes Ejecutivo o Legislativo. Ambos próceres sostenían la idea de que los tres poderes que integran a los Estados Unidos tenían igual autoridad para interpretar la Constitución y que todos los departamentos tenían lo que Madison denominó como "un derecho concurrente para desentrañar la Constitución".[4] Estas afirmaciones tenían como propósito seguramente no otorgar a la Suprema Corte la tarea de árbitro único de la vida constitucional del país, pues esto supondría, conforme a las ideas en boga, un menoscabo de los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, con los antecedentes del derecho inglés y con precedentes en las decisiones de órganos jurisdiccionales de las colonias se gestó, no la supremacía judicial que temían los políticos, sino la supremacía de la Constitución, bajo reglas que la Suprema Corte iría a construir. En el fondo lo que estaba en juego era la definición de los alcances y límites de la teoría de la separación de poderes y su consecuencia política: los pesos y contrapesos.

Se le ha otorgado a Marbury y a su artífice, el *Chief Justice* John Marshall, el galardón de ser los creadores de la teoría de la supremacía constitucional y del *judicial review*, lo cual es justo, dada la relevancia de la decisión. Particularmente porque se trató de una resolución jurisdiccional sobre un asunto de gran relevancia política. No obstante, existen numerosos ejemplos anteriores a Marbury en que autoridades judiciales revisaron y modificaron actos de autoridades administrativas y legislativas.

En efecto, desde el inicio de la Revolución de Independencia hasta la resolución en Marbury contra Madison, existen registros de al menos veinte resoluciones de los órganos jurisdiccionales estatales que revisaron actos de autoridades. Una vez promulgada la Constitución y antes de Marbury, varios jueces federales también emitieron resoluciones revisando actos de autoridad. Vale la pena mencionar, como antecedente, un caso en particular. Se trata de Ware contra Hylton: en 1777, una ley

[4] Gordon S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic 1789-1815*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 445.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

expedida por el Congreso de Virginia decretó la confiscación de todas las deudas contraídas con súbditos británicos. Independientemente de lo anterior, se produjo una acción por una deuda que tenía antes de la Revolución un americano con un británico. La demanda se sustentó en el Tratado de Paz con Gran Bretaña bajo el cual los acreedores de cualquiera de las partes no tendrían impedimento alguno para recuperar el valor total de las deudas bajo el principio de buena fe guardada.

En una comunicación epistolar a su esposa, el juez Iredell consideró el caso como "la gran causa de Virginia". John Marshall se pronunció curiosamente a favor de la Ley de Virginia y señaló que "la autoridad judicial no tiene derecho a cuestionar la validez de la ley, a menos que tal facultad le sea conferida expresamente por la Constitución". Si la opinión de Marshall hubiera prevalecido en el caso Ware *versus* Hylton, el sistema constitucional de Estados Unidos sería totalmente diferente. Esta es una de las paradojas de la historia judicial: Marshall, el gran coloso jurídico, el diseñador del poder de la Suprema Corte para revisar y modificar las leyes expedidas por el Congreso en Marbury contra Madison, años antes había comprometido una opinión contraria. La decisión de la Corte no aceptó el argumento de Marshall en Ware contra Hylton y estableció que el Tratado de Paz con Gran Bretaña estaría por encima de las disposiciones de una ley estatal en cuanto a las deudas de americanos contraídas con súbditos británicos.

Durante la presidencia de Ellsworth la Suprema Corte padeció tiempos difíciles y prácticamente no sesionó. Samuel Chase, el único juez asociado en la historia de la Suprema Corte de Estados Unidos que sería llevado a juicio político infructuosamente, estaba en Maryland apoyando la campaña de reelección del presidente John Adams, el segundo presidente de Estados Unidos. Ellsworth estuvo en Francia prácticamente todo su último año, además de estar muy enfermo y ser un declarado hipocondriaco. Ellsworth envió su renuncia al presidente Adams en octubre de 1800. William Cushing, juez asociado desde que se había creado la Suprema Corte, estaba seriamente enfermo. Ésas eran las condiciones de la Suprema Corte que heredó Marshall.

El gobierno de Estados Unidos se trasladó al final de 1800 a la nueva capital, en Washington, Distrito de Columbia. La ciudad estaba apenas en construcción y ya se apreciaban los majestuosos edificios

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

del Capitolio y de la Casa Blanca. Las sedes de ambos poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, tenían prácticamente listas sus instalaciones. Nadie pensó entonces que el Poder Judicial debería también disponer de una sede. Esta omisión de dotar a la Suprema Corte de un espacio físico propio se ha interpretado como prueba de que su papel resultaba entonces secundario.[5] No obstante, el arribo de John Marshall (1755-1835) a la presidencia de la Corte al año siguiente marca el despegue de una institución que estaba llamada a tener predominio en la vida jurídica, política y social de Estados Unidos y a ejercer influencia en los sistemas judiciales del mundo.

Es conocido que la facultad de la Suprema Corte de revisar la constitucionalidad de los actos legislativos se debe finalmente al trabajo de John Marshall y a la decisión de Marbury *versus* Madison. Si bien esto es cierto, debe considerarse que el caso Marbury no fue espontáneo. La revisión judicial existía tanto en la tradición colonial heredada de Inglaterra como en la tradición independentista. Lo que modificó las cosas fue el hecho de que las constituciones escritas daban un mejor asidero para precisar las inconsistencias constitucionales de actos legislativos, que los elementos algo insustanciales daban a la llamada "Ley Fundamental" traída de Inglaterra a las colonias. Las constituciones que se reprodujeron en los años revolucionarios de 1776-1777 dejaron de ser preceptos imaginarios sobre los que se habían formulado miles de comentarios, pues ahora se trataba de documentos escritos que estaban a la vista de los jueces para su interpretación. El elemento relevante de tal interpretación es que al producirse las constituciones escritas se consideraba que todas las autoridades estaban facultadas para interpretar las disposiciones, en tanto que estaban obligadas por juramento a cumplir con el texto

[5] La historia arquitectónica del edificio de la Suprema Corte está llena de datos: primero (1790) la Suprema Corte estuvo albergada en un edifico comercial en la ciudad de Nueva York; al año siguiente en Filadelfia, como ocurrencia tardía, en pequeños cuartos. De Filadelfia se mudó a la ciudad de Washington, donde estuvo de manera provisional en el Capitolio, hasta que se construyeron espacios en el sótano. Durante la guerra contra los ingleses en 1812, estos cuartos se incendiaron. En 1860 se trasladaron a un espacio más amplio que les dejó el Senado. En 1925 el presidente Taft inició la campaña para dotar a la Suprema Corte de un edificio propio. La Corte llegó en octubre de 1935 al imponente edificio que ahora ocupa, en medio del conflicto de la judicatura federal con el presidente Roosevelt que veremos adelante.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

constitucional. Con el paso del tiempo se dieron cuenta de que el "Departamento" mejor dotado para hacer la tarea de la interpretación era el judicial. Mucho mejor dotado ahora que se contaba con un texto por escrito. Con el paso del tiempo se perdió la idea de que el Ejecutivo y el Legislativo podían también interpretar la Constitución. El Judicial se convirtió con Marbury en el árbitro de la separación de poderes.

John Marshall es el coloso jurídico de Estados Unidos. Su designación fue fortuita y producto de la casualidad histórica. No fue el candidato inicial del presidente Adams, quien primero propuso a Cushing y a Elssworth, este último ministro en Francia que negó la distinción aduciendo que tendría que hacer el azaroso viaje desde Europa para asumir el cargo. Ante la negativa, Adams propuso entonces a Jay, cuya nominación fue ratificada por el Senado. Sin embargo, a la postre, Jay no aceptó y dejó el camino libre para Marshall. Un pasaje de la historia describe la nominación de Marshall relatada por el propio Marshall:

> Mientras esperaba con el Presidente la carta del Sr. Jay declinando su nombramiento, dijo sentidamente "¿Ahora a quién voy a nombrar?" Le contesté que no podía decirle pues suponía que todavía permanecía la idea de designar al Juez Patterson. Dijo en un tono firme, "No voy a nombrarlo a él." Después de unos minutos de duda, dijo: "Te voy a nombrar a ti." Al día siguiente fui designado.[6]

La nominación de Marshall fue mal recibida por los senadores y la clase política. El candidato natural era Patterson. No obstante a Patterson no le interesaba el cargo y fue quien allanó el camino para la designación al declarar que Marshall era un inmejorable candidato, premonición que la historia acreditaría. La declinación de Patterson abrió para Marshall las puertas de la Suprema Corte y de la historia judicial. El mismo presidente John Adams, ahora tan revalorado, declaró años después del nombramiento de Marshall que el regalo al pueblo de los Estados Unidos de la nominación de Marshall "es el acto del cual me siento más orgulloso en toda mi vida".[7]

[6] André Maurois, *Historia de Inglaterra*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1970, p. 220.
[7] David McCullough, *John Adams*, Nueva York, Simon & Schuster, 2008, p. 27.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La formación académica de Marshall hacía temer que no estaba preparado para la encomienda. Su educación formal consistió en un año bajo la tutoría académica de un clérigo y otro más bajo la tutela de un preceptor que vivía con su familia. Por lo demás su aprendizaje derivó de las enseñanzas de su padre, quien según el propio Marshall había tenido una educación académica muy limitada. No obstante, su padre lo introdujo en la ciencia matemática, propició su adhesión a la literatura inglesa y lo acercó a los famosos *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra* (1765) de Blackstone. Sin embargo Marshall disponía de una inteligencia privilegiada y de un instinto jurídico con el que lo dotó la naturaleza, que no siempre se adquiere en los libros de texto.

Sus estudios de derecho fueron igualmente limitados y rudimentarios, pues su duración fue de sólo tres meses. En el invierno de 1779-1780, al dejar el ejército, tomó un curso de derecho y otro de filosofía natural. Tenía una capacidad innata para entender la Constitución y para traducir y aplicar el marco constitucional en los casos concretos que le correspondió conocer durante su fructífera carrera judicial.

Al final de su mandato el presidente John Adams, con base en una ley judicial recientemente expedida, se dio a la tarea de designar un número importante de jueces, simpatizantes de las ideas de los federalistas. Esto enfureció a los partidarios de Jefferson, que vieron con preocupación que el Poder Judicial federal se integraría por adversarios políticos. Entre ellos, Adams designó a William Marbury como juez de Paz en el Distrito de Columbia, rico terrateniente, banquero y miembro de una prominente familia de Maryland. Marbury nunca imaginó lo importante que su designación resultaría para la definición del papel de la Suprema Corte en el sistema político de Estados Unidos. Jamás pensó que su apellido fuera a ser citado por todos los que incursionaran en el derecho constitucional en el mundo entero.

La designación de Marbury ocurrió cuando el presidente federalista John Adams, considerado como Padre de la Patria, dejaba el cargo que ocuparía el republicano Thomas Jefferson. El Senado confirmó las designaciones presidenciales, incluida la de Marbury. El presidente saliente (Adams) firmó las comisiones de los cargos. Correspondía solamente al secretario de Estado John Marshall, quien ya había sido designado por Adams y había jurado el cargo como *Chief Justice*, cumplir con una for-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

malidad: estampar el Gran Sello de Estados Unidos en los nombramientos y hacerlos públicos. Debido a la premura de las últimas horas en el cargo, Marshall no hizo la remisión de los nombramientos de los jueces de paz, y Jefferson, el presidente recién llegado al cargo, ordenó a James Madison, el nuevo secretario de Estado, detener los nombramientos. Es de recordar que el *Chief Justice* Marshall tomó el juramento presidencial a Jefferson ante la Biblia, como lo prevé la Constitución.

Marbury llevó el asunto a la atención de la Suprema Corte, interponiendo un recurso para que la Corte extendiera un mandamiento a Madison, a fin de que cumpliera con su tarea de expedir el nombramiento. Marbury propició que la Suprema Corte interviniera con fundamento en la Ley Judicial de 1789. La Corte tenía frente a sí dos alternativas igualmente importantes: asumir que no tenía el poder de ordenar el cumplimiento de una acción a la rama ejecutiva y sobreseer el asunto, o bien ordenar a Madison que cumpliera la encomienda, *id est*, expedir los nombramientos. En el primer supuesto, si la Corte no hubiera atendido la petición de Marbury, hubiera abdicado a su facultad sobre el Ejecutivo otorgada por la Constitución. La segunda opción también resultaba complicada, pues podía hacer evidente que la Suprema Corte, así emitiera una orden al secretario de Estado Madison, no tenía el poder para hacer cumplir su resolución.

Ante la disyuntiva, Marshall tomó la determinación de un tercer camino que abriría las puertas del constitucionalismo moderno. Estableció que la Sección 13 de la Ley Judicial, en la que se había basado Marbury para formular su solicitud, era inconstitucional con base en que la jurisdicción original conferida a la Suprema Corte por la Constitución era de carácter exclusivo y no podía ser ampliada o reglamentada por leyes del Congreso. La Corte desestimó la petición de Marbury no porque el Ejecutivo estuviera por encima de la ley, sino porque la Suprema Corte no estaba investida de las facultades para expedir la orden. Para llegar a esta conclusión y establecer que la ley del Congreso era inválida, la Corte aseveró que tenía el poder para revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso.

La Suprema Corte de Marshall no pudo encontrar mejor asunto para su declaración, pues no falló a favor de Marbury, y de esa manera despolitizó el asunto al no entrar en conflicto con la administración de

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Jefferson. Más allá del caso concreto, la Corte confirmó con su decisión que disponía del poder más amplio que en derecho puede tenerse, como es el de revisar las leyes.

La causa Marbury resultó para los jueces de la Suprema Corte la amenaza de entrar en la maleza política. Los ánimos partidistas estaban tan exacerbados entre los federalistas, que habían dejado el poder aunque muchos permanecían en los tribunales, y los republicanos, que habían asumido recientemente los cargos ejecutivos y deseaban nulificar las facultades de la Suprema Corte. Si Marshall tenía aparentemente dos opciones, ordenar al Ejecutivo que formalizara los nombramientos o no hacerlo, el presidente Jefferson tenía teóricamente la posibilidad de ordenar a Madison que desatendiera la eventual orden de la Corte, o bien, actuar políticamente con sus aliados en el Congreso para limitar las facultades de la Suprema Corte.

Jefferson era un demócrata convencido de las bondades de escuchar la voz del pueblo. Tenía una pésima opinión del Poder Judicial, como lo plantea esta afirmación: "Lo que más temo es el Poder Judicial federal… ¿Cómo podría llamarse republicano un gobierno en el que una amplia parte de poder supremo es independiente de la nación?"[8]

Marshall fue más al fondo del asunto. La protección de los derechos políticos corresponde a las otras dos ramas del poder (Ejecutivo y Legislativo). Solamente que la autoridad de la Corte deriva de la fuente de la soberanía popular, pero el ejercicio de sus facultades únicamente se puede ejercer al resolver las controversias que se refieren a los derechos fundamentales y no a los políticos. Debido a la revisión judicial los jueces no podían imponer una ley inconstitucional, como resultó ser la Sección 13 de la Ley Judicial de 1789, que entró en conflicto con el artículo III de la Constitución. Sin embargo, las implicaciones del fallo fueron más allá de lo planteado en el asunto. El poder de la Suprema Corte es el poder de la Constitución, por lo que las leyes, federales o estatales, que la contravengan serán declaradas nulas por ser inconstitucionales.

La paradoja de la resolución es que al limitar el poder de la Corte, al impedir que emitiera la orden al Ejecutivo, Marshall aumentó dicho poder al fijar que la Suprema Corte estaba facultada para decir el

[8] André Maurois, *op. cit.*, p. 220.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

significado de la Constitución. Marbury se quedó sin su nombramiento, pero su nombre estaría ligado centenariamente al desarrollo de la teoría constitucional de Estados Unidos. A partir de Marbury se crea el modelo doctrinal de control de constitucionalidad, conocida como *Judicial Review*. Es el poder-deber de controlar las leyes para que se apliquen respetando los preceptos constitucionales. Además, los razonamientos planteados por Marshall en Marbury no han sido modificados desde entonces y ningún juez asociado en miles y miles de casos jamás ha tenido la tentación de hacerlo.

La decisión de Marbury debida a los esfuerzos de Marshall otorgó a la Suprema Corte el estatus constitucional de ser efectivamente una de las tres ramas de la división de poderes. Marbury confirió a la Suprema Corte la facultad, y también la responsabilidad, de definir la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso cuando se les pide a los jueces que las apliquen. De igual manera, gracias a Marbury, la Suprema Corte tiene a su cargo la interpretación de la Constitución cuando se encuentre en conflicto con actos de las legislaturas estatales, de los jueces estatales o de los funcionarios de la rama ejecutiva. Marshall logró unificar a la Corte y a partir de Marbury sus decisiones, mientras el *Chief Justice* la presidió, resultaban únicas y unánimes. Con Marshall, los miembros de la Corte, según explica Sandra Day O'Connor, dejaron de participar en actividades políticas partidistas. La Corte estuvo, como siempre sucede con los órganos jurisdiccionales cuando emiten sus resoluciones, sujeta a críticas derivadas de diferencias sobre principios legales fundamentales más que sobre el comportamiento personal de los jueces.[9]

•

[9] Sandra Day O'Connor, *The Majesty of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Nueva York, Random House, 2004, p. 72.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La separación de poderes en los textos constitucionales previos a 1917

La Declaración de Derechos de 1789, expedida en Francia dos años después de la Constitución estadounidense, consignó expresamente el principio de la división de poderes: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos del hombre no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes carece de constitución". Por otra parte, es conocida la influencia del pensamiento francés, específicamente la que tuvieron los enciclopedistas en el movimiento de los próceres mexicanos que impulsaron la independencia y sentaron las bases para la creación del Estado mexicano.

La primera referencia sobre este principio se encuentra en la Constitución de Cádiz, pues este texto jugó un papel crucial en la vida política del país que estaba por nacer al momento de su expedición (1812). Además, para su elaboración, el texto gaditano contó con la participación de las diputaciones provinciales que acudieron a los debates, en donde se escuchó la voz y las ideas de ideólogos mexicanos, como los diputados novohispanos José Miguel Guridi y Alcocer, Miguel Ramos Arizpe y Beyer de Cisneros, entre otros.[1] Se ha dicho que tanto la Constitución de Cádiz como la Constitución de Estados Unidos influyeron en el movimiento constitucionalista del país. Se ha debatido mucho sobre cuál de

[1] *Cfr.* José Luis Soberanes Fernández, *Historia del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1995.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

las dos fue preponderante. La Constitución de Cádiz fue el resultado del triunfo de la Ilustración española frente a las tendencias conservadoras de la presencia de la Inquisición.

Es claro que el texto gaditano por sí mismo no fue el único motor de las ideas libertarias. En España se había dado la invasión napoleónica, que derivaría en la abdicación de Carlos IV, seguida de la de su hijo Fernando VII. La exaltación al trono de José Bonaparte con el apoyo de las fuerzas comandadas por su hermano menor, el emperador Napoleón, motivaron insurrecciones en España, pero también en la Nueva España, la que proclamaba la vuelta al trono de Fernando VII. Al expedirse la Constitución liberal de Cádiz se introdujo en el país la teoría de la separación de poderes, tal y como lo consigna expresamente esa Constitución. De modo que, como lo plantea el maestro Felipe Tena Ramírez, la Constitución Política de la Monarquía Española rigió "durante el periodo de los movimientos preparatorios de la emancipación, así haya sido parcial y temporalmente, sino también por la influencia que ejerció en varios de nuestros instrumentos constitucionales, no menos que por la importancia que se le reconoció en la etapa transitoria que precedió a la organización constitucional del nuevo Estado".[2]

La Constitución gaditana recibió la influencia francesa en cuanto a la *quasi* separación de poderes, de tal manera que estableció que la potestad de hacer las leyes corresponde a las Cortes *con* el rey (artículo 15), la de ejecutar las leyes reside en el rey (artículo 16) y la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley (artículo 17).[3]

Años después, la Constitución de Apatzingán, la primera Constitución mexicana, adoptó este principio y en particular el que ya había enunciado Morelos en sus *Sentimientos de la Nación* al señalar que los tres poderes no debían ejercerse por una sola persona ni por una sola corporación. Esta Constitución —a la que se le ha negado su mérito, en tanto existe la creencia de que no estuvo vigente— constituye el primer proyecto político del movimiento insurgente. La idea de su no vigencia

[2] Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México, 1808-1967*, México, Porrúa, 1967, p. 59.

[3] Constitución Política de la Monarquía Española.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

es discutible, pues según José Gamas Torruco, en su obra monumental sobre la Constitución mexicana, estuvo vigente sólo en el territorio controlado por Morelos, que no era poco en ese momento. Para Gamas la Constitución de Apatzingán es el "primer ejercicio de soberanía popular en México y descubre la fibra auténticamente nacional".[4] En la Constitución de Apatzingán ya no había lugar para el rey y se dio un divorcio respecto a la Constitución de Cádiz. La Constitución, junto con el estandarte enarbolado por Miguel Hidalgo y Costilla, con la imagen de la Virgen de Guadalupe, serían las banderas del movimiento independentista.

En la segunda parte del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, en el título II referido como "Forma de gobierno", se establecen las atribuciones de la soberanía, definida como "la facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad", tres son las facultades de esta cualidad: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas en los casos particulares.[5] El Decreto estipulaba que los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, "no deben ejercerse ni por una sola persona ni por una sola corporación". En el capítulo relativo a las supremas autoridades se establece que el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo es el Supremo Congreso Mexicano y que se crearían dos corporaciones: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.[6]

Si bien es notoria la influencia de Montesquieu en los constituyentes de Apatzingán, no todos los poderes son iguales, ni todos representan la soberanía nacional. Ésta reside originariamente en el pueblo y su ejercicio en la representación nacional, que la tienen los diputados elegidos por los ciudadanos. De manera que solamente el Supremo Congreso Mexicano representa a la soberanía. La jerarquía entre los tres poderes salta a la vista: el Supremo Congreso es el único electo popularmente. La asamblea, una vez constituida, después de elecciones en que cada provincia, siguiendo el sistema de Cádiz, elige a sus diputados de forma indirecta en tres grados, nombraría a los titulares

[4] Ulises Flores Sánchez, *De la Constitución de Apatzingán de 1814*, México, Porrúa, 2014, p. XX.
[5] *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, artículos 2 y 3.
[6] *Ibidem*, artículo 44.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

de los poderes Ejecutivo y Judicial, a los embajadores y a los representantes diplomáticos. El Supremo Gobierno designaría, asimismo, a los oficiales del ejército y a los empleados de la administración. En el caso de los militares de mayor rango el gobierno entregaría una terna a los diputados del Congreso, para que hicieran el nombramiento.

Adicionalmente, habría que recordar que la Constitución de Apatzingán señalaba que el Supremo Gobierno se integraría por tres individuos, iguales en autoridad y facultades que ejercerían el poder por cuatrimestres. Es de resaltar, como lo advierte Diego Valadés en cuanto a esta visión equilibradora, que "la visión del poder en el caso de Morelos fue por lo menos anticipatoria de los grandes procesos sociales que habrían de vivirse a lo largo del siglo XIX y en los inicios del XX".[7]

El Congreso también tenía injerencia en cuestiones jurisdiccionales, pues el poder judicial no estaba autorizado para interpretar o derogar la legislación, que era facultad del Legislativo. Además el Congreso resolvería "las dudas de hecho y de derecho que se ofrezcan en orden a las facultades de las supremas corporaciones".[8] La solución que se pensó para el diseño constitucional del Poder Ejecutivo fue un órgano colegiado, integrado por tres personas "iguales en autoridad", a los que no se les permitiría reelegirse y durarían en el cargo tres años. Las facultades del Ejecutivo estaban bastante acotadas y no tenían nada que ver con las facultades conferidas al monarca en la Constitución de Cádiz. Es evidente el propósito de los constituyentes de Apatzingán por limitar al Poder Ejecutivo. Sus facultades estaban acotadas a la política exterior y la defensa nacional. No podía nombrar libremente a sus colaboradores, a los secretarios del despacho, ni a los militares de alta graduación como los generales de división.[9]

Una vez que el movimiento independentista cobró fuerza y se alcanzó la liberación respecto de la Corona española, se produjo un documento vertebral del constitucionalismo mexicano: el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, el antecedente que fijó el sistema

[7] Diego Valadés, *El control del poder*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1988, p. 151.
[8] *Decreto Constitucional*, *op. cit.*, artículo 107.
[9] *Cfr.* Catherine Andrews, "Un proyecto alternativo de gobierno", en *Letras Libres*, México, diciembre de 2015, pp. 16-18.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

federal en México. El Acta de la Federación es un documento muy importante al que se le ha regateado el valor que tuvo no solamente como impulsor de la Constitución federal de 1824, sino por ser parte integrante de dicho texto supremo.[10]

El Acta estableció además del federalismo la solución republicana. Instauró los tres poderes clásicos. El Poder Supremo de la Federación, señala el Acta, se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Dispuso además que no podrían reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo.[11] El Acta Constitutiva consignó que: "El Poder Legislativo de la Federación se compone de una cámara de diputados y de un senado y juntos integran el Congreso General". "El Supremo Poder Ejecutivo se depositará por la Constitución —adelanta el Acta— en el individuo o individuos que ésta señale. Serán residentes y naturales de cualquiera de los estados o territorios de la Federación." Esta disposición está determinada por el hecho de que en el momento de su expedición un triunvirato ocupaba el Poder Ejecutivo federal en el país. La Constitución de 1824 estableció que el Ejecutivo federal se ejercería unipersonalmente.

En cuanto a la composición del Poder Legislativo de cada estado, el Acta señala, al igual que en la Constitución de 1824: "residirá en un Congreso compuesto del número de individuos que determinarán sus constituciones particulares, electos popularmente y amovibles en el tiempo y modo que ellas dispongan".[12] En cuanto al Poder Judicial, el Acta estableció que su ejercicio se deposita en "una corte suprema de justicia y en los tribunales que se establecerán en cada estado".[13]

Al respecto de las reglas para los estados que habrían de integrar la Federación, el Acta indica, como lo hizo para el poder federal, que el gobierno de cada estado se dividiera para su ejercicio en los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y nunca pudieran reunirse dos

[10] Una discusión más elaborada en Mario Melgar Adalid, "Estudio comparativo del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución de 1824", en *Obra Jurídica Mexicana*, México, Procuraduría General de la República, Gobierno del Estado de Guerrero, 1988, pp. 4651-4713.

[11] Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, artículo 9o.

[12] *Ibidem*, artículo 21 y Constitución de 1824, artículo 158.

[13] *Ibidem*, artículo 18.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

o más de ellos en una corporación o persona, ni el Legislativo depositarse en un individuo.[14] Para los poderes legislativos de los estados, el Acta dejó la composición de los congresos estatales, depositarios del Poder Legislativo, al número de individuos que determinasen sus propias constituciones particulares, electos popularmente y amovibles en el tiempo y modo que cada legislatura disponga.[15]

En cuanto a los poderes ejecutivos de los estados, el Acta apuntó que igualmente correspondería a las constituciones estatales fijar el tiempo que se les confiara tal responsabilidad.[16] En lo relativo a los poderes judiciales locales, el Acta remitía a las constituciones locales, las que establecieran los tribunales que ejercieran el Poder Judicial.[17]

De la revisión de los preceptos del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana puede apuntarse que se trata del primer instrumento jurídico que produjo el Congreso Constituyente. Tiene el mismo nivel jerárquico que la Constitución, pues aunque expedida en momentos distintos, forma parte del texto supremo. Como escribí hace algunos años (1988):

> Contiene principios y decisiones políticas fundamentales: forma de gobierno, división de poderes, otorgamiento de la soberanía de la Nación, reglas para la constitución de los gobiernos estatales, reglas para las relaciones entre éstos y el gobierno federal. Además la propia Constitución reconocerá ese carácter (parte de la Constitución) al establecer en su artículo 171, que los artículos del Acta y la propia Constitución que se refieran a la libertad e independencia, religión, forma de gobierno, libertad de prensa y división de poderes, no podrían jamás modificarse.[18]

•

[14] *Ibidem*, artículo 20.
[15] *Ibidem*, artículo 21.
[16] *Ibidem*, artículo 22.
[17] *Ibidem*, artículo 23.
[18] Mario Melgar Adalid, "Estudio comparativo del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución de 1824", *op. cit.*, pp. 4690 y 4691.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Las constituciones de 1824 y de 1857

La Constitución de 1824 fue el resultado de los trabajos de los congresos primero —restaurado—, convocante, y segundo, que fue propiamente el Constituyente. Tuvo como sustento los principios que se habían adelantado en el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. La declaración más sonora del Acta fue sin duda la de adoptar el sistema federal. En la doctrina se debate sobre la influencia de la Constitución de Estados Unidos en la adopción del sistema federal mexicano. En el segundo Congreso Constituyente, que tuvo entre sus acuerdos expedir el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, se enfrentaron dos grupos: los federalistas, encabezados por Lorenzo de Zavala, Valentín Gómez Farías, Juan Bautista Morales, Crescencio Rejón y Miguel Ramos Arizpe, y los centralistas, conformados por Fray Servando Teresa de Mier y Carlos María de Bustamante. La idea federal quedó manifiesta en el texto del Acta de tal manera que la influencia de la Constitución estadounidense de 1787 es innegable. Lo anterior no significa, como se ha repetido, que no se hubieran dado otras influencias. El papel de la Constitución de Cádiz fue importante en temas como soberanía de la nación, religión, protección de los derechos fundamentales, derecho a publicar ideas, libertad de imprenta, nombramiento y remoción de los secretarios del despacho, retiro y pensiones militares, y auxilio que debe brindar el gobierno a la administración de

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

justicia. Sin embargo, en cuanto a la separación de poderes es clara la influencia de la Constitución de Estados Unidos.

La influencia de esa Constitución en el texto de 1824 y que se trasladaría a los textos de 1857 y 1917, es evidente. Particularmente en las decisiones fundamentales, tales como la forma de gobierno: republicana representativa y federal; la división de poderes en los estados; los gobiernos de estados independientes, libres y soberanos; las constituciones locales que deciden la integración de los congresos locales; los poderes judiciales conforme a constituciones estatales; la prohibición a los estados de contratar con potencias extranjeras, admitir nuevos estados, comerciar con naciones extranjeras, la declaración de guerra, la aprobación de tratados de paz, disponer de las milicias y las patentes de corso.[1]

La Constitución de 1824 adoptó el principio de la división de poderes que toma de la Constitución de Estados Unidos. El precepto señala: "Se divide al supremo poder de la federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial".[2] Para ratificar otro principio de la separación de poderes, la Constitución prohíbe que el presidente y el vicepresidente de la república, los secretarios del despacho y los oficiales, los individuos de la Suprema Corte, los gobernadores, entre otros funcionarios, puedan desempeñarse como diputados.[3] Esta misma regla opera para los senadores.[4] El texto constitucional hace una enumeración de las características y facultades de los tres poderes en que se advierte la preponderancia del Poder Legislativo. Este poder está depositado en un congreso general conformado por dos cámaras: la de diputados, a la que se le refiere como "Cámara de Representantes" y la de senadores. Entre las facultades del Congreso se percibe esta prerrogativa al menos en la atribución de convertirse en gran jurado para conocer las acusaciones contra el presidente de la federación,

[1] Mario Melgar Adalid, "Estudio comparativo del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución de 1824", en *Obra Jurídica Mexicana*, México, Procuraduría General de la República/Gobierno del estado de Guerrero, 1988, pp. 4700-4704.

[2] Constitución federal de 1824, artículo 6o.

[3] *Ibid.*, artículo 23, fracciones II, III, IV, VI.

[4] *Ibid.*, artículo 29: "No pueden ser senadores los que no pueden ser diputados".

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

por delitos de traición contra la independencia nacional y por cohecho o soborno cometido durante el tiempo de su empleo. Igualmente en cuanto a acusaciones de los individuos de la Suprema Corte por delitos cometidos durante el tiempo de sus cargos y de los gobernadores de los estados por infracciones a la constitución federal.[5]

En cuanto a los estados de la Federación respecto al principio de la separación de poderes, la Constitución de 1824 fue contundente al consignar que el gobierno de cada uno de ellos se dividiría para su ejercicio en los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y nunca podrán unirse dos o más en una corporación o persona, ni el Legislativo depositarse en un solo individuo.[6]

Una fue la constitución publicada el 5 de octubre de 1824 y otro el derrotero que tuvo la vida política del país en la primera década de vida constitucional. El predominio del Poder Legislativo hizo nugatorio el intento de encontrar un equilibrio de poderes y evitar el predominio de uno sobre los demás. El Poder Ejecutivo, ante el avasallamiento de los legisladores, optó por incursionar en una vía alejada de los preceptos contenidos en la Constitución. En esa primera década hubo 18 sustituciones presidenciales. No hay que olvidar la presencia de Antonio López de Santa Anna y también sus repetidas ausencias. Por ello, tal vez en 1836 se decidió por un cuarto poder que pudiera ser el equilibrio entre los tres poderes clásicos. El Supremo Poder Conservador tenía, como lo plantea David Pantoja, el objetivo de crear el anhelado equilibrio entre los poderes y evitar la preeminencia de uno respecto del otro. El Supremo Poder Conservador tenía un carácter regulador y su deber y función moral era arbitrar el mal de las instituciones políticas. Debía ser obedecido y sus decisiones respetadas como "oráculo social". Sería garante de la Constitución y de la armonía entre los poderes.[7] Estaba integrado por cinco individuos que se renovarían uno cada dos años, podía declarar la nulidad de las leyes o decretos contrarios a la Constitución, ejerciendo un verdadero control de la constitucionalidad; podía

[5] *Ibid.*, artículo 38, fracciones I, II y IV.
[6] *Ibid.*, artículo 157.
[7] David Pantoja Morán, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, 2005, pp. 255, 256.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

suspender a cualquiera de los poderes: Ejecutivo, hasta por incapacidad física o moral, al Poder Legislativo por convenir al interés público, y al Judicial cuando desconociera a algunos de los otros poderes o tratara de trastornar el orden público. El principio de la división de poderes había encontrado un lugar en los expedientes del archivo político nacional.

La Constitución liberal de 1857 tuvo su origen en la convocatoria del Congreso Constituyente que hizo el Plan de Ayutla, cuyo propósito político era desconocer el gobierno de Antonio López de Santa Anna. Al triunfo de la revolución se pusieron en marcha las ideas liberales a través de diferentes leyes que abolieron fueros eclesiásticos y militares. El Congreso reunió a una pléyade de hombres nunca antes integrada. Los mejores políticos e ideólogos constituyeron las tres fracciones en que se dividió el Constituyente: los liberales puros, los liberales moderados y, la minoría, los conservadores. Entre los primeros se debe mencionar a Francisco Zarco, Ponciano Arriaga, Valentín Gómez Farías, Guillermo Prieto, José María Mata, Melchor Ocampo, Ignacio Ramírez, José María Castillo Velasco; entre los liberales moderados a Prisciliano Díaz González, Antonio Aguado y Juan B. Barragán. Gamas Torruco destaca que, entre los conservadores, Mariano Arizcorreta obró "con amplio criterio, lejos de la cerrazón o el fanatismo". También se reputan como conservadores Marcelino Castañeda y Pedro de Ampudia, pero lo evidente es que el Partido Conservador había perdido esa batalla; prácticamente no estuvo presente en las deliberaciones de 1857.[8]

En los debates del Constituyente de 1857 quedó claro el conocimiento que algunos de sus integrantes tenían del sistema constitucional estadounidense, particularmente Mata y Arriaga. Algunos otros tenían una idea profunda de la historia y las leyes constitucionales francesas y de las teorías políticas de aquel momento. Así lo plantea Emilio Rabasa, el insigne chiapaneco: "Hemos recogido de las discusiones, la bibliografía del Constituyente: Arriaga cita a Jefferson, a Story, a Tocqueville; pero otros citan a Voltaire, Rousseau, Bentham, Locke, Montesquieu, Montalambert, Benjamin Constant y Lamartine. Eso

[8] José Gamas Torruco, *Derecho constitucional mexicano,* México, Porrúa, 2001, p. 456.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

era producto de la época y resultado de la educación nacional. Anotamos el hecho sin intención de censura".[9]

La Constitución de 1857 confirma la separación de poderes y los divide en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Legislativo se depositó en una sola cámara pues se prescindió de la Cámara de Senadores, que había de restaurarse años adelante; el Ejecutivo, en el presidente de la República electo popularmente y, en un afán democratizador no suficientemente meditado, el Poder Judicial de la Federación, encabezado por la Suprema Corte de Justicia y cuyos miembros serían elegidos popularmente. Debe mencionarse que al Poder Judicial federal se le atribuye la jurisdicción constitucional y se instauró el juicio de amparo a nivel constitucional, seguido siempre a instancia de parte agraviada en la violación de sus derechos fundamentales. La fórmula preventiva está presente en la Constitución liberal: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo".[10]

No obstante la declaración constitucional, el Poder Ejecutivo estaba sujeto al Poder Legislativo. Al suprimirse el Senado, el Congreso presentaba una sola cara y mostraba la unidad del órgano frente al Ejecutivo. En términos de las facultades conferidas al Congreso, éste podía expedir todas las leyes que fueran necesarias para hacer efectivas sus facultades y las otras concedidas a los Poderes de la Unión. Podía emitir leyes sobre facultades del presidente. Así, suprimió el veto, que es una facultad central como instrumento del equilibro entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Al perder esta facultad el presidente quedaba indefenso ante el Congreso. Esta circunstancia abonó el terreno para que Comonfort, Juárez, Lerdo de Tejada y Díaz hicieran a un lado el texto constitucional a la hora de gobernar, con lo que se instauraría la dictadura, particularmente en la última fase del gobierno de Porfirio Díaz.

Emilio Rabasa, el autor de múltiples obras de derecho, y de tesis que aún perduran, señaló en el más conocido de sus libros que

[9] Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1982, p. 63.
[10] Constitución Política de la República Mexicana, 1857, artículo 50.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

el Constituyente de 1857 cometió un error al modificar el sistema bicameral instaurado en 1824. Adicionalmente otra muestra del desequilibrio entre los poderes fue la politización del papel de la Suprema Corte de Justicia al establecer que el presidente de la Corte sería el sustituto legal en caso de ausencia del titular del Ejecutivo.[11]

Como lo comprobaría la historia, este dislate generó numerosos episodios de desestabilización del sistema.[12]

•

[11] Emilio Rabasa, *op. cit.*, p. 69.

[12] Artículo 79 de la Constitución de 1857: "En las faltas temporales del presidente de la República, y en la absoluta, mientras se presenta el nuevamente electo, entrará a ejercer el poder, el presidente de la Suprema Corte de Justicia".

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La Constitución de 1917, la separación de poderes y el artículo 49

Conforme al maestro Felipe Tena Ramírez, jurídicamente una revolución es la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado. Consecuentemente, en esta connotación no se incluyen rebeliones, asonadas, motines o cuartelazos que tienen un motivo personal pero no pretenden modificar el régimen jurídico existente.[1]

La Revolución Mexicana habría de desembocar en una Convención Constituyente a instancia del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, para modificar los fundamentos constitucionales de un Estado en el que se había roto, entre otros principios, el de la separación de poderes. Si bien formalmente se sustentó en el propósito de reformar la Constitución de 1857, respetando algunas de las decisiones políticas fundamentales en ella contenidas, lo cierto es que la nueva Constitución habría de instaurar un nuevo orden jurídico.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos surgió de un movimiento revolucionario. La lucha inicial para derrocar al régimen dictatorial de Porfirio Díaz desembocó en una Convención Constituyente reunida en Querétaro a la instancia política del Jefe de

[1] Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 32a. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 65 y 66.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

la Revolución Constitucionalista, quien preparó el proyecto de constitución para la discusión.

La Constitución de Querétaro es un proyecto que tomó como bandera la restauración del orden constitucional que había sido abandonado por la dictadura porfirista y había derivado en la Revolución Constitucionalista de 1913, modificando violentamente el orden político anterior. Derivado del movimiento revolucionario de 1910, que canceló la dictadura de Porfirio Díaz, las distintas facciones revolucionarias, una vez triunfante la Revolución Constitucionalista, se dieron cita, en 1916, en la ciudad de Querétaro para conformar el Congreso Constituyente que habría de producir el texto constitucional que rige desde 1917.

Los trabajos constitucionales tuvieron como carta de navegación el proyecto de constitución preparado por Venustiano Carranza. Las condiciones en que se discutió y aprobó la Constitución de 1917 eran particularmente difíciles en algunos aspectos internos, no tanto así en el contexto internacional, donde los países europeos y Estados Unidos tenían enfrente el conflicto de los problemas bélicos derivados de la Primera Guerra Mundial, los cuales quitaron presión al acontecer revolucionario. En el norte del país la expedición del general John J. Pershing, al mando de tropas federales estadounidenses, perseguía a Francisco Villa, y en el sur de México seguía activo el revolucionario Emiliano Zapata. En medio de estas condiciones internas algo complicadas ocurrieron las deliberaciones constitucionales.

No obstante, en el mundo se llevaba a cabo una sangrienta lucha con motivo de la Primera Guerra Mundial. Este momento resultó favorable para el país, pues dictó normas constitucionales que afirmaron la soberanía nacional y limitarían la actividad económica de numerosas empresas extranjeras, particularmente en el ramo del petróleo. Las prioridades de algunos de los países combatientes como Inglaterra, Estados Unidos y Francia al menos evitaron una intervención dislocadora de los intentos revolucionarios del país.

La nueva Constitución tomó de su antecesora de 1857 buena parte de su texto, particularmente en cuanto a los derechos y garantías que consagra, pero modificó sustancialmente la composición del poder al otorgar al presidente facultades no contenidas en las constituciones

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

anteriores y adelantando la configuración de un régimen predominantemente presidencialista. Adicionalmente incorporó un catálogo de garantías sociales que la distinguieron como la primera constitución con contenido social en el mundo. En este sentido, al contrario de la Constitución de 1857, la separación de poderes se dio como postulado teórico, solamente que el Poder Ejecutivo sería ahora preponderante. Una de las características más notables de la Constitución mexicana de 1917 es que incorporó las ideas sociales y democráticas que nutrieron el movimiento armado de 1910.

El texto de Querétaro representa la primera constitución social del mundo, pues contiene disposiciones a favor del trabajo, la libre sindicación de los obreros, un régimen agrario de avanzada ideológica; garantizaba el dominio de la nación sobre los recursos naturales, particularmente el petróleo, entre otros avances populares y democráticos. Uno muy notable es el relativo al papel que tiene la educación en una sociedad democrática. Por ejemplo, el texto de la Constitución de Estados Unidos de 1787 no hace referencia a la educación o a las normas que deben regir el trabajo, como sí lo hace la Constitución mexicana de 1917, en los artículos 3o. y 123.

En cuanto al petróleo, este importante recurso había cobrado significación económica, estratégica en el mundo al haberse dado la conversión de los navíos, que en lugar de verse impulsados por la combustión del carbón empezaron a utilizar petróleo. El artículo 27 constitucional devolvió al Estado los derechos del subsuelo y de facto canceló las concesiones otorgadas anteriormente. El efecto global que estas medidas tuvieron en el mundo puso al discurso constitucional mexicano en lugar destacado y a la vanguardia del debate internacional. La conflagración mundial impidió la obstrucción de estas medidas.

Los constituyentes reunidos en Querétaro sesionaron dos meses, aunque hubo reuniones preliminares muy largas para la aprobación de credenciales que iniciaron el 20 de noviembre de 1916. Los constituyentes mexicanos asumieron el compromiso de tener la Constitución completa el 31 de enero de 1917, fecha fijada en la convocatoria. La Constitución se promulgó el 5 de febrero de 1917. En Estados Unidos los delegados fueron designados por las legislaturas estatales y en México fueron elegidos directamente por el pueblo. No había propiamente

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

reglas electorales, no había partidos políticos constituidos, ni nacionales; ni locales, por lo que los candidatos fueron presentados por los grupos políticos o se postularon como independientes. Se eligieron 216 representantes de otros tantos distritos electorales. Todos los estados, con excepción de Campeche y Quintana Roo, tuvieron representante. En las sesiones en Querétaro votaban individualmente mientras que en Filadelfia, por hacer una comparación, lo hicieron por estados. En México de 216 diputados constituyentes electos acudieron solamente 193, pero se permitían suplentes, que acudieron en número elevado.

Se llevó un registro o Diario de los Debates que es la fuente primaria para conocer el sentido de las deliberaciones de manera textual. Además el público estuvo enterado de las deliberaciones de los diputados constituyentes a través del periódico *El Universal,* fundado por Félix F. Palavicini, constituyente por el Distrito Federal, que difundió los debates al público lector.

La presencia de Montesquieu en la Constitución de 1917 está reflejada en el artículo 49 constitucional que reprodujo textualmente lo que ya había señalado la Constitución liberal de 1857. El texto es idéntico, con un agregado sobre la salvedad que ocurre con la suspensión de las garantías individuales. Esta disposición, que consagra la división y separación de poderes, ha sido invocada en las ocasiones en que algún particular o algún órgano del Estado considera que ha sido violado el principio que establece. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, producida en cien años de vida de la disposición, se ha ocupado recurrentemente de precisar los alcances constitucionales del principio, que es una decisión política fundamental contenida en el texto supremo.

Durante su centenaria vida, este precepto ha sido modificado en dos ocasiones sin que la reforma haya ocasionado mayor debate o controversia jurisdiccional o académica en la primera de las reformas y sí, por el contrario, reservas en cuanto a la segunda reforma, como se verá adelante.

En la Constitución de 1917 se siguió la tradición de las democracias occidentales de dividir el poder del Estado en tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en una doble vía: división de poderes en la estructura federal y división de poderes en las estructuras de las entidades

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

federativas, incluida la última creada por el Constituyente Permanente en 2015: la Ciudad de México.

Aun cuando la Constitución no lo establece expresamente, los municipios del país han adoptado una división de poderes en términos de las leyes orgánicas municipales al asignar la función del Ejecutivo al presidente municipal o alcalde, la legislativa a los cuerpos colegiados que integran los cabildos y la administración de la justicia municipal a los jueces de paz o barandilla. Algunos organismos descentralizados mayores que gozan de autonomía constitucional, como es el caso de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), se han dado a sí mismos organizaciones tripartitas del poder. En este sentido el rector de la UNAM encarnaría al Poder Ejecutivo universitario; el Consejo Universitario y las Comisiones establecidas por la legislación universitaria, el Poder Legislativo, y el Tribunal Universitario, el Poder Judicial.[2]

En la Constitución de 1917, el Poder Legislativo recae en un Congreso de la Unión que integra las dos cámaras legislativas, la de senadores y la de diputados, que son electos por los principios de mayoría relativa y de representación proporcional en elecciones populares libres y secretas. Los diputados duran en su encargo tres años y los senadores seis, pudiendo ser reelectos. La Constitución confiere al Congreso de la Unión las facultades de que está investido en lo general y asigna a cada cámara atribuciones que son ejercidas de manera exclusiva.[3] El Poder Ejecutivo está representado de manera unipersonal por el presidente de la República, a quien se le denomina presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, es electo popularmente cada seis años en elecciones libres y secretas y no puede ser reelecto. La Constitución asigna al presidente de la República las facultades y obligaciones del cargo. El presidente de la República es a la vez jefe de Estado y jefe del gobierno federal, como corresponde a los regímenes presidencialistas, como el mexicano.

Las diferencias esenciales del presidencialismo con los sistemas parlamentarios son que el Poder Ejecutivo es unitario; el presidente es electo por el pueblo y no por el Poder Legislativo; el presidente nombra

[2] Ley Orgánica de la UNAM, Estatuto General, artículos 12, 15, 16, 30, 99, 100 y 101.
[3] El Congreso de la Unión está integrado por 500 diputados y 128 senadores.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

y remueve libremente a sus secretarios de Estado; ni el presidente ni los secretarios son políticamente responsables ante el Congreso y tampoco pueden ser miembros de éste; el presidente puede estar afiliado a un partido distinto al de la mayoría en el Congreso y no puede ni disolver el Congreso ni darle un voto de censura.

El poder judicial recae en el Poder Judicial de la Federación, integrado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los tribunales de circuito, colegiados y unitarios, los juzgados de distrito, y en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El Poder Judicial tiene como función aplicar el derecho para la solución de conflictos entre particulares, transgresiones a la ley y servir como el árbitro de las controversias que puedan suscitarse entre los órganos del Estado, sean federales o estatales, o bien entre los poderes. Asume la delicadísima función de tener el control de la constitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia se ha erigido en un tribunal constitucional con algunas variables. Ejerce un control semidifuso de la constitucionalidad y ha ido ocupando un espacio central en la estructura del Estado mexicano, como un poder que sirve de equilibrio en el complicado sistema constitucional mexicano. Al contrario del papel que había jugado en la historia del país, dejó de ser un poder de escasa o menor importancia para convertirse en el eje de las decisiones controversiales que eventualmente pueden tomar los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Existen, en términos de la Constitución mexicana, órganos "extra poder", como podrían ser los organismos constitucionales autónomos, que no son propiamente órganos del Estado (como los descentralizados IMSS, ISSSTE, institutos nacionales de salud, entre otros) sino órganos que deben su creación al poder del Estado, pero que funcionan bajo las reglas que fijan las leyes y los ordenamientos que, con fundamento en sus atribuciones, se fijan a sí mismos. Entre otros, sobresalen el Banco de México (BANXICO), el Instituto Nacional Electoral (INE), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI).[4]

[4] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 28, 41, 102B y 26B, respectivamente.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

En 1938, el presidente Lázaro Cárdenas impulsó una iniciativa para la primera reforma del artículo 49 constitucional. Se trata de un texto inspirado en el principio de Montesquieu, con el que el presidente Cárdenas renunció a la práctica inveterada de los ejecutivos de utilizar la dudosa autorización de facultades "extraordinarias" para legislar. El texto original del artículo 49 constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente de Querétaro estaba en estos términos: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29".

El agregado que contenía la iniciativa del presidente Lázaro Cárdenas y que fue aprobado por el poder reformador de la Constitución es como sigue: "En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar". La reforma tuvo como propósito evitar la práctica que instauró Porfirio Díaz de legislar a través de facultades delegadas que después seguirían utilizando los presidentes del régimen revolucionario hasta la reforma cardenista.

Lo interesante de esta enmienda, desde el punto de vista del poder, es que, como señala Miguel Carbonell, era una reforma que "aunque parezca paradójico tratándose de una iniciativa propuesta por el presidente de la República, fortalece al Poder Legislativo evitando que el titular del Ejecutivo (como era práctica reiterada) solicitara y obtuviera facultades extraordinarias para legislar sobre las más diversas materias".[5]

La segunda reforma tuvo un propósito totalmente opuesto, pues logró que se hiciera otra excepción al principio contenido en el precepto constitucional, que había sido refrendado por la reforma de 1938. El presidente Miguel Alemán envió una iniciativa de reforma constitucional al artículo 131. Se trata de una contrarreforma a la enmienda hecha por el régimen del presidente Cárdenas. Esta contrarreforma llevó a incorporar en el artículo 46 otro agregado para establecer un

[5] Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *División de poderes y régimen presidencial en México,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2011, p. 29.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

régimen específico de facultades extraordinarias para legislar. El texto que se agregó incluye una salvedad al final del párrafo introducido por la reforma cardenista para quedar así: "En ningún otro caso, *salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131*,[6] se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar". No puede el poder revisor de la Constitución, sin violar los principios y decisiones políticas fundamentales, autorizar al Ejecutivo federal el ejercicio de la potestad para emitir disposiciones de observancia general que tienen la misma jerarquía que las leyes.[7]

Esta modificación constitucional dio al presidente facultades autónomas para legislar, contrariando el principio incorporado desde 1857. Pero no es este el único precepto que autoriza al presidente a emitir disposiciones generales. También lo puede hacer en las siguientes materias:

- Sobre salubridad y medio ambiente.[8]
- Sobre subsidios.[9]
- Establecer aduanas y habilitar puertos.[10]
- En materia de suspensión de garantías, como se verá con mayor detalle más adelante.[11]
- Para expedir reglamentos autónomos relacionados con la extracción, establecimiento de zonas vedadas sobre aguas nacionales; utilizar y establecer zonas vedadas sobre aguas nacionales (párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución)[12]
- En materia de comercio exterior, en los términos de la reforma promovida por el presidente Miguel Alemán en 1951.

Esta última reforma al artículo que toca el principio de división de poderes ha sido analizada por la doctrina como una vulneración del mismo principio, independientemente de las razones de orden económico

[6] Las cursivas son del autor.
[7] *Diario Oficial de la Federación*, 28 de marzo de 1951.
[8] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 76, fracción XIV.
[9] *Ibidem*, artículo 28.
[10] *Ibid.*, artículo 89, fracción XIII.
[11] *Ibid.*, artículo 29.
[12] *Ibid.*, artículo 27, párrafo quinto.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

que lo hayan motivado.[13] Desde el punto de vista jurídico es inconsistente que el legislador federal otorgue a las autoridades administrativas, atribuciones que le son propias e indelegables para ejercitar facultades, que además le están reservadas, como lo consigna la propia Constitución. Para algunos, con razón, esta reforma resulta aberrante desde la teoría de la división de poderes en tanto sitúa a un individuo que ejerce atribuciones que corresponden a un órgano distinto al cual está investido. "Desde la perspectiva política entraña una limitación profunda al legislativo e históricamente es una reminiscencia de las facultades delegadas que usó excesivamente el dictador Porfirio Díaz y que en este siglo se emplearon hasta la reforma de 12 de agosto de 1938, durante la presidencia del general Lázaro Cárdenas."[14]

Durante la administración del presidente Miguel Alemán, México había dado un salto a la modernidad y había entrado en la complejidad de la vida económica internacional. No puede olvidarse que la política del régimen alemanista se caracterizó por la llamada sustitución de importaciones, por la que el régimen fiscal del comercio exterior resultaba fundamental. Eran los umbrales de lo que actualmente conocemos como globalización. Se vio la necesidad de otorgar facultades al Ejecutivo federal para la regulación inmediata y flexible de la situación económica. Se agregó una nueva excepción al otorgamiento de facultades legislativas, además de la ya conferida, para enfrentar las situaciones de emergencia.

La fórmula para alcanzar los objetivos de política económica consistió en que, previa autorización del Poder Legislativo, puede modificar las disposiciones legales expedidas por las cámaras legislativas en materia de impuestos a la importación y exportación, así como limitar o hasta prohibir la importación, exportación y tránsito de mercaderías y productos cuando se estimara urgente por razones económicas en beneficio del país. El Ejecutivo federal quedó obligado por la Constitución a informar al Congreso cada año, cuando remite el presupuesto

[13] *Ibid.*, artículo 72, párrafo segundo.

[14] Jaime Cárdenas Gracia, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000, p. 65.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

fiscal, del uso de la facultad concedida para su aprobación. El texto del segundo párrafo es como sigue:

> El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.[15]

El maestro Héctor Fix Zamudio ha formulado una acertada crítica a la terminología empleada por el Constituyente Permanente en el segundo párrafo del artículo 131 constitucional, al señalar que no se trata de facultades extraordinarias, como son las que refiere el artículo 29 constitucional, ya que "debe considerarse como una situación permanente y normal, que de ninguna manera implica un estado de emergencia similar al previsto por el artículo 29 de la propia ley suprema".[16]

Las razones económicas aducidas en su momento derrotaron la fisura hecha al principio constitucional de que no podrían reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación, *ni depositarse el Legislativo en un individuo.* Más allá de la oposición que se dio en el Congreso, en un momento de la historia política de México en que la palabra del presidente con o sin facultades delegadas era ley, la Cámara de Diputados recibió el 12 de abril de 2011 una iniciativa presentada por el diputado Jaime Cárdenas Gracia a fin de reformar y modificar el segundo párrafo del artículo 49 y el segundo párrafo del artículo 131, ambos de la Constitución Política de los Estados Uni-

[15] *Diario Oficial de la Federación*, 28 de marzo de 1951.
[16] Héctor Fix Zamudio, *Algunas reflexiones sobre el Principio de la División de Poderes en la Constitución mexicana,* t. II, México, Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, 1987, p. 640.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

dos Mexicanos. La exposición de motivos de la iniciativa constituye un alegato en una doble vertiente: por un lado reafirma la tesis de la concentración del poder del presidente al delegar el Congreso facultades para legislar en el órgano Ejecutivo. Por otra parte la reforma contraviene las numerosas tesis de tratadistas mexicanos en el sentido de que existen normas constitucionales que no pueden ser alteradas, ni siquiera por el poder reformador de la Constitución.[17] De aprobarse esta iniciativa pendiente desde hace más de cinco años, éstos son los textos que se ratificarían:

> Artículo 49, segundo párrafo. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
> No podrán reunirse dos o más Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso se otorgarán facultades para legislar.
> Artículo 131, segundo párrafo. Es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la república de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y las leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Congreso de la Unión está facultado para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación o de importación y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones,

[17] El elenco en el siglo XIX: Mariano Otero; José María del Castillo Velasco, diputado constituyente en 1857, y Emilio Rabasa en *La Constitución y la dictadura*. En el siglo pasado, entre otros tratadistas, el maestro Mario de la Cueva con su *Teoría de la Constitución*; el maestro Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia en su trabajo conjunto *Derecho constitucional mexicano y comparado*; Jorge Carpizo en *La Constitución Mexicana de 1917*, ilustra al señalar que decisiones fundamentales por su importancia y jerarquía, como la división de poderes, sólo al pueblo corresponde reformar y no al poder revisor de la Constitución; Ignacio Burgoa en su *Derecho constitucional mexicano,* y en el presente siglo Miguel Carbonell en diferentes trabajos.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país y la estabilidad de la producción nacional.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La colaboración entre poderes

Algunos autores han sistematizado la división del poder más con el ánimo de aportar a la doctrina académica que con verdadero sustento en la realidad política. Por ejemplo, se ha considerado el papel que juegan los medios de comunicación masiva en la sociedad como si se tratara de un cuarto poder.[1] En México, en un exceso de ánimo descentralizador, durante el Congreso Constituyente de Querétaro en 1917, se llegó a considerar al municipio como un cuarto poder, fórmula que se había utilizado en el siglo XIX con el Supremo Poder Conservador, de ingrata memoria. En Francia en 1789, durante las sesiones de la Asamblea Nacional, se presentó el principio de la división de poderes con el objeto de "prevenir el despotismo y asegurar el imperio de la ley, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial deben estar separados". En una de las sesiones, Thouret hizo una clasificación cuatripartita agregando a los tres tradicionales un poder departamental o municipal. Este último poder que propuso Thouret, escribe el profesor De la Cueva, se ocuparía de la ejecución local de las leyes relativas a la administración general del reino. De

[1] *Cfr.* Jorge Carpizo, "Los medios de comunicación masiva", en *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000, pp. 351-371.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

ahí las asambleas provinciales y municipales en las que reside el poder administrativo.[2]

Manuel García Pelayo se refiere al cuarto poder en los mismos términos de la doctrina formulada por Benjamin Constant. Consiste en la distinción entre el Poder Ejecutivo y el *pouvoir neutre*. El poder neutro tiene como misión propiciar el correcto funcionamiento de los dos poderes sin que se crucen entre sí, procurando que cada uno esté en su lugar.[3]

Por otra parte, y más cercano a nuestro tiempo, Romagnosi ha propuesto otra clasificación de los poderes en los siguientes términos:

- Determinante (legislativo).
- Operante (administrativo).
- Moderador (senado con tres cámaras formadas por jueces, conservadores y príncipes);
- Postulante o protector (judicial).
- Coactivo (ejército).
- Certificante (fe pública).
- Predominante (opinión pública).

Esta clasificación es artificial, en nuestra opinión no tiene sustento pues las categorías de los "poderes" no son equivalentes. No puede equipararse, por sólo dar un argumento, la función de fe pública, que es un servicio público, con la relevancia que tiene para el sistema político la función del Poder Legislativo.

Existen cuatro criterios de distribución del poder que Francisco Fernández Segado, destacado constitucionalista español, atribuye a García Pelayo en relación con la Constitución española de 1978, mismos que justifican la necesidad de impedir la concentración del poder por ser contraria a la idea de la libertad.[4] Estos criterios pueden extrapolarse a la Constitución mexicana:

[2] Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 207.
[3] Manuel García Pelayo, "Derecho constitucional comparado, la estructura constitucional del Estado democrático liberal", en *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid, 1950, pp. 135 y 136.
[4] Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 112.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

> El primer criterio se refiere a la división entre el poder constituyente y el poder constituido. El poder constituido está representado en España por el Tribunal Constitucional, cuya función es garantizar que los poderes constituidos actúen dentro de los límites establecidos por el constituyente. Esta función, en México, corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como intérprete final de la Constitución, y tiene carácter vinculante con lo estipulado por el constituyente. Por ello la función de la Suprema Corte es, primordialmente, la custodia del principio de la separación de poderes, por un lado, y la aplicación de los pesos y contrapesos, por el otro.
>
> El segundo se refiere a la división que existe entre el poder estatal y los derechos, libertades de las personas y grupos sociales. Nuestro juicio de amparo tiene un origen individualista y liberal, pero ha logrado adaptarse a la nueva realidad que impuso la Constitución de 1917; especialmente a su contenido social. El amparo mexicano ha mantenido su carácter protector, es la suprema garantía de los derechos, constituye, por ello, una forma de distribución y contrapeso del poder público.
>
> Otro criterio corresponde a la división clásica entre los poderes; se expresa en la distribución de competencias entre órganos del mismo rango constitucional. Se trata de una separación de poderes en sentido estricto, a la que deben agregarse nuevas formas, diversas, distintas de las que derivan de la división tripartita y que corresponden a funciones de órganos creados por la Constitución.
>
> El último criterio es el referido a la división vertical de poderes, expresada en la distribución de competencias entre órganos jurídicos coextensos, como son el orden federal y el de las entidades federativas.

Nuestra doctrina constitucional ha incorporado la figura de la colaboración entre poderes. Por otra parte, la naturaleza jurídica de órganos como el Instituto Nacional Electoral, el Tribunal Federal Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y otros órganos de carácter autónomo, a algunos de los cuales se les ha llamado también órganos extra poder, ha enriquecido la doctrina. Estas nuevas instituciones creadas por la Constitución no forman parte de ninguno de los tres poderes de la división clásica ni responden a la lógica que tal división lleva consigo. También debe referirse que el esquema original de la división de poderes ha tenido adecuaciones que permiten la consolidación del estado de derecho. Se encuentra,

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

por dar dos ejemplos, el Instituto Nacional Electoral y la Comisión Nacional de Derechos Humanos.[5]

La aparición de órganos que no pertenecen a ninguno de los poderes clásicos no significa que se constituyan en instancias de control del Estado fuera del mismo, sino que son formas de colaboración, colaterales, y facilitan la tarea sustantiva que deben realizar los órganos, pues éstos se encuentran en posición de autonomía técnica, jurídica, jerárquica y política. Existe duda sobre si los poderes divididos por la fórmula clásica al ser teóricamente iguales, al estar en equilibrio, pueden enfrentar una atonía o parálisis que pusiera en conflicto su existencia. En esos casos se ha intentado que un nuevo poder resuelva la divergencia y se convierta en motor de todo el organismo del Estado.[6]

La doctrina francesa sostiene la necesidad de un poder real o neutro, distinto del Ejecutivo, dotado de facultades propias que le permitan mantener a los demás poderes en el ámbito de su órbita. Es un poder que normalmente se asignaba al monarca constitucional y se vinculaba a la suprema magistratura del país. Posteriormente, por influencia de Sieyès, autor que ha sido muy bien estudiado por el mexicano David Pantoja, se procuró la creación de órganos o senados conservadores, que fueron de influencia decisiva en el pensamiento conservador mexicano para instaurar, en la segunda ley constitucional de abril de 1836, el Supremo Poder Conservador.[7]

Otros poderes, aun cuando reciben tal denominación, no tienen esa función coordinadora. Son, por una parte, el poder constituyente que si bien es superior jerárquicamente a los demás poderes, es un puente entre los momentos en que una comunidad política se organiza y ejercita facultades omnímodas, al crear la nueva organización de un Estado, hasta que esa nueva estructura y las normas constitucionales empiezan a operar. El llamado poder electoral, desde otra perspectiva, facilita el tránsito de un gobierno a otro y la renovación periódica del Poder Legislativo, así como la resolución de conflictos entre los

[5] Diego Valadés, *Constitución y política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994, p. 20.
[6] *Ibidem*, p. 375.
[7] *Cfr.* Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1994*, México, Porrúa, 1994, pp. 208-212.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

contendientes en los procesos electorales. No es, en el sentido clásico, propiamente un poder, sino una forma de colaboración sin predominio de ninguno de los poderes que confluyen en la integración de sus órganos.

Siempre surge la consideración acerca de si un poder es preponderante sobre los demás. Históricamente está comprobado que en el siglo XIX, particularmente a partir de la Constitución de 1857, se situó al Poder Legislativo por encima de los demás poderes. Esa experiencia hizo que en 1917 Venustiano Carranza, el Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista, declarara con énfasis que se trataba de darle mayores facultades al Poder Ejecutivo. Es inevitable la comparación y que en el análisis un poder aparezca como predominante. Las facultades asignadas formalmente en el texto constitucional son un termómetro para la evaluación, pero no el único. Habría que recordar aquí la reiterada tesis de Jorge Carpizo sobre las facultades metaconstitucionales de la Presidencia mexicana. Es conveniente tener a la mano las tesis elaboradas para justificar la preponderancia de un poder sobre otro. Para ello puede ser útil una digresión terminológica.

Si la denominación que se hace es de *funciones* en lugar de *poderes*, se entenderá la idea de que una de las tareas puede ser más relevante que las otras, en razón de las circunstancias o de los modos de organización del poder, sin que ello signifique una merma o desdoro conceptual para otra de las formas de división. Vale por ello recordar la diferencia entre funciones, atribuciones y competencias.

El conjunto de *atribuciones* que tiene un órgano del Estado y ejercita a través de *funciones* se denomina *competencia* y cada órgano tiene una función especial y preponderante. El Legislativo la de legislar, pero además puede tener funciones jurisdiccionales o de administración. Los poderes pueden ejercer funciones de otros. El Judicial funciones administrativas como designar a sus integrantes, administrar sus recursos materiales o manejar su presupuesto; en tanto que el Ejecutivo tiene facultad reglamentaria, conforme a los temperamentos constitucionales.

Si existe unidad de los poderes debe existir diversidad de competencias de los órganos constituidos. La competencia está caracterizada por una de las funciones, la principal o preponderante, lo cual no evita que un órgano pueda tener otras además de la propia. En este sentido

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

existen funciones que son de mayor relevancia por las circunstancias históricas o políticas y que podrían identificar la preponderancia de un poder sobre otro. Es decir, la preponderancia está determinada por las condiciones políticas, económicas o sociales en que se desarrolla la vida de una comunidad constitucional.

La Constitución española, por ejemplo, señala que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial están sometidos únicamente al imperio de la ley.[8] Lo anterior no quiere decir que el Poder Ejecutivo no esté sometido por igual, como institución, a la ley o mejor dicho, el Ejecutivo está sujeto a las leyes y las debe aplicar conforme a su sentido, sin violarlas ni torcerlas. Lo anterior precisa que la ley está por encima de los órganos que ejercen las distintas funciones. Montesquieu llegó a la conclusión de que un poder, el Legislativo, debe prevalecer sobre los otros dos, tesis con la cual más adelante estaría de acuerdo Del Vecchio, quien confiere a los legisladores primacía en la actividad del Estado.

Existen como hemos dicho, por razones históricas y políticas, épocas en que un poder predomina sobre otro. En México, como se señaló, después de una influencia teórica determinante del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo durante buena parte del siglo pasado, la preponderancia del Ejecutivo sobre los demás a partir de 1917 es indubitable.[9]

Ahora bien, como se planteará adelante, existe el criterio de la división de poderes que consagra nuestra Constitución general en su artículo 49 pero no se trata de un precepto absoluto. La misma Constitución otorga al presidente de la República facultades de orden administrativo pero también le confiere, dentro de ciertos límites y bajo determinadas circunstancias, potestades en la función legislativa; también le concede, en una determinada materia, facultades para realizar actividad jurisdiccional.

El sistema de nuestra Constitución no es rígido sino flexible. Los tres poderes están facultados para desarrollar, si bien excepcionalmente, funciones distintas a las que les correspondería en un sistema rígido de división de poderes. El Poder Legislativo desempeña funciones ad-

[8] Constitución española, artículo 122, numeral 3.
[9] *Cfr.* Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 1979.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

ministrativas cuando concede licencias al presidente de la República,[10] cuando admite nuevos estados a la unión federal,[11] cuando ordena la formación de estados dentro de los límites de los existentes.[12] El Congreso de la Unión también realiza actos administrativos cuando resuelve diferencias entre dos o más entidades federativas por cuestiones de límites territoriales, siempre y cuando no impliquen controversias, situación en la cual el asunto se convierte en jurisdiccional.[13] Otra facultad administrativa del Congreso no vinculada a su función preponderante, la legislativa, es la posibilidad de cambiar la residencia de los poderes federales a otra parte del territorio nacional.[14]

El Poder Judicial está acreditado para realizar actos materialmente legislativos, cuando la Constitución otorga al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de expedir los reglamentos interiores de la propia Corte o faculta al Consejo de la Judicatura Federal a expedir acuerdos generales. El nombramiento, adscripción y remoción de jueces y magistrados corresponde al propio Consejo de la Judicatura Federal, lo que es una atribución materialmente administrativa.

Las cámaras disponen de la facultad jurisdiccional que la Constitución les confiere en los delitos oficiales cometidos por altos funcionarios de la federación. En fin, el Poder Ejecutivo puede en los términos excepcionales previstos por la Constitución ejercer funciones legislativas, lo que analizamos con algún detenimiento en el apartado anterior.

La actividad de un poder no siempre está circunscrita a su función formal. Es claro que no toda la actividad del Poder Legislativo consiste en legislar ni la del Ejecutivo en administrar y ni siquiera la tarea tan especializada del Poder Judicial consiste exclusivamente en juzgar. Piénsese en la facultad disciplinaria del Consejo de la Judicatura Federal, órgano de gobierno del Poder Judicial, con excepción de la Suprema Corte. O bien, la actividad del presidente de la República tiene carácter ejecutivo cuando el presidente de la República o el gobernador de algún estado aplica y cumple las leyes; pero resulta actividad regla-

[10] Artículo 73, fracción XXVI.
[11] *Ibidem*, fracción I.
[12] *Ibidem*, fracción III.
[13] *Ibidem*, fracción IV.
[14] *Ibidem*, fracción V.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

mentaria cuando dicta reglamentos en los términos del artículo 89 constitucional y jurisdiccional cuando resuelve impugnaciones fiscales o reclamaciones administrativas.

Además de estas excepciones al principio de división de poderes, no es posible descuidar los llamados temperamentos del principio aludido, descritos por el administrativista Gabino Fraga como colaboración de varios "poderes", en la realización de una función que, materialmente considerada, sólo debería corresponder a uno de ellos.[15] La potestad es una en su esencia y se habla de poderes en plural porque las funciones se desempeñan por autoridades distintas que reflejan el poder único del Estado.

La separación de poderes no significa compartimentos estancos en que cada uno se amuralla para evitar relación o conexión con los otros. Por el contrario, el sentido último de la división tripartita a que aludía Montesquieu es la colaboración de las instituciones para cumplir con fines que resultan comunes y compartidos. La Constitución establece de qué manera deben darse esas relaciones entre los poderes y en dónde se encuentran los límites de sus actuaciones.

Con el objeto de ejemplificar casos específicos de asistencia entre los tres poderes y cómo los poderes separados deben trabajar juntos, se presentan en los últimos apartados de este trabajo los casos que regula la Constitución general: a) designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atribución que corresponde a los poderes Ejecutivo y Legislativo; b) designación de los consejeros de la Judicatura Federal, en que intervienen los tres poderes; c) designación de los jueces de distrito y los magistrados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, y d) nombramiento del fiscal general de la República a cargo del Senado y del Ejecutivo federal.

•

[15] Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, p. 68.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La suspensión de derechos humanos y el quebranto excepcional del principio de separación de poderes[1]

En condiciones extraordinarias de crisis o peligro inminente, es necesario que la sociedad encuentre una fórmula para superar el conflicto. Se trata de hacer frente a problemas de tal gravedad que es política y jurídicamente posible y viable hacer una excepción a principios constitucionales —como el de la separación de poderes— a fin de resolver un riesgo mayor. Es claro que la excepción, además de temporal, está sujeta a reglas y no supone la división o separación del poder público.[2] El poder es único e indivisible, la separación del mismo es con el fin exclusivo de su ejercicio. De manera que si el poder se encuentra amenazado por circunstancias extraordinarias es dable que el principio de la separación sufra modificaciones extraordinarias, temporales y ajustadas al régimen extraordinario previsto por la Constitución. En la república romana, por señalar un ejemplo, se estableció una magistratura extraordinaria para épocas de crisis nacional y cuando se consideraba que la existencia misma de Roma estaba en juego. En las

[1] Este apartado sigue algunos fragmentos de "El conflicto en Chiapas y la suspensión de garantías individuales", en Mario Melgar Adalid, José Francisco Ruiz Massieu y José Luis Soberanes Fernández (coord.), *La rebelión en Chiapas y el Derecho,* México, Coordinación de Humanidades, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994, pp. 131-156.

[2] Jorge Vallejo y Arizmendi, *Estudios de derecho constitucional mexicano*, México, Stylo, 1947, p. 98.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

situaciones de emergencia, refiere el profesor Guillermo F. Margadant, con duración máxima de seis meses, "el dictador tenía un poder ilimitado: algo semejante a nuestra suspensión de garantías, pero mucho más drástico". En escenarios no tan críticos el senado podía conceder poderes extraordinarios a los cónsules (*senatus consultum ultimum*) y suspender la *provocatio ad populum*.[3]

Son numerosos los ejemplos en la historia del derecho mexicano que dan cuenta de esta institución que suspende las garantías o derechos; así el proyecto de Ignacio López Rayón en 1811, conocido como Puntos Constitucionales o la Constitución de Cádiz, siempre invocada en tanto tuvo vigencia, si bien de manera discontinúa en nuestro país. El texto de Cádiz refiere el procedimiento jurídico necesario para enfrentar las contingencias: "si en situaciones extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado".[4]

La Constitución de 1824 no se refirió al estado de emergencia, ni estableció excepciones. La Constitución liberal de 1857 instauró el régimen de suspensión de garantías en un texto similar al vigente, pero con la salvedad de dejar intactas las garantías que aseguraran la vida del hombre, excepción a la que habré de referirme más adelante. [5]

El artículo 29 constitucional prevé la posibilidad de que se suspendan derechos humanos de los gobernados, así sea temporalmente; además de que se levanten limitantes a los órganos del Estado y a los poderes que encarnan a fin de resolver un conflicto de manera más efectiva. Se da entonces una excepción para suspender o restringir derechos humanos en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y por el otro lado se suspende el principio de

[3] Guillermo F. Margadant, *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 1965, p. 30.
[4] Constitución de Cádiz, artículo 308.
[5] Gustavo de Silva Gutiérrez, "Suspensión de garantías. Análisis del artículo 29 constitucional", en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 19, julio-diciembre de 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp. 57 y 58.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

la separación de poderes a fin de que la actuación rápida y efectiva del gobierno ante una amenaza rompa las condiciones de normalidad.

El texto del artículo 29 constitucional es el siguiente:

> En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
>
> En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
>
> La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
>
> Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.
>
> Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

La doctrina mexicana ha considerado la suspensión de garantías como un acto formalmente legislativo, materialmente ejecutivo y cuyos efectos son hacer que cese en forma temporal el goce de ciertas garantías que establece la Constitución. El artículo 29 constitucional hace posible la derogación de derechos públicos individuales que en condiciones normales son inviolables, y altera el principio de la división de poderes al conferirle al Ejecutivo facultades que en circunstancias normales corresponderían al Poder Legislativo. La suspensión de los derechos a que se refiere el artículo 29 constitucional no es un acto único, sino que se trata de dos actos distintos. El primero es de carácter complejo, lo inicia el Poder Ejecutivo federal y lo aprueba el Poder Legislativo, es decir, el Congreso de la Unión y, en sus recesos, la Comisión Permanente. El siguiente acto consiste en la suspensión misma del ejercicio de los derechos y garantías y corresponde al Ejecutivo por propia competencia. Se ha de señalar el territorio, todo el país o lugar determinado, donde debe operar la suspensión y el tiempo que habrá de durar. Las limitaciones que tiene son que no puede quedar fuera de la ley un determinado individuo y que la suspensión debe realizarse por medio de prevenciones generales. Si el Congreso estuviere reunido al momento de la restricción o suspensión, éste concederá las autorizaciones, pero si se encontrara en receso se le convocará para que las acuerde.

Al ser la materia de suspensión de garantías un tema tan delicado y relevante es importante que en su aplicación se preserve el Estado de derecho. Por ello el Constituyente Permanente en 2011 reformó el segundo párrafo del artículo 29 para establecer que en los decretos que se expidan no podrá haber restricciones al ejercicio de los derechos, a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección de la familia, al nombre, a la nacionalidad, los derechos de la niñez, los derechos políticos, las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna, el principio de legalidad y retroactividad, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición de la

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

desaparición forzada y la tortura ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.[6]

Esta reforma se agregó a las fórmulas del derecho mexicano que previenen las arbitrariedades y los posibles abusos que la discrecionalidad y el autoritarismo pueden generar con la suspensión de derechos, la que entraña además la cancelación del principio de separación de poderes que nos ocupa. En efecto, la reforma anterior fue acompañada de otra reforma al artículo 1o. para señalar que los derechos humanos reconocidos por la propia Constitución y por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte no podrán suspenderse salvo en los casos y con las condiciones que la misma establezca. La suspensión procede en tres circunstancias: invasión, perturbación grave de la paz pública y cualquier otra que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto. Me referiré someramente a cada una de ellas.

La primera refiere a la invasión extranjera, en la que deben subordinarse, si el Congreso lo autoriza, todos los intereses y hasta las instituciones al Poder Ejecutivo, pues de otra manera se comprometería seriamente la existencia política de la nación. Si hay invasión extranjera se entiende que los invasores no respetarán el orden jurídico existente y mucho menos las garantías consagradas por la Constitución. Es consecuente considerar por ello que no habría razón jurídica ni política para brindar protección a quienes pretenden, precisamente, destruir el orden jurídico existente, con las salvedades incorporadas al párrafo segundo.

Sobre este particular hay un dato ilustrativo en la historia de México: durante la Intervención Francesa, el gobierno del presidente Benito Juárez tuvo facultades omnímodas otorgadas por el Congreso para hacer frente a la difícil situación generada por la invasión. Con base en estas facultades, al concluir su periodo presidencial, estimó que podía prorrogar la etapa constitucional que había concluido. Al hacerlo, como lo anotó un destacado publicista, "nadie creyó que el presidente Juárez había atentado contra la Constitución".[7]

[6] *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

[7] José Ma. Lozano, *Estudio de derecho constitucional patrio, en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Porrúa, 1980, p. 402.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

En cuanto a la idea de que el llamado golpe de Estado de Juárez rompió con el principio de la separación de poderes, se han emitido opiniones encontradas. Por una parte, el maestro Justo Sierra escribió que Juárez:

> acabó en los últimos meses del 65 su período constitucional; sus facultades omnímodas no podían llegar al extremo de prorrogar legalmente lo que no existía legalmente una vez terminado el mes de noviembre, fueran las que fueran las deficiencias legales y personales del vicepresidente de la República (González Ortega, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien vivía en Estados Unidos). Los momentos eran críticos, la separación de Juárez en ello equivalía a deshacer el núcleo de la resistencia, era el suicidio de la República; sacrificó la Constitución a la patria, e hizo bien; la gran mayoría de republicanos aplaudió este acto de energía que transmutaba al presidente en un dictador, en nombre de los sagrados intereses de la república.[8]

Por otra parte, Antonio Martínez Báez refiere que Emilio Rabasa, a quien considera nuestra autoridad máxima en derecho constitucional, había expresado sobre esta cuestión que no era posible asumir:

> ...poder más grande que el que Juárez se arrogó de 63 a 67, ni usarlo con más vigor ni con más audacia, ni emplearlo con más alteza de miras ni con éxito más cabal. Fundado en el decreto de 11 de diciembre que le concedió facultades omnímodas, sin más restricción que encaminarlas a la salvación de la Patria, ningún obstáculo encontró en su áspero camino que no fuera allanable; sustituyó al Congreso, no sólo para dictar toda clase de leyes, sino en sus funciones de jurado para deponer al presidente de la Corte Suprema y fue más allá: sustituyó no sólo al Congreso, sino al pueblo, prorrogando el término de sus poderes presidenciales por todo el tiempo que fuese menester; pero se atuvo a lo que la Ley de diciembre le prescribía como restricción, y que era sólo en verdad la razón de ser de aquella delegación sin ejemplo: salvó a la patria.[9]

[8] Justo Sierra, *Evolución política del pueblo mexicano*, en *Obras Completas*, tomo XII, México, UNAM, 1991, pp. 345 y 346.
[9] Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1982, pp. 199 y 100.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

La ley a que se refiere el insigne Rabasa establecía en su artículo 2o. la facultad omnímoda del Ejecutivo para dictar: "cuantas providencias juzgue convenientes en las actuales circunstancias, sin más restricciones que las de salvar la independencia e integridad del territorio nacional, la forma de gobierno establecida en la Constitución, y los principios y Leyes de Reforma".

Elisur Arteaga, por el contrario, considera que existen hechos que pueden explicar políticamente la permanencia de Juárez en el poder más allá de su gestión, pero que lo cierto es que violó la Constitución de 1857.[10]

En los casos de perturbación grave de la paz pública la suspensión puede ocurrir si se presenta una guerra civil y se genera con ello una división general en la sociedad que altere las condiciones en que debe desarrollarse la vida en común. Una muestra de perturbación grave es cuando la ley se vuelve inexistente y el gobierno no tiene mayor apoyo que la fuerza, por lo que debe dotársele de un poder superior como el que confiere la suspensión del ejercicio de los derechos humanos y las garantías que fueren obstáculo para hacer frente a la situación.

Los derechos humanos son un valladar al Estado y un territorio donde no se puede penetrar discrecionalmente. La suspensión rompe con este principio y su aplicación es procedente en estos casos extremos, cuando ni el diálogo ni la conciliación pueden ayudar a resolver el conflicto. Se puede tratar de lo que coloquialmente se conoce como estado de sitio o estado de excepción.

Cuando la Constitución señala otro caso para la procedencia de la restricción o suspensión del ejercicio de derechos humanos, como es el que "ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto" se trata de una imprecisión. Puede ocurrir en casos de desastres naturales que pongan en peligro a la sociedad. Frente a hechos físicos gravísimos como terremotos, epidemias o inundaciones, puede resultar razonable suspender el ejercicio de los derechos para enfrentar la situación. El

[10] Elisur Arteaga, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias", en *Alegatos*, núm. 22, septiembre-octubre de 1992, UAM-Azcapotzalco, 1992, p. 51.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

caso de las epidemias tiene un tratamiento específico en otro apartado de la Constitución.[11]

Cuando las condiciones para que proceda la suspensión se presenten, es el presidente de la República el único facultado para iniciar el proceso de la suspensión de los derechos y garantías que permita enfrentar las situaciones de emergencia. La actuación presidencial está sujeta a la autorización de la medida suspensiva de derechos subjetivos públicos por parte del Congreso de la Unión o, en sus recesos, de la Comisión Permanente.

No existe duda sobre quién debe asumir la decisión de interrumpir la vigencia constitucional de ciertos límites de la actividad estatal, que frenen la ejecución de medidas indispensables para superar situaciones críticas en la vida del Estado. El Ejecutivo es quien debe resolver sobre la conveniencia de suspender las garantías que sean necesarias en los supuestos que prevé el propio texto constitucional. No es una suspensión automática, sino una facultad discrecional del presidente de la República sujeta a las condiciones y casos establecidos.

Para don Antonio Martínez Báez existen dos momentos en la decisión de suspender las garantías individuales: el primero particularmente complejo, en el cual el presidente y el Congreso de la Unión hacen una actualización de las causales previstas en el artículo 29 constitucional y un segundo momento en que "la suspensión de libertades o prerrogativas del individuo y esta actividad corresponde exclusivamente por derechos de propia competencia, al Ejecutivo Federal".[12] Se trata de una medida de inmenso peligro para el ordenamiento jurídico, pues éste queda interrumpido. De tal modo, así sea parcialmente, se constituye el estado de sitio toda vez que "la destrucción del régimen constitucional se produce entonces necesariamente y con ello se vuelve a la etapa anterior de la forma política de la dictadura".[13]

[11] La suspensión por motivos sanitarios, en términos del artículo 29, no es necesaria porque la Constitución ha previsto un sistema especial para enfrentar epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas. Artículo 73, fracción XVI, bases 1a. y 2a.

[12] Antonio Martínez Báez, "El concepto general del estado de sitio", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo VII, números 25 al 28, enero-diciembre de 1945, UNAM, 1945, p. 103.

[13] *Ibid.*, p. 100.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Felipe Tena Ramírez, con un enfoque diferente, señala que al Estado le corresponde, cuando se está en presencia de atribuciones excepcionales que son incompatibles con la normalidad del Estado, elegir entre dos extremos:

> ...o el Estado hace frente al desorden, haciendo a un lado la Constitución por inservible en esos momentos o el Estado se abstiene de intervenir, dejando que la sociedad se hunda o se salve por sí sola. Entre estos dos extremos que podían significar el uno la tiranía y el otro la anarquía, el Derecho Constitucional propuso una solución intermedia: prever en la Constitución misma la posibilidad de que se presenten las situaciones excepcionales, lo que de otro modo sería inconstitucional.[14]

Para el tratadista Felipe Tena Ramírez es precisamente el Poder Ejecutivo, por su unidad de acción y por ser el titular de la actividad ejecutiva, además de contar con los recursos financieros y con la fuerza pública, quien debe franquear "la salida de la zona acotada por la división de poderes y las garantías individuales", por lo que para ello:

> las constituciones propusieron varios recursos que pueden reducirse a dos principales: la suspensión de garantías individuales y el otorgamiento al Ejecutivo de facultades extraordinarias. Lo primero significa que aquellas garantías individuales que sean un estorbo para la pronta y eficaz acción del Ejecutivo, queden temporalmente derogadas respecto a éste. En cuanto a las facultades extraordinarias, consisten generalmente en la transmisión parcial de la función legislativa que hace el Congreso en favor del Ejecutivo, lo que quebranta excepcionalmente el principio de división de poderes.[15]

El maestro Mario de la Cueva ubicaba este asunto dentro de fronteras muy precisas, sujetando la suspensión a la circunstancia de que resultara imposible a los poderes hacer frente a la situación dentro de los límites señalados por la Constitución. De la Cueva consideraba la medida suspensiva como limitada pues:

[14] Felipe Tena Ramírez, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, pp. 114 y 115.

[15] *Ibid.*

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

> el artículo 29 no es una carta en blanco dirigida al Poder Ejecutivo. Es una norma jurídica que permite a los Poderes Legislativo y Ejecutivo una conducta jurídica, subordinada a los mandatos del propio artículo 29. El precepto bien entendido tiene este alcance: cuando se presenta un estado de emergencia y cuando es imposible hacer frente a la situación dentro de los límites señalados por la Constitución a los poderes, pueden éstos, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, introducir las modificaciones que sean indispensables para la rápida solución de los problemas de emergencia.[16]

Durante la vigencia de la Constitución de 1917, la única ocasión en que el Estado mexicano ha hecho uso de la suspensión a que se refiere el artículo 29 constitucional, ocurrió en el conflicto bélico en que México declaró la guerra a las potencias del Eje Berlín-Roma-Tokio. José Aguilar y Maya, quien fuera procurador general de la República, asesoró, como consejero jurídico del gobierno, al presidente Manuel Ávila Camacho en su decisión de suspender garantías durante el mencionado conflicto bélico. Planteó la facultad del presidente de esta manera: "En el proceso constitucional de suspensión de garantías, el ejercicio de la acción respectiva pertenece exclusivamente al Presidente de la República, con exclusión de cualquier otro órgano estatal, pues conforme al artículo 29 de la Carta Política de 1917, sólo a iniciativa de aquél pueden limitarse dichas garantías".[17]

Juventino V. Castro, en cuanto a la participación del Consejo de Ministros en la decisión, procedimiento ahora inexistente con base en la reforma al artículo 29, señala que el cuerpo de auxiliares del presidente le presenta su criterio, como especie de consulta, a fin de guiar, mas no forzar, su decisión de suspender garantías individuales.[18] Ignacio Burgoa considera que en el procedimiento de suspensión de garantías, tanto el Ejecutivo como el Congreso gozan de amplias facultades discrecionales para calificar la existencia y gravedad del estado de emergencia.[19]

[16] Mario de la Cueva y José Aguilar y Maya, "*La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo VII, números 25 al 28, enero-diciembre de 1945, UNAM, 1945, p. 174.
[17] *Ibidem,* pp. 206 y 207.
[18] Juventino V. Castro, *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1991, p. 211.
[19] Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1984, p. 211.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Miguel Lanz Duret señala que una de las facultades importantísimas de la Comisión Permanente es la de autorizar durante los recesos del Congreso y en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otra situación que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, la suspensión en todo el país o en lugar determinado, las garantías individuales que fueran obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente, a la situación.[20] En cuanto a la intervención de la Comisión Permanente, el destacado jurista guerrerense Elisur Arteaga afirma que la Comisión Permanente únicamente ha ejercido esta facultad una vez en 1911.[21] Esta prerrogativa dio a la Comisión Permanente, hace lustros, un sitio privilegiado en el escenario político del país, pues durante los numerosos conflictos, contiendas e insurrecciones, se presentaba la necesidad de suspender las garantías para castigar a los insurrectos o para enfrentar las complicaciones de manera inmediata y no esperar a la convocatoria al Congreso para sesiones extraordinarias, lo que además de tardío resultaba, para el Ejecutivo, inconveniente desde el punto de vista político.

La condición que la Ley debe comprender para suspender las garantías individuales es que la suspensión se dará por un tiempo determinado y no indefinidamente. La suspensión lleva a la sociedad a una situación anormal, precisamente por estar vulnerada la división de poderes y por ello es indispensable que cuando cese el peligro grave que la originó deba restablecerse el orden jurídico pleno. Además debe verificarse por medio de prevenciones generales. Los actos del presidente en ejercicio de facultades extraordinarias, algunas que corresponden al Poder Legislativo, constituyen por ello y en sí mismos actos legislativos, por lo que las prevenciones deben ajustarse al principio de generalidad de la Ley.[22]

[20] Miguel Lanz Duret, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, Compañía Editorial Continental, 1982, p. 198.

[21] Elisur Arteaga, *op. cit.*, p. 50.

[22] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado en cuanto a las facultades delegadas al Ejecutivo federal por el Congreso de la Unión, en los términos de los artículos 29 y 131 constitucionales, que los decretos expedidos en uso de las facultades extraordinarias constituyen actos legislativos, por lo que el conocimiento de los amparos solicitados contra ellos corresponde, en grado de revisión, al tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia. Amparo en revisión 1636/58. Inf. 1961, p. 134.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Se establece igualmente que la prevención no debe contraerse a determinado individuo. Esta condición deriva del principio de generalidad y es congruente con el texto constitucional que establece que en la República mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.

El artículo 29 es el último del capítulo constitucional "De los Derechos Humanos y sus Garantías" y corolario del sistema de derechos humanos que la Constitución protege. Es concordante con el artículo 1o. constitucional que dispone que los derechos humanos que otorga sólo podrán suspenderse en los casos y con las condiciones que la misma establece. Está vinculado asimismo al artículo 49 que prohíbe el ejercicio del Poder Legislativo en una sola persona y establece la excepción al precepto cuando se conceden facultades extraordinarias al presidente de la República. Los artículos 73, 78, 89 y 90 también se refieren al artículo 29, en tanto consignan reglas para los funcionarios, órganos y poderes que concurren en la suspensión de las garantías. El artículo 89 es particularmente relevante en su fracción VI que confiere al presidente de la República la facultad de disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente.

Para Martínez Báez la tesis de que la suspensión de garantías o estado de excepción no produce ningún rompimiento del orden constitucional es incorrecta; en realidad lo que ocurre es el establecimiento de una dictadura, pues al no existir el valladar para el estado que significan las garantías individuales, el Ejecutivo se convierte en dictador —si bien amparado por la Constitución— para asumir poderes que corresponden a otros órganos del poder. Se trata de una dictadura legal, una dictadura constitucional, valga la inconsistencia.

La suspensión de las garantías individuales trae consigo la cesación de vigencia del vínculo jurídico entre gobernantes y gobernados respecto de los preceptos constitucionales que regulan las garantías suspendidas. Es decir, el gobernado no puede ejercitar los derechos que consagra la Constitución y que están suspendidos, ni el Estado y sus órganos están obligados a cumplirlos.[23] El estado de sitio, en la

[23] Ignacio Burgoa, *Diccionario de derecho constitucional. Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1984, pp. 190, 191 y 192.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

terminología de Martínez Báez, consiste en la puesta en operación de mecanismos contenidos en la Constitución política y que tiene por objeto la supresión virtual en el ejercicio de las competencias estatales y de las garantías individuales y sociales.

Con su lúcida obra *La dictadura constitucional en América Latina,* Diego Valadés incursionó de manera sistemática por los textos fundamentales de los países latinoamericanos para conocer los alcances de lo que llama, con un sentido de convención, estado de excepción, aun cuando reconoce que la terminología es variada como puede derivarse de las distintas acepciones que se utilizan indistintamente: estado de sitio —que es el que prefiere el maestro Martínez Báez—, estado de emergencia, estado de alarma, suspensión de garantías o medidas prontas de seguridad.[24]

La disposición constitucional que restringe o suspende el ejercicio de derechos individuales tiene una gran relevancia desde el punto de vista político y social. En materia del procedimiento para la suspensión o restricción, el poder del presidente de la República es casi absoluto. El presidente, apoyado en la teoría, una vez decretada la suspensión, está facultado teórica y jurídicamente para desterrar, castigar sin intervención de la justicia, violar correspondencia y domicilios, y evitar los plazos de la detención preventiva, todo dentro de un posible marco de legalidad que el propio artículo contiene. Con el estado de sitio se suspende en cierta medida el estado de derecho, que consiste en el reconocimiento y la consecuente protección de los derechos de la persona humana y el principio de la separación de poderes. En el estado de sitio se rompen algunas barreras de protección a la persona humana y se vuelve a la etapa anterior a la creación de la Constitución; es decir, aparece la dictadura a fin de salvar a la sociedad. La Constitución; señala que la aplicación de estas medidas ocurre en casos excepcionales, pero la apreciación de las circunstancias deriva de lo que el propio presidente determine. El maestro Martínez Báez se refiere al artículo 29 y lo plantea de esta manera: "Para ejercer una verdadera dictadura, el presidente no necesita preparar un golpe de Estado, disolver las Cámaras y violar

[24] Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1974.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

la Constitución, sino que le basta observar el texto constitucional y servirse de las peligrosas armas que le concede el sistema presidencial".

Ignacio L. Vallarta se ocupó del artículo 29 constitucional y formuló dos críticas, una de las cuales fue tomada en cuenta por el Constituyente de 1917. Vallarta tenía en alta estima la concepción jurídica contenida en el artículo 29 constitucional. Consideraba a este precepto muy superior a la solución dada por la Constitución estadounidense: "así haré ver que aunque lo creo [el artículo 29 constitucional] sin comparación mejor que el equivalente norteamericano, no lo reputo perfecto, sino por el contrario merecedor de urgente reforma".

No obstante en alguno de sus votos planteó sus dudas sobre la pertinencia constitucional del precepto:

> ¡No permita la honra de mi país que Congreso alguno ejerza todos los poderes que ese artículo le da! No, lejos de abjurar esas opiniones, mantengo la esperanza de que vengan tiempos serenos, en que estudiando con más empeño nuestro derecho constitucional, lejos de la atmósfera de las pasiones políticas se reforme ese artículo [29] en los términos que la civilización de México exige![25]

Para Vallarta, la gravedad de la solución que da el texto es que la propia Constitución consagra y reconoce derechos como el de la libertad del hombre y la prohibición de la esclavitud, ésta como negación de la personalidad humana, y que el artículo 29 no reconoce, si se da el supuesto previsto. Si el texto supremo consagra estos y otros derechos fundamentales, se pregunta Vallarta, cómo es que "¿Pueda ser tan inminente un peligro para la república, que se crea autorizado el Congreso para declarar que deben ser esclavos tales o cuales habitantes del país, aunque sea por un corto periodo de tiempo?"

Vallarta contesta que de ser así se trataría de un acto de barbarie. Vallarta da muy buenos ejemplos para señalar que si bien el texto de la Constitución autoriza supuestos legales, éstos resultan absurdos jurídicos. En los términos de la Constitución se podría juzgar a rebeldes por

[25] Ignacio L. Vallarta, *Cuestiones constitucionales, votos del C. Ignacio L. Vallarta, presidente de la Suprema Corte de Justicia, en los negocios más notables*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1883, pp. 236, 237.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

leyes *ex post facto*, por tribunales *ad hoc* y con procedimientos especiales. Se podría aplicar una pena sin audiencia, sin juicio y sin defensa. Se podrían, siguiendo el texto del artículo 29, legitimar las penas, los azotes, la mutilación, el tormento y otras penas inusitadas o trascendentes.

Dice Vallarta que afortunadamente en la historia política de México nunca se ha abusado de esta autorización de la ley y nunca se han cometido crímenes contra la civilización. El argumento de Vallarta es que ese antecedente histórico no es suficiente, pues debe el artículo 29 establecer cuáles son las garantías que no deben suspenderse jamás, por ningún motivo. Por ejemplo, nunca deben, ni en condiciones de emergencia, violarse las prohibiciones de la esclavitud, las normas que vedan la mutilación, el tormento, la condena sin juicio o la aplicación de leyes retroactivas en perjuicio de los reos.

Vallarta mencionaba otra circunstancia que el texto de 1917 recogió y que se refiere a la necesidad de que las leyes que hayan de suspender las garantías expresen con claridad cuáles sean éstas y "se demarquen las restricciones que deben sufrir, y sobre todo establecer que esa ley contenga los preceptos que regulen los derechos y deberes de los habitantes de la república durante la suspensión misma de las garantías. Así quedarán extinguidos de raíz los grandes abusos".

La otra reforma que propuso fue recogida por el texto constitucional de 1917 y es la relativa a la necesidad de que si se trastorna la paz en una región del país, las prevenciones generales no se apliquen a toda la República, como podía ocurrir con el texto de 1857. El párrafo segundo introducido al texto constitucional en 2011 resuelve a más de cien años de distancia las fundadas preocupaciones del insigne Vallarta al enlistar los derechos que no pueden restringirse ni suspenderse y que incluyen los advertidos por el jalisciense.

Uno de los textos comparados que da luces sobre el planteamiento de Vallarta sobre los riesgos de la suspensión de garantías es la Constitución española de 1978. El texto que sirvió para la conciliación y la transición política en España establece en un capítulo que ciertos derechos que la Constitución protege podrán ser suspendidos cuando se declare el estado de excepción o de sitio.[26] La legislación secundaria señala que podrán ser

[26] J. A. González Casanova, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Barcelona, Ediciones Vicens Vives, 1991, pp. 470, 471.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

suspendidos los derechos y las libertades referidos a la detención preventiva; a la inviolabilidad del domicilio; al secreto de las comunicaciones; a la libertad de residencia y de circulación dentro de España y por sus fronteras; a la libre expresión y difusión del pensamiento, ideas y opiniones y a la libre comunicación y recepción de información; a la prohibición de secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información si no es virtud de resolución judicial; a la reunión pacífica y sin armas; a la huelga laboral y al conflicto colectivo.

En los términos de la legislación española, no es posible suspender el derecho que toda persona detenida tiene a ser informada inmediatamente y de modo comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, pudiendo ser obligada a declarar y garantizándole asistencia de abogados en las diligencias policiales y judiciales.[27]

La Constitución española permite que una ley orgánica determine la forma y los casos en que se pueden suspender derechos, como podrían ser que la detención preventiva no podrá durar más de 72 horas, tiempo necesario para la averiguación tendente al esclarecimiento de los hechos o bien la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones únicamente de personas determinadas, en relación con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La Constitución española señala que las suspensiones de derechos han de contar con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario.

Por los riesgos que entraña la suspensión de derechos y libertades y con el fin de asegurar el respeto a los derechos fundamentales, la Constitución española contiene un precepto que establece la responsabilidad penal por la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en la ley orgánica, como la violación de derechos o libertades reconocidos por las leyes.[28]

En Estados Unidos la solución que dio su Constitución en 1787 está contenida en la sección 9 del artículo 1o. que establece: el "privilegio de *habeas corpus* no se suspenderá salvo cuando la seguridad pública lo exija en caso de rebelión o invasión". Esa sección de la Constitución estadounidense regula las facultades del Congreso, por lo que se en-

[27] Ley Orgánica 4/1981 de 1o. de junio de los estados de Alarma, Excepción y Sitio.
[28] Constitución española de 1978, artículo 55.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

tiende que a este órgano corresponde suspender el privilegio de *habeas corpus.* No obstante esta disposición, el presidente Abraham Lincoln autorizó la suspensión del *habeas corpus* en Maryland, Florida y en cualquier otra parte, lo que dio lugar a muchas críticas. El presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, Roger B. Taney —su enemigo número uno— consideró que Lincoln no tenía derecho a hacerlo y que los militares únicamente podían hacer detenciones en los términos de ley. Pese a ello Lincoln y los militares bajo sus órdenes no le hicieron mucho caso. La realidad es que el país estaba en guerra civil, Lincoln dirigía el ejército y no el *Chief Justice* Taney.[29]

Uno de los instrumentos más importantes del derecho internacional sobre el reconocimiento y protección de los derechos humanos y de las libertades del hombre es la Convención Americana de Derechos Humanos.[30] Este instrumento, conocido también como Pacto de San José por haberse firmado en la capital de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, establece que los países signatarios podrán en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, adoptar medidas que suspendan las obligaciones contraídas por dicha Convención. Las reglas que sigue consisten en que las medidas se adoptarán por el tiempo limitado a las exigencias y que no sean incompatibles con las que les impone el derecho internacional. No se pueden suspender algunos derechos fundamentales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, los principios de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La convención internacional establece además que el Estado que haga uso de la suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados qué disposiciones suspendió, los motivos de la suspensión y la

[29] Philip B. Kumhardt, Jr., *et al.*, *Lincoln, An Illustrated Biography,* Nueva York, Alfred Knopf, 1992, p. 151.

[30] Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 428, 429.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

fecha en que haya concluido ésta. Este informe se rendirá al secretario general de la Organización de Estados Americanos.[31]

La determinación de suspender las garantías individuales tiene serias implicaciones sociales y políticas. Puede tener como consecuencia la interrupción del estado de derecho. El marco de legalidad o la existencia del estado de derecho en una sociedad se confirma por la presencia de varios factores: el respeto de los derechos fundamentales del hombre, una Constitución escrita, el principio de la separación de poderes y otras normas elementales de procedimiento y el respeto a los principios del derecho. La determinación de suspender el ejercicio de los derechos constituye una forma de instauración de una dictadura legal o, si acaso, de una dictadura constitucional como también se le ha denominado, al menos en lo relativo a los derechos suspendidos, a la división de poderes y en cuanto al territorio en que opera la suspensión.

El presidente de la República tiene una facultad discrecional para proceder ante un estado de emergencia e iniciar el procedimiento de suspensión o restricción del ejercicio de derechos. Para ello deben darse las causales previstas en el artículo 29, pero no se trata de una consecuencia automática por la relevancia social que tal determinación tiene para la vida social y aún para la solución del propio conflicto; se trata entonces de una medida de emergencia ante una urgencia y gravedad tal que no deje otro camino más que declarar lo que la doctrina caracteriza como estado de sitio.

La decisión del presidente de suspender o restringir derechos debe surgir después de haber agotado todos los medios a su alcance para remediar la situación de desestabilización y haber ejercido sus facultades dentro del ámbito estrictamente constitucional. Una de estas facultades es precisamente la prevista, cuando se trate de una acción violenta interna, en el artículo 89, fracción VI, que establece como facultad del presidente disponer de la Fuerza Armada permanente para la seguridad interior de la federación.

Con su habitual claridad, Jorge Carpizo lo planteó de esta manera: "Problema difícil es precisar cuándo puede el presidente hacer uso de la fuerza pública para preservar la seguridad interior; una contestación

[31] Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 27.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

general podría ser la siguiente: existe una paz mínima para el desarrollo de la vida cotidiana; si ella peligra, el presidente puede hacer uso de esa facultad".[32] Más adelante, el propio tratadista confirma que esta facultad (disponer de la fuerza armada) "debe ser usada como fuerza del derecho y para preservar la vigencia de la Constitución y no como un medio persecutorio y represivo".[33]

Al decretarse la suspensión o restricción en el ejercicio de derechos y garantías el presidente goza de facultades legislativas en ciertas materias en términos del artículo 29 constitucional, como ha quedado expresado párrafos arriba. En este supuesto el presidente de la República es el único facultado para precisar el proceso que se debe seguir para elaborar una ley. Al hacerlo deja de aplicarse la prevención contenida en el artículo 49, pero finalmente para llegar a la suspensión o restricción de derechos es necesario que se haya dado previamente la colaboración y separación de poderes entre el Ejecutivo, que se hará cargo de la situación de emergencia, y el Congreso, que dará las autorizaciones para el ejercicio de esas facultades. Además, el tercer poder, el Judicial federal, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, revisará de oficio los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la suspensión o restricción y deberá pronunciarse a la mayor brevedad sobre su constitucionalidad y validez, tal y como lo establece el último párrafo del artículo 29.

•

[32] Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1983, p. 334.
[33] *Ibidem*, p. 335.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El veto presidencial: ¿tensión política o colaboración?

La separación de poderes es una institución jurídica con elementos políticos inevitables, pues a primera vista supone que existe tensión forzosa entre los poderes. El veto es uno de los instrumentos que puede ejemplificar esa tensión, pero igualmente ser una oportunidad de colaboración y de aplicación del sistema de pesos y contrapesos, objetivo final del principio de la separación del poder. En las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo el veto es uno de los instrumentos que pone a prueba la relación entre ambos. En su versión moderna, el veto presidencial lo otorgó la Constitución de 1787, por primera ocasión, al presidente de Estados Unidos, funcionario que tiene tres opciones cuando se le presenta una ley emitida por el Congreso: I) puede firmarla, con lo que perfecciona el procedimiento legislativo; II) no firmarla o III) vetarla, pero solamente en su totalidad. En ese sistema no existe en el ámbito federal veto parcial, como sí es práctica corriente el veto ejercido por los gobernadores respecto de los proyectos de leyes que les presentan los correspondientes congresos.[1]

La palabra *veto* significa "prohibir" según su origen etimológico. Desde el punto de vista jurídico no existe ese término ni en la Constitución federal de Estados Unidos ni en algunas constituciones

[1] Constitución de Estados Unidos, artículo I, sección 7.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

estatales, lo que no impide que se siga hablando de "veto". Cualquier resolución, orden o veto en que concurran las dos cámaras, el Senado y la Cámara de Representantes, se presentará al presidente, quien deberá aprobarla antes de que entre en vigor. Si el presidente la rechaza, entonces el Congreso tendrá que aprobarla por las dos terceras partes tanto del Senado, como de la Cámara de Representantes.

Es claro que el veto de una ley eleva la tensión entre los dos poderes. Tal vez por esta circunstancia el primer presidente de Estados Unidos, George Washington, únicamente vetó dos leyes durante su gestión de ocho años. El presidente Washington le confió a un amigo que había tenido que firmar dando su aprobación a muchísimas leyes con las que no estuvo totalmente de acuerdo. Al final de su primer periodo, ante la insistencia de Thomas Jefferson, su secretario de Estado, firmó una ley de distribución de distritos electorales. Jefferson consideraba que dicha ley no sólo era inconstitucional sino que tenía fundado temor de que el no uso del veto presidencial podía generar "la creencia de que ningún presidente debería utilizarlo". Washington no volvió a utilizar su poder de veto sino casi al final de su segundo periodo.[2] Se consideró entonces que el veto sólo podría ejercerse si se consideraba que un proyecto era inconstitucional, criterio que se siguió firmemente hasta que el presidente Andrew Jackson estimó que el veto podía ejercerse respecto de cualquier materia.

El ejercicio de la facultad de veto tiene el efecto de devolver el asunto al Congreso con la finalidad de volverlo a revisar. Esa segunda oportunidad para el Congreso se asemeja al efecto que tiene la segunda vuelta en los procesos electorales, en que para la decisión final las fuerzas políticas se pueden volver a agrupar y lograr un resultado diferente y definitivo. En Estados Unidos, después de la prudencia de George Washington en no incomodar demasiado al Congreso y evitar que el presidente se viera actuando como lo hacía la Corona británica, el ejercicio del veto ha crecido con el paso del tiempo. Los presidentes Andrew Jackson y John Taylor lo utilizaron profusamente contra decisiones del Congreso que les parecieron desacertadas como fue la reautorización

[2] Ken Gormley (coord.), *The Presidents and the Constitution*, Nueva York, New York University Press, 2016, p. 20

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

del banco central. El más activo fue el presidente Grover Cleveland, quien utilizó el veto más que todos sus colegas sumados en conjunto. Durante su primer periodo lo utilizó 170 veces y 414 ocasiones en el segundo. Ya en el siglo xx, Richard Nixon, un político contestatario y a quien, como buen abogado, le gustaban más los malos pleitos que los buenos arreglos, motivó que la Suprema Corte tuviera que intervenir para resolver un asunto sobre la decisión del presidente de retener fondos destinados a cuestiones ambientales.[3]

En México, el veto presidencial ha existido desde que el país nació a la vida independiente y aún antes. Estuvo incluido en la Constitución de Cádiz y después en la de Apatzingán.[4] La Constitución federal de 1824 también recogió esta figura, como lo hizo la constitución liberal de 1857, en los artículos 55 y 456 la primera y en el 71 la segunda. En los términos de la Constitución de 1824, el presidente dispone de diez días para observar los proyectos de ley. Si el presidente ejercía su derecho de veto y devolvía el proyecto dentro de los diez días, las dos cámaras deberían nuevamente discutirlo y, una vez aprobado por las dos terceras partes de los legisladores presentes, devolverlo al presidente para su promulgación. Si no se lograba esa mayoría calificada el proyecto debería esperar hasta el año siguiente.

En términos de la Constitución de 1857, el presidente disponía de menor tiempo, sólo siete días, para observar un proyecto de ley. La Constitución liberal consignaba que una vez discutido el dictamen se enviaría al presidente una copia del expediente para que en el término de siete días expresara su opinión o señalara que no haría uso de su facultad. Si la opinión del presidente era favorable al dictamen, éste pasaba a la votación de ley. Si por el contrario la opinión presidencial era contraria al sentido del proyecto de ley, éste pasaría a la comisión respectiva para una nueva discusión. La Constitución de 1857 favo-

[3] Nixon ejerció el veto sobre la Ley de Aguas Limpias (*Clean Water Act*) para evitar que el gobierno federal tuviera que asignar recursos para implementar dicha ley. El Congreso no sólo confirmó la decisión impugnada por el Ejecutivo, sino que impulsó en 1974 la aprobación de la Ley de Control de Embargos (*Impoundment Control Act*) para evitar que otros presidentes siguieran la pauta fijada por Nixon. La Suprema Corte determinó improcedente la retención de los recursos.

[4] En la Constitución de Cádiz, artículos 114-150; en la de Apatzingán, artículos 128 y 129.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

recía la preeminencia del Legislativo, por lo que estableció que en el supuesto de que hubiera urgencia notoria, calificada ésta por las dos terceras partes de los diputados (no había senado) el Congreso podría dispensar los trámites. El presidente, en este supuesto, no contaba con el derecho de veto, sino únicamente de opinión. En 1874 se modificó la Constitución para darle el derecho de veto al presidente, que podía ser superado por la mayoría de votos en el Congreso. El jurista Emilio Rabasa consideró que la solución de impedir el veto presidencial con una mayoría simple era algo criticable. Debería en su opinión haberse mantenido la fórmula que adoptó la Constitución estadounidense de exigir el voto de las dos terceras partes del Congreso. Así lo planteó:

> La diferencia entre la simple mayoría y dos tercios de votos es considerable y hacía decir en aquella época que serviría para despojar al Congreso de la facultad legislativa. El privilegio del veto no tiene tal poder, porque es simplemente negativo: es la facultad de impedir no de legislar; y como una nueva ley trae la modificación de lo existente, la acción del veto, al impedirla, no hace sino mantener algo que ya está en la vida de la sociedad. El valor de los dos tercios de los votos no pueden calcularse simplemente por la aritmética, como ha hecho observar un escritor, porque es preciso agregar a los números la influencia moral del presidente en el ánimo de cada una de las cámaras, que tienen, hasta en los malos tiempos, una minoría de hombres sensatos, capaces de sobreponer a los sentimientos comunes al juicio superior del bien público.[5]

En la Constitución de Estados Unidos el presidente que no estuviera de acuerdo con el texto de una ley, la devolvería a una de las cámaras para que se procediera a una nueva votación; así, si alcanzaban las dos terceras partes, procedería para que se remitiera a la otra cámara para nuevamente someterse a votación y si se obtenían las dos terceras partes, entonces la ley se habría perfeccionado.

En México el presidente tiene, dentro del procedimiento legislativo constitucional, la facultad de iniciar leyes y de ejercer la facultad de veto. El veto es suspensivo (en tanto retarda la vigencia de una ley) porque al interponerse no puede perfeccionarse el trámite legislativo. Así

[5] Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1982, pp. 177, 178.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

ocurre mientras el presidente no firme la ley para aprobarla y después ordene su promulgación y publicación.

No obstante, la Constitución no faculta al presidente para vetar todos los actos del Congreso o los proyectos de las leyes que se le presenten. La Constitución establece lo que el Ejecutivo no puede vetar, entre otras: las resoluciones del Congreso o de alguna de las cámaras cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado. De igual manera será imposible para el Ejecutivo vetar la declaración de la Cámara de Diputados cuando acuse a uno de los altos funcionarios de la federación. No puede, por razones de separación de poderes, vetar la decisión del Congreso contenida en la ley que regula la estructura y funcionamiento internos del Congreso de la Unión,[6] así como el decreto con el que la Comisión Permanente convoque a sesiones extraordinarias.[7] No podría el Ejecutivo vetar las reformas constitucionales pues, tal como lo sostiene Gamas Torruco, el órgano de reformas constitucionales es un órgano constitucional que desarrolla una función del más alto rango, por su de índole constitucional, y tiene una jerarquía superior al Ejecutivo y a los legislativos federales y locales. "El Ejecutivo no forma parte de él, y por tanto, no procede en el caso de las reformas constitucionales el veto suspensivo de que goza respecto de la legislación ordinaria".[8]

No procede el veto en contra del ejercicio de facultades exclusivas de cada cámara y que estén contenidas en la Constitución. Tampoco procede vetar el bando solemne para dar a conocer la declaración de facultad del presidente electo, que ahora corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la coordinación y evaluación del desempeño de la entidad de fiscalización superior de la Federación y su Ley Orgánica, la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación, la revisión y aprobación de las cuentas anuales, todas estas corresponde ejercerlas a la Cámara de Diputados. Por razones de su propia naturaleza hay actos que no deberían ser vetados porque resultaría un absurdo. Es el supuesto de la ley que eventualmente pudiera emitir el

[6] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 70, párrafo II.
[7] *Ibid*., artículo 72, "J".
[8] José Gamas Torruco, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 571.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Congreso para restringir o suspender el ejercicio de los derechos y las garantías que fueren obstáculo, a que se refiere el artículo 29 constitucional. Imaginemos, como sugiere Elisur Arteaga, que el Congreso no pudiera reunir las dos terceras partes de los votos requeridas para atender el veto presidencial y la urgencia nacional tuviera que esperar que se cumpliera la formalidad.

En cuanto a las facultades exclusivas del Senado, éstas no son sujetas de veto suspensivo como resultan ser: aprobar tratados, ratificar nombramientos, efectuar designaciones o remociones de funcionarios, negar las autorizaciones de salida de tropas nacionales, el paso o la estancia en territorio nacional de fuerzas armadas extranjeras y para disponer de la guardia nacional fuera de sus respectivos estados. No pueden vetarse las facultades comunes a ambas cámaras que se refieren a la administración de cada una de ellas.[9] El veto tiene una procedencia y alcances limitados, tienen que ser actos de naturaleza positiva, pues los actos negativos no pueden vetarse, pues constituiría un absurdo hacer que el Congreso volviera a considerar un asunto, una iniciativa desechada por el propio Congreso, para reunir los votos de dos tercera partes y volviera a debatirse y cambiar la determinación inicial del congreso.

La Constitución establece que si un proyecto es vetado y después es confirmado, se requieren, como también lo dispone la Constitución de Estados Unidos, "las dos terceras partes del número total de votos". La duda que la doctrina ha planteado es si se trata de las dos terceras partes del número total de integrantes tanto de la Cámara de Diputados como de la de Senadores o de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesiones en que existe *quorum*.

La interpretación que prevalece en México es similar a la que dio la Suprema Corte de Estados Unidos en las causas Missouri P. R. Co. *versus* Kansas y Rhode Island *versus* Palmer.[10] El criterio que debe seguirse es el que trata de las dos terceras partes de los miembros presentes, pues de otra manera el texto constitucional hubiera señalado

[9] *Ibid.*, pp. 906, 907.
[10] Missouri P. R. Co. *versus* Kansas 284 U.S. 276 de 1919 y Rhode Island *versus* Palmer 235 U.S. 350 de 1923.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

a todos los miembros. Más aún, en Estados Unidos existe la práctica legislativa que en tales votaciones debe quedar constancia de los votos a favor y de los votos en contra y los nombres de quienes votaron a favor y de quienes votaron en contra deben quedar registrados en el diario de cada una de las cámaras respectivamente.[11]

En Estados Unidos existe una figura conocida como el veto de bolsillo o veto absoluto o silencioso que consiste en la facultad del Ejecutivo de no aprobar una ley al final de las sesiones del Congreso. Si una ley se presenta entre los diez últimos días antes de que concluya el periodo de sesiones, el presidente puede evitar que dicho proyecto se convierta en ley simplemente sin hacer nada. En 1985, tanto la Cámara de Representantes como la de Senadores enviaron al presidente una iniciativa de ley que condicionaba la ayuda militar que Estados Unidos otorgaba a El Salvador a que su presidente otorgara una certificación semestral de que el país centroamericano cumplía con la protección de los derechos humanos. El presidente George H. W. Bush ni firmó la iniciativa ni la devolvió a la Cámara de Representantes, donde se había originado, y en eso ocurrió la clausura del periodo de sesiones, la ley quedó sujeta al "veto de bolsillo" (*pocket veto*). El asunto llegó en 1987 a la Suprema Corte en la causa Burke *versus* Barnes 479 U.S. 361, 362.[12]

En México, hasta antes de la apertura democrática no había mucha necesidad de que los ejecutivos interpusieran vetos suspensivos. En realidad lo que ocurría era que no había más separación de poderes que la contenida en los textos constitucionales. El mecanismo era al revés, tal y como lo plantea Jorge Carpizo: "El veto no ha jugado el papel que tiene reservado en el procedimiento legislativo: en México es más bien el presidente quien legisla, y el Poder Legislativo ejerce una especie de derecho de veto a las reformas que, sin ser importantes realiza a los proyectos presidenciales".[13]

Los presidentes mexicanos han ejercido el derecho de veto suspensivo no necesariamente sobre iniciativas de ley o reformas a las dispo-

[11] *The Wolters Kluwer, Bouvier Law Dictionary*, vol. I., Stepehn Michael Sheppard (ed.), Nueva York, Wolters Kluwer Law & Bussiness, Frederick, MD, 2012, p.575

[12] *Ibidem*, p. 2948.

[13] Jorge Carpizo, "Veto", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, México, 2002, pp. 971-974.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

siciones legales, sino sobre decisiones internas de las cámaras; como ocurrió en 1933, cuando el presidente Abelardo Rodríguez vetó una resolución de la XXXV Legislatura que concedió una pensión de $2.00 diarios a cada uno de los hijos del fallecido coronel de caballería Manuel Bauche Alcalde. El presidente Álvaro Obregón ejerció su derecho en cuatro ocasiones; Emilio Portes Gil; Abelardo Rodríguez en la ocasión ya mencionada; el presidente Miguel Alemán con relación a un proyecto de reformas a la Ley Electoral Federal en 1949; Adolfo López Mateos en dos ocasiones respecto a la Ley de Bienes Nacionales y a la Ley de Vías Generales de Comunicación y Medios de Transporte; Gustavo Díaz Ordaz en tres ocasiones, una de ellas sobre la Ley Orgánica de Fuero Común del Distrito Federal y territorios y Vicente Fox sobre la Ley de Desarrollo Rural.[14]

Más recientemente, el presidente Enrique Peña Nieto vetó una ley que se había convertido en un asunto polémico, con motivo de la discusión y trámite legislativo del paquete de disposiciones sobre corrupción. Fue un proceso largo generado por la exigencia ciudadana de contar con mejores instrumentos de combate a las prácticas de corrupción, conflicto de intereses y transparencia en el manejo de recursos públicos. El presidente adujo razones para vetar una ley que le fue sometida por el Congreso para su promulgación y determinó formular observaciones a una ley aprobada por el Congreso, lo que se conoce como veto, a fin de que se procediera al análisis de las observaciones.[15]

El veto en el sistema jurídico federal mexicano es una expresión de la separación de poderes y representa un medio de defensa del presidente de la República. El ilustre Rabasa consideró al veto como la posibilidad del presidente de participar en la formación de las leyes y no como una derrota del Legislativo. El veto, dice el jurista chiapaneco,

[14] Las ocasiones en que el presidente ha hecho observaciones a disposiciones generales o leyes del Congreso de la Unión durante la vigencia de la Constitución de 1917 se encuentran en http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/polint/dpi32/3veto.htm

[15] Se trataba del artículo 32 incisos b) y c) de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y otros relacionados, que generaron preocupación ciudadana por las implicaciones que tendría poner en vigor disposiciones que según afirmó el Ejecutivo federal "son medidas excesivas y harían inoperante el sistema nacional anticorrupción que se pretende establecer".

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

tiene dos fines directos que se refieren a la seguridad de la nación, siguiendo a Briyce (*The American Commonwealth*):

> dar una garantía de prudencia legislativa, mediante la intervención ilustrada por la experiencia y afianzada en la responsabilidad personal del Presidente; dar al Ejecutivo medios eficaces de defensa contra la invasión y la imposición del Legislativo, que extiende por todas partes la esfera de su actividad y absorbe todos los poderes en su impetuoso torbellino.[16]

Es un instrumento, ha escrito el constitucionalista Elisur Arteaga, en "el juego de pesos y contrapesos que para establecer el equilibrio entre dos poderes dispone la constitución".[17] La aproximación del profesor de teoría constitucional de la Universidad Autónoma Metropolitana reviste una manera propositiva de ver al veto no necesariamente como una expresión de la tensión entre dos poderes, sino como un acto de colaboración que permite al presidente hacerle llegar al Congreso de la Unión información, objeciones y cuestionamientos que probablemente no fueron vistos ni analizados al momento de preparar un determinado anteproyecto en que no se tomaron en cuenta tales observaciones. Finalmente la separación de poderes puede traducirse con el veto en una forma de colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo. El ejercicio del derecho de veto por el presidente da a los diputados y senadores del Congreso de la Unión la oportunidad de pensarlo dos veces y tomar en consideración aspectos innovadores. Habría que mencionar que el veto existe en el sistema constitucional mexicano para que también lo ejerzan los gobernadores de los estados y el jefe de Gobierno de la Ciudad de México.

•

[16] Emilio Rabasa, *op. cit.*, p. 174.
[17] Elisur Artega Nava, *Tratado de derecho constitucional*, vol. I., México, Oxford University Press, 1990, p. 459.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El Poder Judicial y su inserción en la división de poderes[1]

La separación de poderes es una idea central para comprender el papel de la judicatura en el funcionamiento del Estado. Quienes se dedican a la ciencia política no han dado todavía una respuesta satisfactoria a la pregunta ¿qué es el poder?[2] Los politólogos y otros científicos sociales no revisan los conceptos desde el punto de vista jurídico, considerando que ni la ciencia política ni la sociología tienen una respuesta integral a esta interrogante. Por ello, la mejor aproximación que existe a la noción de poder es la visión jurídica que se encuentra en los textos constitucionales.

Antes de la doctrina constitucional sobre la división de poderes, Montesquieu no llegó a explicar en qué consistía con exactitud el poder, aun cuando sí precisó —ésa es su aportación fundamental— la necesidad de su adecuado ejercicio como un asunto básicamente jurídico.

El maestro Mario de la Cueva escribió que no se ha indagado de modo suficiente sobre el significado que atribuye Montesquieu al poder, pues para el autor de *Del espíritu de las leyes* el término significaba función o actividad. El sabio jurista mexicano basaba su interpretación en la forma como están construidas ciertas frases de Montesquieu:

[1] Este apartado sigue en alguna medida el texto ahora corregido y aumentado del capítulo primero de mi libro *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997.
[2] Gilberto Giménez, *Poder, estado, discurso*, México, UNAM, 1989, p. 11.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

"por el Poder Legislativo, el príncipe o magistrado hace las leyes, esto es el Poder Legislativo no es el príncipe, ni el magistrado encargado de hacer las leyes, sino la potestad de hacerlas, de lo que se infiere que el término poder no significa persona u órgano encargado de la función legislativa".[3]

Es claro que se trata de una función jurídica que condiciona a la política. Montesquieu propuso —de hecho es su aportación fundamental— la conveniencia de separar las funciones y crear un sistema de asignación de tareas, de pesos y contrapesos, en el cual cada función se encomendara a un órgano distinto. Las funciones legislativa y ejecutiva se refieren precisamente al poder, toda vez que se trata de actividades de los dos órganos, el Ejecutivo y el Legislativo, que ejercen visiblemente el poder; el Judicial, por su parte, no es estrictamente poder en el sentido que se le asigna al término (facultad o potencia de hacer algo), en tanto no está ni debe estar vinculado a la política. Más allá de Montesquieu, se debería hablar de separación de funciones y no tanto de la división o partición del poder, pues se trata de un concepto unitario y lo ejerce el Estado en su conjunto. Por ello, más que de división, el término adecuado es la unidad del poder, su sentido unitario y la conveniencia de separar funciones para ejercer el control, los pesos y contrapesos recíprocos. García Pelayo consideraba que la división no es tema nuevo, en tanto los poderes estaban divididos, sino que deriva de "un plan para asegurar derechos individuales".[4]

Las funciones pueden desempeñarse por poderes distintos, pero reflejan la unidad del poder y el asunto se convierte, más bien en algo terminológico: ¿cómo algo que se divide es unitario? No debe olvidarse que la división es funcional y por ello se divide para su ejercicio, como dice la Constitución. Finalmente en esta discusión la salida está en lo que plantea Diego Valadés sobre lo que está implícito en el principio de la separación de poderes: no es la parálisis que un poder puede

[3] Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 198.
[4] Manuel García Pelayo, "Derecho constitucional comparado, la estructura constitucional del Estado democrático liberal", en *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid, 1950, p. 134.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

provocar en la actuación del otro, sino que, por el contrario, se trata de "contribuir responsablemente a su mejor desempeño".[5]

La aproximación más certera al poder es la del análisis constitucional. No en vano la doctrina constitucional surge al mismo tiempo que la tesis de la división de poderes y encuentra en ella su parte medular, como es la organización del Estado. Sin separación del poder no es posible pensar en un estado de derecho ni en una sociedad democrática. Las constituciones del final del siglo XVIII, como las de Estados Unidos y Francia, son la expresión de un pacto sobre el reconocimiento de los derechos individuales, pero también sobre la parte orgánica del Estado que garantiza la libertad de los individuos. La organización del Estado es, en última instancia, la organización del poder público; la distribución de sus facultades y competencias configura un sistema de pesos y contrapesos entre los órganos del poder público. Cualquier análisis sobre el poder, entendido éste como capacidad de hacer política, requiere, desde el punto de vista constitucional, una referencia sobre la llamada separación de poderes. Los poderes, desde esta óptica, son facultades o potestades que se asignan a órganos del Estado para el ejercicio de la soberanía hasta determinadas competencias.

Antes de Montesquieu existieron organizaciones democráticas, autoritarias, descentralizadas o centralizadas. En estas formas de organización política se pudo haber llegado a una separación de funciones por razones de utilidad o división del trabajo, pero la propuesta del autor de *Del espíritu de las leyes* tuvo como eje no solamente la utilidad de la distribución de facultades, desde el punto de vista práctico, sino la defensa de los ciudadanos del abuso de quien en una sola mano detenta dos o más poderes y la prevención del riesgo que ello conlleva. Esa es la separación que interesa como la herramienta para ejercer el control del poder por los órganos que lo detentan y para garantizar las libertades y derechos de quienes conforman una unidad política.

John Locke, cuyo pensamiento influyó tanto en el desarrollo de la ciencia política, es el precursor de la teoría de Montesquieu. Para el filósofo inglés, como lo habíamos apuntado antes, existen cuatro

[5] Diego Valadés, *El control del poder*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, p. 150.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

poderes que guardan entre ellos relación de preeminencia. El Poder Legislativo ha de ser supremo en tanto tiene la función ordenadora de la sociedad. Debe cuidar el cumplimiento de sus resoluciones, por lo que debe existir el Ejecutivo que acate las órdenes del Poder Legislativo al cual está subordinado. En conexión con este último existe un poder que tiene a su cargo las funciones exteriores, la relación con el mundo más allá de las fronteras nacionales. Se trata del Poder Federativo que hace las declaraciones de guerra, los tratados de paz y las alianzas. Con base en la tradición inglesa existe un cuarto poder, el de "prerrogativa", bajo el principio de *Primus inter pares*, un poder residual que conservaba la Corona inglesa, que al actuar libremente lo podía hacer aun en contra de la ley.[6]

Locke se adelantó a la teoría de Montesquieu al referir que sería conveniente que el Ejecutivo y el Legislativo estuvieran separados, pues es peligroso que las personas que tienen a su cargo la confección de las leyes también dispusieran de la facultad de ejecutarlas, como se había planteado líneas arriba. Por otra parte, no es fácil separar al Ejecutivo y al Federativo. En realidad la propuesta es solamente un adelanto, pues Locke, siendo liberal, no justificó la división que proponía en aras de la libertad, como lo haría el autor francés de la teoría de la división de poderes.

No hay duda de que Montesquieu conocía con detalle que la separación de poderes está sustentada en el principio de equilibrio que existe entre ellos. Fue Blackstone quien identificó el valor del equilibrio que surge a partir de los pesos y contrapesos, de los controles recíprocos que son indispensables para mantener las libertades. Montesquieu nunca predicó una separación tajante de las tres ramas del poder, nunca imaginó actividades estatales desarticuladas, dislocadas, sin nexos, lo pensó como una fórmula para que el poder controlara al poder. Como la premisa exige tensión entre los órganos y eventualmente controversia y conflicto, la idea de un tercer poder controlador, árbitro de las disputas parecía, como resultó ser, una necesidad política y jurídica.[7]

[6] Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, Madrid, Editorial Cívitas, 1984, p. 371.

[7] Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 90, 91.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Charles de Secondat, barón de Montesquieu, vivió inmerso en la filosofía de la Ilustración y recibió la influencia del pensamiento científico del naciente enciclopedismo francés. Adicionalmente, su estancia en Inglaterra y el conocimiento del gobierno y de las instituciones políticas inglesas imprimieron un sello definitivo sobre su teoría, que habría de convertirse en una de las decisiones políticas fundamentales y piedra angular del constitucionalismo que habría de normar la vida política del mundo por venir.

Si se tuvieran que simplificar los dos temas que Montesquieu plantea serían: 1) la libertad de la persona humana y 2) la separación de poderes destinada a procurar esa libertad.[8] No obstante, Montesquieu deseaba que la división de poderes perdurara como doctrina, como método para asegurar la limitación de un poder por otro y así, asegurar la libertad de los hombres.

Algunos autores contemporáneos coinciden en las siguientes aseveraciones: a) la teoría de la llamada división de poderes renace en 1748, b) su autor es Montesquieu y c) obedece a la necesidad de garantizar un régimen de libertades mediante el desdoblamiento del poder y el control recíproco de los órganos del Estado que reciben las facultades.

La nota distintiva de la propuesta de Montesquieu respecto de las aportaciones previas, incluyendo las tesis clásicas de griegos y romanos, la de Maquiavelo que recupera Elisur Arteaga y, en particular, la de Locke, es la distribución propuesta que tiene como finalidad alcanzar la libertad de los ciudadanos y no es una simple cuestión técnica de organización del poder o de eficiencia política-administrativa. No es un asunto del resorte de la administración o de las políticas públicas, sino de la libertad y la democracia de una comunidad.

La teoría de Montesquieu tuvo una influencia notable en el moderno constitucionalismo y particularmente en la conceptualización del Poder Judicial. Expuesta en un momento propicio, imprimió un sello que se extendería de Europa a América con 28 años de diferencia. Efectivamente, en la Declaración de Virginia en 1776, se estableció: "Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados y ser distintos". La Constitución de Estados Unidos desarrolla esta

[8] Mario de la Cueva, *op. cit.*, p. 195.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

tesis a lo largo de sus disposiciones. Con razón Alexander Hamilton reconoce, en *El federalista*, la paternidad de Montesquieu en cuanto a la configuración del modelo clásico de pesos y contrapesos (*checks and balances*). También la Declaración de Derechos de Francia proclama la tan conocida máxima: "Una sociedad en donde la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes establecida carece de constitución". La Constitución francesa de 1791, en contra de la teoría de la indisolubilidad de la soberanía, ve en cada poder una fracción material de la misma.

La división de poderes, en su interpretación actual, debe atribuirse a Montesquieu en su estudio clásico *Del espíritu de las leyes*. El edificio político del pensador francés sirvió a los sistemas modernos y está estructurado sobre algunas premisas que valen para explicar el sentido y propósito de los procesos democráticos:

> Las leyes políticas y su ordenamiento producen libertad; por ello, el movimiento que lo sustenta, el liberalismo, inspira el tránsito del antiguo régimen monárquico y autárquico a las nuevas repúblicas que se asumen como federales en el continente americano.
>
> El ordenamiento consiste en la separación de los dos poderes principales —ejecutivo y legislativo— del Estado, de manera que uno no absorba a otro.
>
> El espíritu general o la voluntad general, a la que se refirió Juan Jacobo Rousseau, se manifiesta siempre, de tal manera que la política no es otra cosa sino la expresión popular.
>
> Las estructuras políticas y las instituciones sociales son dinámicas. La manera en que se manifiestan estos cuerpos es a través de la representación, por medio de intermediarios elegidos por el pueblo que van a los cuerpos colegiados. Montesquieu es quien defiende la representación y particularmente el bicameralismo como la fórmula más acertada. Así lo expresa: "El Poder Legislativo corresponderá a un brazo de nobles o personas que se distinguen de los demás por su nacimiento, riqueza u honores y un brazo que representará al pueblo. Cada uno de estos brazos tendrá diferentes asambleas, votaciones e intereses".[9]

[9] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Enrique Tierno Galván (intr.), Madrid, Tecnos, 1987, p. XLIII.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

No obstante, la organización pública que garantiza la libertad y el ejercicio de derechos individuales es el Poder Judicial. Para ello es necesario que la jurisdicción se eleve a función pública, independiente, separada de la función ejecutiva. En el fondo, lo que Montesquieu quería evitar era que el rey fuera al mismo tiempo soberano y justicia, lo que acontecía en el antiguo régimen. Entonces, la concentración de los dos poderes impedía la protección efectiva de los derechos humanos. A pesar de ello, Montesquieu propuso instaurar un "Estado legislativo", intentó reducir al juez a ser una máquina neutra para subsumir hechos concretos en los supuestos previstos por las leyes. El papel de los jueces quedó enmarcado en una frase legendaria: los jueces son la *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Esta posición autómata es contraria a la desarrollada por la doctrina estadounidense del *judicial review*, que convierte al Poder Judicial en un creador del derecho (*law maker*).

El principio de la división de poderes que adoptaron las constituciones de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se convirtió en un dogma. Tuvo un desarrollo ulterior importante y sirvió como eje de las constituciones demo-liberales: se redujeron los poderes sistematizados por Montesquieu. La tesis de la reducción a sólo dos poderes, excluyendo al Poder Judicial, obedeció al criterio de considerar que únicamente existen dos caminos del poder: la creación de la ley, por una parte, y su aplicación, por la otra. En cuanto a la aplicación se incluyen tanto la función administrativa como la jurisdiccional.

En México, en los *Sentimientos de la Nación* de Morelos, quedó plasmada la separación de poderes de manera tripartita, que otras constituciones mexicanas posteriores habrían de refrendar: "Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos". El sentimiento de la nación de Morelos está ahora presente, está vivo en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se vio en el apartado anterior.

En los términos del artículo 49 constitucional, a cada una de las ramas de la autoridad pública se le atribuye una de las funciones del Estado y garantiza la independencia entre los poderes.

La división de poderes constituye una de las decisiones políticas fundamentales a que aludió Carl Schmitt. Es una de las declaraciones

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

del derecho constitucional mexicano y, en general, del constitucionalismo de nuestro tiempo. La ciencia política explica la separación de poderes como una división del trabajo de los órganos del Estado. La tesis de Montesquieu se sustenta en la naturaleza humana: en la tendencia al abuso del poder, en un sentido más jurídico y sociológico, que es meramente instrumental. Por ello Montesquieu hablaba de la necesidad de que el poder limite al poder:

> Cuando los poderes Legislativo y Judicial se reúnen en una misma persona o en el mismo cuerpo no puede haber libertad. Asimismo no hay libertad si el Poder Judicial no se encuentra separado del Legislativo y Ejecutivo. Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.[10]

No se le debe conferir todo el crédito de la teoría exclusivamente a Montesquieu. Hay antecedentes en Heródoto, Platón, Aristóteles, Polibio y Maquiavelo. De la lectura de *Del espíritu de las leyes* no se deriva la propuesta de la división tajante o interpretación separatista de los poderes. Hay varias notas que explican la división de poderes como un principio constitucional:

- Se trata de tres órganos.
- Son distintos.
- Cada uno ejerce sus atribuciones sin reservas.
- Cada órgano es independiente de los otros dos.
- Ninguno está facultado para impedir la actividad del otro, ni para obligarlo a hacerla.
- La función de cada uno de ellos no es revocable ni revisable por los otros dos.
- No hay relación directa entre los representantes de cada poder.[11]

[10] *Ibidem*, pp. 107, 108.
[11] Juan Vallet de Goytisolo, "La separación, no confusión o contrapeso de poderes", en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. I, Madrid, Cívitas, 1993, p. 181.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Estas premisas son teóricas, pues la idea del poder no es unívoca, sino que muestra las condiciones y circunstancias políticas, sociales, económicas y jurídicas de una comunidad. Así lo ejemplifica el siglo XIX mexicano que se caracteriza por una preponderancia del Congreso frente al Poder Ejecutivo. Mientras que, por el contrario, el siglo XX es el del presidencialismo, como una forma prácticamente exclusiva de organización y mandos políticos, a partir del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza a la Asamblea Constituyente en 1916. En lo que va del siglo XXI es deseable que la tendencia sea la de la cooperación entre poderes. Un ejemplo de esta tendencia es el nombramiento del fiscal general que se verá en el último apartado.

No es claro si Montesquieu propuso la "división tajante". La lectura de Eisenmann y su crítica de la interpretación de la división tajante, de ser real, efectiva, impediría el beneficio político, democrático a favor de la libertad propuesta por Montesquieu, consistente en una distribución adecuada del poder, en la existencia de pesos y contrapesos.[12]

Han surgido críticas acerca de que Montesquieu no buscaba una división de poderes que ubicara a cada una de las funciones clásicas en compartimentos estancos. En efecto, en un análisis gramatical de su obra, no se observa el empleo de las expresiones "división" o "separación de poderes". Solamente ocurre en el famoso párrafo quinto del capítulo VI, del libro XI, referido al Poder Judicial, y su alusión a la separación en forma negativa: "Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Poder Ejecutivo, el juez tendría la fuerza de un opresor".[13]

La misión que se le confiere al Poder Judicial es realizar una función distinta al gobierno y con ello confirma no tanto la división, sino la independencia de los jueces por asegurar la libertad individual. Es claro que las restricciones a la autonomía del Poder Judicial y el riesgo de intromisión de los otros poderes deriva en la corrupción del

[12] Charles Eisenmann, "Del espíritu de las leyes y la separación de poderes", en *Anuario Jurídico*, número 2, 1975, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp. 429-450.
[13] Montesquieu, *op. cit.*, p. 107.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

principio de la democracia. Si el pueblo quiere hacer todo, despoja a los jueces de su potestad y el populismo abarcaría todas las funciones. En las repúblicas mixtas donde coexisten democracia y aristocracia, la justicia puede utilizarse por una clase contra la otra y si llega, como lo planteó Montesquieu, la "venganza de la República se establece la tiranía de los vengadores". Tampoco daba suficiente crédito a las monarquías, en que hay contradicción entre el Consejo del monarca y los tribunales. El Consejo de los reyes se compone de unas cuantas personas, mientras que los tribunales requieren de un número considerable de funcionarios. Para Montesquieu la potestad de juzgar es nula como poder político: "sólo las cámaras y el gobierno —el monarca y los ministros— son órganos políticos; sólo a ellos tienen asignado un papel propiamente político. Los jueces, los tribunales, quienes ejercen el poder de juzgar, no son por el contrario, fuerzas políticas a sus ojos; la justicia no es un poder en sentido político".

La tradición de estudios en el siglo XX se ha orientado hacia una visión "separatista" de los tres poderes, aislados, con un ejercicio delimitado y particular de las atribuciones que les corresponden, distintos, separados y sin que haya posibilidad de interrelación entre ellos. Sin embargo, el tiempo y el desarrollo histórico demostraron lo erróneo de esta interpretación que se ha enseñado en las escuelas de derecho y de ciencias políticas desde hace lustros. Charles Eisenmann, desde 1939, hace una interpretación diferente con base en dos proposiciones diversas:

> Lo importante es que no se confundan los poderes. Un mismo cuerpo puede formar parte simultáneamente de dos órganos titulares de poderes diferentes con tal de que no ocurra con todos los elementos integrantes.
>
> No se pueden separar los órganos políticos supremos, como son el Legislativo y el Ejecutivo, sino contrapesar, balancear y contrabalancear, con la finalidad de que ambos se pongan de acuerdo a fin de que la decisión de uno inmovilice al otro. Excluye de este análisis a los titulares de la función judicial que, como había mencionado antes, no forman parte del poder.[14]

[14] Juan Vallet de Goytisolo, *op. cit.*, pp. 181 y 182 y Charles Eisenmann, *op. cit.*, pp. 429 y 450.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Montesquieu dudó que el Poder Judicial fuera un auténtico poder. No obstante por su carácter de magistrado, no le confirió tal carácter de manera explícita. Cuando se habla del Poder Judicial como un poder auténtico es "para situarlo en condiciones de independencia que lo desvinculen de sumisiones indebidas al Ejecutivo".[15]

Entre nosotros, Emilio Rabasa consideró que la declaración de la división de poderes de la Constitución de 1857 significó un error que condujo a deducciones equívocas. En su opinión, la Constitución liberal debió haberse limitado a determinar las funciones de cada departamento, dejando a la academia el análisis de las condiciones de cada uno de los poderes. Puso como ejemplo lo que entonces ocurría en Europa: cuanto más se elevaban los tribunales menos idea había de que la administración de justicia fuera un poder. Escribe este autor que la división de poderes es cómoda, pero falsa en tanto:

> el departamento judicial nunca es poder, porque nunca la Administración de Justicia es dependiente de la voluntad de la nación; porque en sus resoluciones no se toman en cuenta ni el deseo ni el bien públicos y el derecho individual es superior al interés común porque los tribunales no resuelven lo que *quieren* en nombre del pueblo, sino lo que en nombre de la ley y porque la voluntad libre, que *deben* es la esencia del órgano del poder, sería la degeneración y la corrupción del órgano de justicia.[16]

Para Rabasa la justicia emana del poder popular, pero no en su aplicación sino originariamente. Lo que constituye parte del poder es determinar los principios sobre lo que el Congreso legisla, pero no sobre lo que los tribunales fallan. Se confunde y en ello está el error, dice Rabasa, el *jus* con el *judicium*.

Esta misma idea la deriva Rabasa del planteamiento del propio Montesquieu contenido en el libro XI, capítulo VI, para quien, de los tres poderes, el Judicial es en cierto modo nulo. Con la diferencia de los años que los separan, los planteamientos de los dos autores se asemejan sorprendentemente. Los jueces no son sino instrumentos que pronuncian las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden

[15] Montesquieu, *op. cit.*, p. 374.
[16] Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1982, p. 188.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes. El concepto instrumentalista del Poder Judicial no responde a la categoría histórica que ha tenido la administración de la justicia. Emilio Rabasa tenía, no obstante y con justicia, la más elevada opinión de la Suprema Corte, pues a ésta le corresponde el papel más alto en el orden interior de una República, como es mantener el equilibrio de las fuerzas activas del gobierno por la autoridad que le confiere ser intérprete única de la Constitución.

En México, el abogado José María Truchuelo, quien fuera ministro de la Corte, refutó a Rabasa al revisarse en el Congreso Constituyente de 1917 la tesis contenida en *La Constitución y la dictadura*. Para Truchuelo, la propuesta de Rabasa era una idea absurda, pues el Judicial no es un departamento sino un verdadero poder. Cuando el monarca era dueño absoluto de la vida de los hombres y, por tanto, de la justicia, se entendía que se limitara a ser un simple departamento como había ocurrido en todas las dictaduras. Truchuelo argumentó que existen los tres poderes por distintas y cercanas razones: el Legislativo porque el pueblo quiere buenas leyes, el Judicial porque la nación quiere que se imparta justicia y el Ejecutivo porque los hombres quieren que se cumplan las leyes. Es ilustrativo que en defensa del Poder Judicial haga diferencias con los otros dos poderes: mientras el Ejecutivo puede revocar sus actos y el Legislativo puede reformar sus leyes, el Poder Judicial no puede volver atrás, pues: "en tanto sus sentencias tienen firmeza indiscutible por encima de cualquier acto de todos los demás poderes y su obra no puede ser cambiada por ningún otro poder, lo que confirma su alto, invariable y trascendental poder y su superioridad sobre los otros dos".[17]

En un momento de su intervención Truchuelo llegó a dar en el corazón del debate. Señaló que "el Poder Judicial tiene todas las características de un verdadero Poder: así lo demuestra ampliamente Laboulaye, es indiscutiblemente una institución soberbia, hermosa, es una institución moderna que tiene mayor fuerza que todos los demás

[17] *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, t. II, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, pp. 510-511.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

poderes".[18] Esa tarde del 20 de enero de 1917, el espíritu de Montesquieu estuvo presente y fue ampliamente citado y comentado en una de las últimas sesiones del Congreso Constituyente en la ciudad de Querétaro.

Montesquieu consideraba que el Legislativo debía estar separado del Ejecutivo, salvo tres excepciones para asegurar el interés particular de quien debía ser juzgado. Como primera, y conforme a su criterio aristocratizante, Montesquieu estimaba que no era conveniente que los nobles fueran juzgados popularmente, sino por sus iguales y en consecuencia tenían que ser juzgados por parte del cuerpo legislativo. En segundo lugar los legisladores debían también intervenir cuando la ley fuera demasiado rigurosa y moderarla en beneficio de la propia ley. En tercer término, en el supuesto de que un ciudadano violara los derechos del pueblo en un asunto público y cometiera delitos que los jueces no quisieran o pudieran castigar, entonces correspondería a los legisladores intervenir.[19] Las tres hipótesis son una clara intromisión de un poder en otro, lo cual violenta la teoría planteada inicialmente.

La tesis de Montesquieu sentó las bases para evitar el abuso del poder en su forma primitiva de expresión, que es el dominio por el déspota. Frente a ello sólo existe como reacción la rebeldía, que puede llevar, si se fracasa, a la muerte o a la cárcel. Otras formas de organización del poder, como la autoridad o la dirección que los sociólogos han caracterizado, recibieron también la influencia de Montesquieu y de la glosa posterior de su teoría.[20] Su propuesta influyó en el desenvolvimiento del constitucionalismo de los siglos XIX y XX y dejó firme la tesis de la división de poderes como requisito para la plena libertad, la preservación de abusos del poder y el sistema de pesos y contrapesos. Montesquieu buscaba un gobierno de leyes cuyo eje sería la libertad entendida como la facultad de hacer todo lo que la ley no prohíbe expresamente.

[18] *Idem.*
[19] Montesquieu, *op. cit.*, p. 112.
[20] *Cfr.* Gilberto Giménez, *op. cit.*, sobre una discusión más acabada sobre "el poder", pp. 9-36.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El nacimiento de la moderna administración pública, monocrática, unipersonal y neutral coincide con la aparición del concepto de la separación de poderes, de igual manera el agrupamiento organizativo de la jurisdicción como poder independiente, concebido como potestad pública. Por ello, la aspiración de independencia y autonomía del Poder Judicial deriva de la necesidad de contraponer pesos al poder público.[21]

•

[21] *Cfr.* Eduardo García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981, pp. 27-31.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Constitución fija los requisitos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se requiere para su designación la intervención definitiva de los otros dos poderes: el presidente que presenta una terna al Legislativo y este órgano, a través del Senado, formula el nombramiento. La reforma judicial de 1994 estableció en México la norma que garantiza la vinculación de los ministros al país al exigir que éstos sean ciudadanos mexicanos por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles y haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación. Previó además que los ministros de la Suprema Corte deberían tener una edad mínima de 35 años y canceló la disposición anterior que establecía 65 años como edad límite para ejercer el cargo.[1] En 1995, cuando se reestructuró la Suprema Corte y se modificó su composición de 25 a 11 ministros, varios de ellos ya tenían o estaban por cumplir 65 años. Esta garantía de idoneidad se complementa con el requisito de poseer el título de licenciado en derecho con antigüedad de diez años, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por infracción que amerite pena corporal de más de un año por los delitos de robo, fraude, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama;

[1] La redacción es equívoca, pues el artículo constitucional consigna que se deben tener 35 años "cumplidos" el día de la elección.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

haber servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia y para quienes no hayan incursionando en la carrera judicial ser un distinguido y honorable profesional del derecho. En México no siempre fue tan obvio el requisito profesional de ser abogado, pues la Constitución de 1857 no lo señalaba. Los ministros eran entonces electos popularmente, sin que intervinieran mayormente los otros poderes. Los electores valoraban los atributos personales de los candidatos a formar parte de la Suprema Corte, pero no se detenían a evaluar su formación o méritos académicos.

La reforma constitucional promulgada en 1995 tuvo el acierto de introducir la carrera judicial como el elemento catalizador de la función judicial. Este sistema para designar, ratificar y promover a los funcionarios judiciales ha empezado a probar su utilidad, pues los encargados que han incursionado por la carrera judicial van integrando expedientes de sus logros y éxitos judiciales y académicos que muestran la idoneidad para el cargo. Si bien la carrera judicial mexicana no comprende la categoría de ministro de la Suprema Corte, a partir de la reforma aludida algunos de los nuevos ministros formaban parte de la carrera judicial.[2] El escalón más alto es el de magistrado de Circuito, no obstante la presencia de ministros de la Suprema Corte provenientes del Poder Judicial federal, esto propicia que los funcionarios con carrera judicial tengan los beneficios en su formación y actualización profesional.

También se establece que para ser propuesto como ministro se requiere no haber desempeñado en el año previo a la designación los cargos de secretario de Estado, procurador general de la República o de Justicia del Distrito Federal, gobernador o jefe de Gobierno del Distrito Federal.

La enumeración de los cargos que impiden la designación resulta incompleta. No deben acceder a los cargos los funcionarios señalados expresamente por la Constitución general, pero ¿qué sucede con otros funcionarios que pueden ser tan importantes y cuya designación rompería con la garantía de apoliticidad que la norma pretende

[2] El caso emblemático es el del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, que presentó uno de los exámenes más sólidos para acceder a la categoría de magistrado de Circuito, antes de ser designado ministro de la Suprema Corte.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

garantizar? ¿En cierta manera la disposición incide también sobre el principio de separación de poderes para evitar el tránsito de funcionarios del Ejecutivo o de legisladores al Poder Judicial? ¿No pueden ser nombrados ministros de la Corte el procurador de Justicia o fiscal general de la Ciudad de México, pero sí pueden ser el procurador de Justicia del Estado de México, o el secretario de gobierno de algún estado de la República? ¿Qué sucede con los directores de organismos descentralizados como el IMSS, ISSSTE, CFE, PEMEX o la embajada de México en Estados Unidos, de particular notoriedad, que son cargos de relevancia nacional?

El presidente deberá tener el juicio de atender al sentido de la norma y no designar a subsecretarios, oficiales mayores u otros funcionarios de alto rango, aun cuando constitucionalmente lo pueda hacer.[3] Me parece que la disposición es innecesaria, va en contra del bien jurídico que pretende preservar, como es el arribo a la Suprema Corte de funcionarios de alto rango, que la comprometería políticamente y vulneraría su independencia, además del principio de la separación de poderes que nos ocupa.

En cuanto al derecho comparado es útil la revisión del precepto de la Constitución de Estados Unidos al respecto. La constitución de ese país no fija requisitos para ocupar el cargo ni establece limitación cuando concluye el encargo para ejercer la profesión de abogado. No lo señala en cuanto a la edad mínima para ingresar, antecedentes profesionales o lugar de nacimiento. En cuanto a la edad límite para desempeñar el cargo no existe tampoco, como alguna vez se estableció en México. La designación del juez asociado de la Suprema Corte con mayor edad en la historia fue la de Horace Lurton, quien a los 65 años fue nominado por el presidente William Howard Taft en 1909. En cuanto a la nacionalidad, la Suprema Corte ha tenido varios jueces asociados que nacieron fuera de los Estados Unidos: James Wilson nació en Escocia en 1874, James Iredell en Inglaterra en 1751, David Brewer en Asia Menor en 1837, George Sutherland en Inglaterra en 1963 y Felix Frankfurter en Austria en 1882. En México, la edad para ejercer

[3] Elisur Artega Nava, *Tratado de derecho constitucional*, vol. I., México, Oxford University Press, 1990, pp. 505-507.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

el cargo de ministro de la Suprema Corte no había sido un factor de atención política o académica y con la reforma de 1994, al cancelar el límite de edad, dejó de ser elemento a considerar.

La formación profesional no ha sido obstáculo para desempeñar el cargo en Estados Unidos, no se requiere, como en la gran mayoría de los países, el título de abogado. Es lógico que la mayoría de los jueces asociados sean abogados, aun cuando la ley no lo imponga. Se trata de abogados formados en las escuelas más prestigiadas de los Estados Unidos (la Universidad de Harvard, particularmente, es la institución académica que ha aportado el mayor número de jueces).

La Constitución de Estados Unidos señala que el presidente tiene la facultad de designar a los jueces asociados de la Suprema Corte y al *Chief Justice*. Estas designaciones, si bien requieren la confirmación del Senado, son responsabilidad del presidente. La fórmula que utiliza la Constitución es que el presidente lo hará "con la opinión y aprobación del Senado". También es una práctica no escrita que los senadores tengan voz preferencial respecto de las designaciones de los jueces federales que habrán de ejercer en sus estados. En México el presidente somete a consideración del Senado una terna para que éste determine quién debe ser nombrado. Los dos sistemas, el mexicano y el estadounidense, utilizan esta forma de colaboración entre poderes, sujeta a diferencias sustanciales.

La Constitución de Estados Unidos establece que los jueces asociados de la Suprema Corte, así como los jueces federales, una vez designados y aprobados por el Senado, permanecerán en el cargo de manera vitalicia. No fija término para su gestión, pero la condiciona a que observen buena conducta. Eso significa que pueden permanecer en el cargo hasta su renuncia o muerte. Lo anterior ha planteado otro debate: ¿qué sucede cuando un *Chief Justice*, un juez asociado de la Suprema Corte, un juez federal de apelación o un juez federal de distrito llegan a una edad senil o bien enferman, son ebrios consuetudinarios, drogadictos o pierden sus facultades mentales? Podrían teóricamente y conforme al texto constitucional permanecer en su cargo hasta su muerte. Se trata de una solución extrema para garantizar la independencia judicial y la autonomía de los juzgadores federales respecto de las fuerzas políticas dominantes.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El origen se la necesidad de preservar la independencia judicial está en *El Federalista*. Alexander Hamilton escribió: "La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada". Hamilton sustenta la necesidad de la permanencia en el cargo en razón de que si los tribunales de justicia deben ser considerados como los baluartes de una constitución en contra de las usurpaciones legislativas, será necesario que la tenencia permanente de las funciones judiciales se mantenga irrestricta, ya que nada puede contribuir y estimular a la independencia judicial como la garantía de permanencia en el cargo.[4]

La idea de inamovilidad absoluta de los jueces asociados fue adoptada por el sistema mexicano por influencia estadounidense, pero también por el predominio del sistema jurídico español. La Constitución de Cádiz, promulgada en 1812, fue declarada vigente en dos ocasiones durante la Colonia española en la Nueva España. Tuvo una notable influencia en la formulación del Acta Constitutiva y en la Constitución de 1824. La Constitución fue jurada en América y sirvió como modelo constitucional. El hecho de que diputados novohispanos la presentaran a las provincias, entre ellos el diputado Miguel Ramos Arizpe, considerado el padre del federalismo mexicano, imprimió un sello a este cuerpo normativo. En la parte conducente, la Constitución gaditana establecía que "los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos sino por acusación legalmente intentada".[5]

La Constitución de Estados Unidos señala que los jueces asociados de la Suprema Corte, así como los jueces de menor jerarquía, "permanecerán en su cargo mientras observen buena conducta y recibirán en fechas preestablecidas una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante su permanencia en el cargo".[6] La finalidad de conferir la inamovilidad a los funcionarios judiciales es para preservar así su independencia, una de las garantías de la función judicial. Habría

[4] Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, *El Federalista*, prólogo de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 331, 333.
[5] Constitución de Cádiz, 1812, artículo 252.
[6] Artículo III, sección 1.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

que señalar que los funcionarios adscritos al Poder Ejecutivo y los legisladores electos no gozan de cargos vitalicios, lo que hace evidente la naturaleza distinta de las funciones que tienen encomendadas.

En México los ministros son designados bajo el procedimiento de terna que presenta el presidente de la República al Senado para que, previa comparecencia de sus integrantes, haga la designación. Ésta la realizan las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes en un plazo improrrogable de treinta días a partir de la recepción de la terna presidencial. Si el Senado no resolviese dentro de este plazo el cargo lo ocuparía la persona que el presidente designara dentro de la terna. Si el Senado rechaza la terna totalmente, el presidente somete una nueva terna. Si fuera rechazada, ocuparía el cargo la persona que designara el presidente.[7]

Esta mecánica ha sido criticada en tanto coloca a los integrantes de la terna, en el mejor de los casos, en una especie de concurso de oposición. Si los ministros deben ser, conforme lo estipula la Constitución, personas que además de gozar de buena reputación, hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica, resulta inconsecuente que el Senado repruebe a dos personas que cumplan a los ojos del presidente con esas características.[8] Se trata de una descalificación que se

[7] Artículo 96 constitucional.

[8] Se dio el caso de una terna integrada por tres funcionarias judiciales que fue rechazada por el Senado y provocó tensión entre el Senado y el Poder Judicial de la Federación. El presidente Felipe Calderón decidió que la vacante del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, quien había fallecido, la debería cubrir por razones de "equidad de género" una mujer. Eso explica por qué haber integrado una terna con funcionarias judiciales. El Partido Acción Nacional no logró el acuerdo con el bloque en contra que formaron el Partido Revolucionario Institucional y el Partido de la Revolución Democrática, lo que obligó al Senado a rechazar la terna después de un trámite de desgaste para todos los actores involucrados. En las diferentes votaciones nunca se alcanzó el porcentaje de votos que prevé la Constitución. Después de una incomprensible espera por parte del Ejecutivo, el presidente de la Suprema Corte tuvo que hacer un reclamo público sobre la urgencia de que se cubriera la vacante, pues muchos asuntos, tanto de la Sala que integraba el ministro Gudiño Pelayo como del pleno, no podían resolverse al no poder desempatar las votaciones de varios asuntos. El presidente integró una nueva terna en la que curiosamente ya no figuró ninguna mujer. La participación del cuerpo legislativo al conferirle la facultad de designación de los ministros de la Corte politiza el proceso.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

hace pública y que forma parte de los anales legislativos que integran la historia parlamentaria del país.[9] Tratadistas como Jorge Carpizo y Elisur Arteaga dudan, con razón, sobre la pertinencia del sistema de ternas y si el consignado en la Constitución resulta ser el mejor para la designación de los ministros de la Corte. El primero señalaba que es posible que algunos de los mejores juristas del país que no se desempeñen como funcionarios judiciales pudieran no aceptar formar parte de una terna y exponerse a no ser designados en virtud de una negociación partidista en el Senado.[10] El segundo considera en el mismo sentido que muchos abogados exitosos, según se ha visto, no están dispuestos a figurar en una terna en la que estaría en riesgo su prestigio en caso de no ser designados. [11]

La instauración de la carrera judicial abona esta idea de regresar a una fórmula más simple, cercana a la solución estadounidense (el Ejecutivo propone, el Legislativo aprueba o rechaza) por un lado y por el otro refuerza al Poder Judicial en su autonomía. No se ve clara la ventaja de presentar ternas. La carrera judicial permitirá conocer de mejor manera las características profesionales de los funcionarios judiciales que sean nominados para tal tarea jurídica. Es importante que la designación de los ministros de la Corte la haga el presidente de la República con la aprobación del Senado. Un buen expediente de la persona propuesta y una concertación previa con los grupos parlamentarios del Senado podría facilitar la ratificación de los nombramientos y despolitizar las designaciones que merecen llegar sin compromisos vergonzantes. Más aun, evitaría que las personas propuestas, uno de ellos presumiblemente destinado a ocupar el alto cargo, tengan que realizar actos de proselitismo con los senadores para convencerlos de la pertinencia de sus eventuales designaciones.

La duración del encargo para los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de quince años. No pueden ser reelectos y

---

Los partidos políticos aprovechan esta facultad para negociar políticamente con las designaciones.

9 Artículo 95 constitucional.

10 Jorge Carpizo, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 2000, p. 190.

11 Arteaga, Elisur, *op. cit.*, p. 507.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

gozarán de una pensión de retiro. La inamovilidad pretende garantizar la estabilidad e independencia de los juzgadores. No obstante, como escribe Jorge Carpizo al comparar diversos sistemas de duración en el cargo de los juzgadores de los tribunales supremos de distintos países: "Se logra la estabilidad de los jueces de mayor jerarquía a través de la duración vitalicia en esa función. Este principio requiere una buena designación, si no la inamovilidad es contraproducente".[12]

En algunas ocasiones, el Senado de Estados Unidos ha rechazado las designaciones presidenciales y se ha abstenido de confirmar a los candidatos propuestos por el presidente. El *Chief Justice* John Roberts en su informe anual deploró las "graves dificultades creadas por la lentitud del Senado en aprobar las propuestas del presidente Barack Obama para cubrir vacantes en el Poder Judicial Federal". En esos días se daba un movimiento de obstaculización de trámites y propuestas presidenciales por parte del Partido Republicano, que se iba a recrudecer al término de esa gestión presidencial. No obstante la estrategia no es privativa de un solo partido, los demócratas también bloquearon algunas de las propuestas del presidente George W. Bush para cubrir vacantes de tribunales federales, pero su actitud fue más abierta para dar a conocer sus objeciones y estuvieron dispuestos al menos a dar su voto tan pronto el Comité Judicial aprobara las propuestas.[13]

Estos hechos de utilización política de las ratificaciones judiciales han generado turbulencia política y tensión entre los poderes Ejecutivo y Legislativo con consecuencias inconvenientes para el Poder Judicial. El sistema tiene algo de perversidad, pues se ha convertido en el país que hizo el primer diseño de colaboración entre poderes, para algo tan relevante como la designación de los integrantes del Poder Judicial, en una confrontación política que ha afectado el curso de los asuntos públicos. A la muerte intempestiva de Antonin Scalia, uno de los jueces más conservadores que ha tenido la Suprema Corte de Estados Unidos, el presidente de ese país formuló como lo dispone la Constitución norteamericana la propuesta del juez federal Merrick Garland,

[12] Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1999, p. 306.
[13] "The Missing Judges", *The New York Times*, 4 de enero de 2011.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

quien había sido considerado por los republicanos como un candidato que apoyarían sin reserva.[14] No obstante sus calificaciones, desde la nominación el Partido Republicano determinó a través de sus voceros en el Senado que no se confirmaría al juez Garland. Ni siquiera se le concedió la cortesía de una audiencia senatorial o llevar el asunto a votación, simplemente se señaló que en el año de elecciones 2016 no habría nominación a la Suprema Corte.

Los efectos de esta determinación y el sesgo político que dio el Senado a un asunto que atañe a la justicia han sido particularmente graves, dada la relevancia de los temas pendientes que debe resolver la Suprema Corte. Se dio la circunstancia de que sus ocho integrantes quedaron divididos. Cuatro conservadores frente a cuatro liberales. Como no existe voto de calidad del *Chief Justice* que pudiera desempatar la votación, los asuntos de interés nacional han tenido que ubicarse en una lista de espera que se atenderá cuando el conflicto político pueda resolverse.[15] Uno de ellos relativo a la situación de millones de migrantes, mayoritariamente mexicanos, acogidos a un programa ejecutivo del presidente que evitaría deportaciones masivas, sufrió una grave derrota. Al empatarse la votación en la Suprema Corte, prevaleció la resolución que se había impugnado y cuyo sentido era contrario a los intereses de los migrantes. La nota en primera plana del influyente *The New York Times* lo dice todo: "Tres ramas separadas, iguales y disfuncionales".[16]

En este asunto ha sido claro el debate por la violación, aducen algunos, al principio de división de poderes y por la falta de colaboración de esos mismos poderes, según el Poder Ejecutivo de ese país.

•

[14] Merrick Garland fungía como presidente de la Corte de Apelación de Estados Unidos para el Circuito de Columbia.

[15] Algunos de los asuntos que no han podido resolverse se refieren al tema de restricciones al derecho de abortar en Texas, el acceso a los programas de control natal por razones religiosas y las acciones ejecutivas del presidente en materia de migración que afectan a millones de personas.

[16] "3 Separate, Equal and Dysfunctional Branches", *The New York Times*, 24 de junio de 2016.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Designación de los consejeros de la Judicatura Federal

La reforma judicial de 1994 creó el Consejo de la Judicatura Federal y con ello reestructuró la administración y el gobierno del Poder Judicial de la Federación. El artículo 100 constitucional contiene las disposiciones generales sobre la función central del Consejo de la Judicatura Federal: administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación. El precepto se refiere también a la integración del Consejo, a los requisitos que deben reunir los consejeros, al tiempo que dura la función que deberán ejercer con independencia e imparcialidad y al hecho de que los consejeros sólo pueden ser removidos en los términos del título cuarto de la Constitución, al funcionamiento en Pleno o comisiones y a las facultades del Pleno para resolver sobre designación, adscripción y remoción de jueces y magistrados y otros asuntos que la ley determine.

En 1994, cuando se discutió la iniciativa presidencial, el Senado determinó modificarla a fin de que el Consejo estuviera integrado por una mayoría judicial, por lo que facultó al presidente de la República para nombrar únicamente a un consejero y no a dos, como lo sugería la iniciativa. Los demás integrantes provenían: tres del Poder Judicial de la Federación, uno por cada categoría judicial (magistrado de circuito de tribunal colegiado, magistrado de circuito de tribunal unitario y juez de distrito), dos consejeros designados por el Senado y el presidente del Consejo que es también el presidente de la Suprema Corte. Lo

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

sobresaliente de esta solución fue que el Senado determinó que la designación de los consejeros provenientes del Poder Judicial de la Federación se hiciera mediante el método de insaculación. Esta solución causó problemas y se confirió entonces la facultad a la Suprema Corte para que en lugar del método aleatorio de elección, designara a los llamados consejeros judiciales.

La función del Consejo es fundamentalmente de administración, disciplina y vigilancia del Poder Judicial de la Federación y se atribuye a órganos distintos a los de la administración pública que corresponden al Poder Ejecutivo, precisamente para salvaguardar la unidad e independencia del Judicial y con base en el principio de separación de poderes. Los jueces y magistrados federales deben reunir los requisitos de imparcialidad, capacidad y honestidad, así como respetar la Constitución y las leyes emanadas de dicho cuerpo, por lo que si se les promueven quejas administrativas y éstas resultan fundadas se sanciona jurisdiccionalmente la comisión de conductas graves en un procedimiento sujeto a reglas. Niceto Alcalá Zamora consideró que la pseudojurisdicción disciplinaria es muy próxima, en no pocos aspectos, a la marcha del proceso (jurisdicente) penal.

El artículo 100 también creó constitucionalmente la carrera judicial, cuyas bases estableció la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y fijó los principios de la carrera aludida: excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, tal y como señala el texto vigente de la Constitución.

A la reforma de 1994 que introdujo al Consejo de la Judicatura Federal al terreno constitucional siguió la reforma de 1999, que hizo algunos ajustes. El común denominador de la propuesta de reforma constitucional —como se consigna en el anteproyecto de Exposición de Motivos— preparada por la Suprema Corte, pretendía determinar con mayor precisión la naturaleza jurídica, la extensión y las facultades del Consejo de la Judicatura Federal, en tanto "se han venido extendiendo o ensanchando conforme al criterio de la oportunidad".

El presidente de los Estados Unidos Mexicanos envió al Congreso de la Unión, para efectos del artículo 135 de la Constitución, una iniciativa para reformar, entre otros preceptos, el artículo 100 de la Constitución. La exposición de motivos del presidente de la República

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

explica que ante los buenos resultados alcanzados por la reforma de 1994 y toda vez que ésta también ha mostrado sus bondades en lo concerniente al Consejo de la Judicatura Federal, resultaba necesario profundizar en sus alcances para fortalecer al Poder Judicial de la Federación.

La iniciativa presidencial propuso modificar la forma de integración del Consejo de la Judicatura Federal, si bien manteniendo el número original de sus miembros (siete) a fin de que los tres poderes que confluyen en su conformación y tuvieran una participación paritaria. De tal manera, el Consejo quedaría integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es presidente *ex officio* del Consejo, dos consejeros designados por la Corte, dos por el Senado y dos por el Ejecutivo federal. La iniciativa presidencial fue consecuente con la iniciativa diversa presentada en diciembre de 1994 que el Senado modificó. En aquella ocasión el Senado determinó que el Consejo debía tener mayoría judicial y alteró la iniciativa presidencial facultando al presidente de la República para nombrar únicamente a un consejero. Los demás integrantes provenían: tres del Poder Judicial de la Federación, uno por cada categoría judicial (magistrado de circuito de tribunal colegiado, magistrado de circuito de tribunal unitario y juez de distrito), dos consejeros designados por el Senado y el presidente del Consejo que ha sido el presidente de la Suprema Corte.

La iniciativa presidencial señalaba que el Pleno de la Corte designaría a dos consejeros de entre los magistrados de circuito y los jueces de distrito. La decisión del pleno señalaba que la iniciativa sería por mayoría calificada de cuando menos ocho votos. La propuesta tuvo el propósito de eliminar el método de insaculación para la elección de los consejeros del Poder Judicial.

Otra innovación de la iniciativa presidencial se refería a que los consejeros no representarían a quien los designara, lo cual permite que ejerzan su encargo, como la sociedad lo espera de ellos, con independencia e imparcialidad. La iniciativa ratificó el régimen de responsabilidad política y administrativa de los consejeros, quienes sólo podrán ser removidos en los términos del Título Cuarto de la Constitución.

La idea de la representación de los consejeros de los órganos que los designan es contraria al sentido de los consejos de judicatura.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Probablemente se vio reforzada por el error que se cometió en el artículo 5o. transitorio del decreto de fecha 30 de diciembre de 1994, que expresamente señalaba que el Senado y el Ejecutivo federal deberían designar a sus *representantes* dentro de treinta días naturales a la entrada en vigor del decreto aludido. La mención expresa en el texto constitucional de que los consejeros no representan a quien los designa tuvo como propósito evitar la confusión de creer que en el Consejo de la Judicatura confluían representantes de los tres poderes.

Otra de las innovaciones importantes que contiene la reforma de 1999 es que se canceló la elección de los consejeros provenientes del Poder Judicial de la Federación por el método de insaculación. El método aleatorio que se estableció en la reforma de 1994 dejó insatisfacciones dentro y fuera del Poder Judicial de la Federación. La doctrina constitucional fue particularmente crítica con el método de sorteo para la designación de jueces y magistrados federales y si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación acotó el universo de funcionarios judiciales al establecer que participarían en la insaculación magistrados de circuito y jueces de distrito que hubieran sido ratificados además de que no contaran con queja fundada por causa grave, el resultado de las insaculaciones que se realizaron no resultó en términos generales acorde con los principios de la carrera judicial: excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

El método de insaculación fue criticado pues es contrario a la idea de fortalecer y dignificar a uno de los poderes del Estado mexicano. En lugar del método de insaculación los consejeros provenientes del Poder Judicial son designados por el Pleno de la Suprema Corte de entre los magistrados de circuito y los jueces de distrito. Existe, por tanto, la posibilidad de que los consejeros judiciales sean magistrados de circuito de tribunal colegiado, de tribunal unitario o jueces de distrito sin que necesariamente provengan, como antes de la reforma, de cada una de las categorías judiciales federales. No obstante, la solución constitucional es perfectible pues resulta importante para las labores del Consejo de la Judicatura Federal que acuda al órgano, como consejero, uno de los funcionarios de cada categoría judicial, es decir, un juez de distrito, un magistrado de tribunal unitario y un magistrado de tribunal colegiado.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Las particularidades de los juzgados de distrito, de los tribunales unitarios y de los tribunales colegiados aconsejan que sigan participando en el órgano de gobierno y administración las tres categorías más altas de la carrera judicial. La designación por mayoría calificada del pleno está justificada por la relevancia de la decisión. La Constitución consigna que los consejeros designados por la Suprema Corte deberán, además de haberse distinguido por su capacidad profesional y administrativa, honestidad y honorabilidad, calidades aplicables a todos los consejeros, gozar con reconocimiento en el ámbito judicial.

Resulta conveniente que los consejeros que designe la Suprema Corte de Justicia deban haberse distinguido por su capacidad profesional; sin embargo, resulta discutible que también se exija que se hayan distinguido por su capacidad administrativa. La propuesta de la Suprema Corte en cuanto a los nombramientos de los consejeros no judiciales señalaba que correspondería a la propia Corte conocer ternas que presentarían el presidente de la República y el Senado y designarlas conforme a bases de la ley y acuerdos del pleno y por mayoría calificada de ocho votos. Esta propuesta no fue incorporada en la iniciativa presidencial ni en las modificaciones que incorporó el Senado. Se mantuvo la posibilidad de que el presidente de la República siguiera designando a un consejero y el Senado a dos. Se perdió una buena oportunidad, no obstante, de fijar reglas para la designación de los consejeros por parte del Ejecutivo Federal y del Senado. Si la Constitución sujeta a los ministros de la Corte a una comparecencia ante el Senado, no se ve razón para no aplicar la misma regla a los consejeros cuyo nombramiento proviene del Ejecutivo y del Senado.

La reforma incluyó, con acierto, la facultad del pleno de resolver sobre las materias que originalmente le facultó la de 1994, agregando la relativa a ratificación. Ciertamente la no ratificación de jueces y magistrados puede considerarse para efectos prácticos equivalente a la remoción, en tanto los funcionarios judiciales no ratificados deben cesar en su cargo al expirar el término de seis años del nombramiento original en el cargo de juez de distrito o magistrado de circuito.

En los aspectos administrativo, financiero, el texto constitucional consigna que la Suprema Corte de Justicia elaborará su presupuesto y el Consejo de la Judicatura el correspondiente al resto del Poder Judicial

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

de la Federación y ambos integrarán el presupuesto del mismo que será remitido por el presidente de la Suprema Corte para ser incluido en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación que debe examinar, discutir y aprobar anualmente la Cámara de Diputados. La administración de la Corte le corresponde a su presidente, tal y como estaba establecido desde 1994.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Designación de jueces de distrito y magistrados de circuito

El texto original de la Constitución de Querétaro establecía que el nombramiento de jueces y magistrados correspondería a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estaría integrada por once ministros. Los requisitos para desempeñar el cargo los fijaría la ley, duraban cuatro años y no podrían ser removidos sin previo juicio de responsabilidad o incapacidad para desempeñarlo conforme a la ley.

El artículo original facultó a la Suprema Corte para cambiar de lugar de adscripción a los magistrados de circuito y a los jueces de distrito, conforme a las necesidades del servicio público. La Suprema Corte podría nombrar a los magistrados de circuito o jueces de distrito supernumerarios que auxiliaran las labores de los tribunales o juzgados donde hubiere recargo de los asuntos, a fin de lograr una justicia pronta y expedita. Estas facultades corresponden ahora al Consejo de la Judicatura Federal.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1917, la Suprema Corte de Justicia tuvo a su cargo el nombramiento y adscripción de los jueces de distrito y magistrados de circuito, así como de los funcionarios auxiliares de los juzgadores, específicamente los secretarios de estudio y cuenta de ministros, los magistrados y jueces y los actuarios. Los nombramientos ocurrían sin un sistema predeterminado, de manera casual, casi familiarmente. De igual manera no existían reglas objetivas ni prácticas de concursos o exámenes para la selección de los

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

que demostraran mayores capacidades. La formación profesional de los funcionarios sujetos a ascensos no jugaba un papel determinante en las promociones o en las adscripciones de los juzgadores. A partir de 1934 se estableció un método de escalafón para cubrir las vacantes. No se trataba propiamente de un sistema, pues en la práctica lo que sucedió fue que los ministros designaban a jueces de distrito de entre los secretarios de estudio y cuenta de las oficinas de los propios ministros y los jueces de distrito podían ascender a magistrados de circuito, si obtenían el visto bueno de los ministros. Era un método de escalafón informal. Para ello era necesario que un ministro de la Suprema Corte los propusiera al pleno para que los demás, en turnos sucesivos, aprobaran la propuesta, sobre un arreglo basado en la reciprocidad. Se creó un método de designación por turnos en el que cada ministro proponía un candidato, contra el compromiso de que obtendría el voto de los demás ministros, que lo obligaba en el turno siguiente a rendir su voto a favor del ministro proponente que antes la había favorecido.

En muchas ocasiones las propuestas correspondieron a funcionarios probos, capacitados y dotados ética y profesionalmente para el relevante cargo. Había excepciones, pero el punto vulnerable era la subjetividad en el nombramiento de funcionarios que desempeñaran la tarea. No había una liga necesaria, institucional, entre la capacidad, la formación y el desempeño previos con las designaciones. Es decir, no había elemento alguno de una carrera judicial o de un sistema o programa que permitiera la educación continuada de los juzgadores en funciones y tampoco la posibilidad de disponer de mecanismos que permitieran la selección de los mejores dotados y equipados intelectualmente para la función. El escalafón estaba conformado por secretarios de juzgado que aspiraban a ser secretarios de tribunal de circuito, secretarios de tribunal que aspiraban al cargo de secretario de estudio y cuenta secretarios que aspiraban a ser jueces de distrito y éstos a magistrados de circuito. Como se trataba de un escalafón informal, en múltiples ocasiones no se seguía al pie de la letra y podía romperse en cualquier momento. También ocurrían designaciones como magistrados o jueces de personas que no habían ocupado cargos anteriores en el Poder Judicial de la Federación por la vía política. La designación de los ministros ocurría, como ahora sucede, por la vía política.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El presidente de la República ejercía la facultad de nombrar a los ministros de la Suprema Corte en términos constitucionales, como se vio párrafos arriba.

Una de las aspiraciones esenciales de una sociedad es disponer de un estado de derecho que permita la convivencia social y política bajo reglas que se cumplan y que den certidumbre a la vida social. El estado de derecho consiste en la organización jurídica del poder público mediante principios que limitan las facultades de los gobernantes y el establecimiento de condiciones generales para alcanzar fines y valores trascendentes de una sociedad. Los principios se refieren a la división de poderes o interdependencia entre los tres poderes clásicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes, a la supremacía constitucional, según la cual los poderes públicos están sometidos al texto constitucional y al marco normativo que del mismo deriva, a la existencia de reglas que den certeza sobre la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la no retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna y a la existencia de los derechos humanos fundamentales y de las libertades públicas. Igualmente debe prevalecer el escrutinio social que haga la colectividad de la actuación de los agentes públicos a través de los mecanismos de difusión y comunicación que a la sociedad se ha dado. En el fondo, el estado de derecho no es otra cosa que la realización del valor justicia en una sociedad.

Para alcanzar el estado de derecho es indispensable que existan órganos jurisdiccionales autónomos, con funcionarios independientes, seleccionados objetivamente y bien calificados desde el punto de vista técnico-jurídico, pero de igual manera en su actuar ético y moral. La designación de jueces de distrito y de magistrados de circuito del Poder Judicial de la Federación se hace a partir de la reforma judicial de 1994 por un órgano constitucional, en el momento de su creación autónomo: el Consejo de la Judicatura Federal. Este órgano existe por la colaboración de los tres poderes y como un mecanismo de participación que asegure la independencia de los juzgadores y la autonomía de los órganos jurisdiccionales. La decisión que tomó el Constituyente Permanente mexicano en cuanto a la designación de los funcionarios judiciales federales, jueces de distrito y magistrados de circuito, es opuesta

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

a la solución clásica adoptada por la Constitución de Estados Unidos. En este sistema, el presidente de la República designa a los jueces federales, con la aprobación del Senado, en una fórmula de colaboración de los poderes Ejecutivo y Legislativo para incidir en la conformación de los integrantes del Poder Judicial.

En efecto, el Consejo se integra por las designaciones que hagan los tres poderes: el Poder Judicial federal, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designa a tres de los llamados "consejeros judiciales"; el Senado de la República designa a dos consejeros y el Ejecutivo federal a un consejero de la Judicatura Federal. Si bien por disposición constitucional los consejeros no representan a quien los designa, las designaciones que haga el Consejo de la Judicatura Federal de jueces y magistrados federales son producto, en último término, aunque no directamente, de la colaboración de los poderes. La reforma que creó el Consejo determinó la manera de designar a los funcionarios judiciales que imparten justicia. Con anterioridad a la reforma de 1994, las designaciones de los jueces y magistrados las hacía la Suprema Corte directamente, sin la intervención de otros órganos.

México emprendió en 1994 esa reforma constitucional, cuyo propósito central fue reestructurar al Poder Judicial de la Federación. Se trató de modificaciones significativas que alteraron la conformación y funcionamiento del Poder Judicial y de las relaciones y equilibrios que se habían ido configurando a lo largo de decenios, desde la Constitución de 1917. Una de las propuestas más significativas de la reforma judicial fue la de un sistema que llevaría a la designación de jueces, mediante métodos objetivos. Para ello se consideró necesaria la instauración de la carrera judicial con base en principios constitucionales: excelencia, imparcialidad, profesionalismo, objetividad e independencia. En esta estrategia se determinó que fuera el poder público en su conjunto, a través de la colaboración entre poderes, el responsable de la operación y no solamente el Poder Judicial. Se previó tanto la participación del Ejecutivo federal como del Poder Legislativo en la conformación del sistema, cuya premisa sería el respeto a la división de poderes.

Hace casi un siglo, Emilio Rabasa consideró que el Poder Judicial no era un verdadero poder, porque nunca la administración de justicia es dependiente de la voluntad de la nación y porque en sus resoluciones,

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

decía el autor de *La Constitución y la dictadura*, no se toman en cuenta ni el deseo ni el bien públicos y el derecho individual es superior al interés común, pues los tribunales no resuelven lo que quieren en nombre del pueblo.

No obstante la conocida opinión del jurista chiapaneco, lo que no admite controversia es que un estado de derecho sólo puede sostenerse con un Poder Judicial autónomo y con juzgadores independientes.

La designación de los funcionarios judiciales con base en criterios objetivos y procedimientos establecidos por la ley dio paso a la implantación formal y material en México de la carrera judicial, que fue un avance importante en el fortalecimiento del Poder Judicial de la Federación, en la consolidación de la autonomía de los órganos jurisdiccionales y en el aseguramiento de la independencia de los juzgadores.

El primer párrafo del artículo establece que los magistrados de circuito y los jueces de distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo con los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Efectivamente, conforme a la llamada reforma judicial de 1994 que creó el Consejo de la Judicatura Federal, la facultad de nombrar y adscribir a los juzgadores federales, con excepción de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, corresponde al órgano entonces creado: el Consejo de la Judicatura Federal. Los criterios objetivos a los que se refiere el precepto constitucional son los que norman la carrera judicial, que debe regirse, según lo establece la propia Constitución, por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia. Los requisitos y procedimientos tanto para el nombramiento como para la designación de jueces de distrito y magistrados de circuito se encuentra en las bases que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Los jueces mexicanos han recorrido un camino que va del empirismo informal hasta la carrera judicial, esta última como elemento catalizador de la función jurisdiccional. En la etapa empírica de este proceso, la propia responsabilidad personal e íntima de los juzgadores determinaba los elementos de la formación de cada juez. Naturalmente este "sistema" era asistémico por definición. El propio sentido de

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

responsabilidad de cada juez determinaba el programa educativo y los elementos de la formación a seguir.

Con la implantación de la carrera —a partir de la reforma judicial que inicia en 1995 y su constitucionalización— México inició una etapa de profesionalización técnica en la formación de los juzgadores. Institucionalizada en los ámbitos federal y de la Ciudad de México e inducida con más o menos éxito en los sistemas judiciales de los estados de la República, la carrera judicial constituye un avance significativo en el fortalecimiento del sistema de impartición de justicia. La carrera judicial pasó del sistema empírico o tutorial a un proyecto institucional ligado a la educación y formación objetiva de los juzgadores y no exclusivamente al criterio subjetivo de los superiores jerárquicos, como acontecía hasta antes de su implantación constitucional.

El Constituyente Permanente consideró que el término de seis años para el ejercicio de la función jurisdiccional de jueces y magistrados permite al órgano que ejerce la administración, disciplina, vigilancia y carrera judicial —como es el Consejo de la Judicatura Federal— determinar si se reúnen las condiciones para efectuar la ratificación de los funcionarios judiciales y conferirles la inamovilidad de aquellos que, al finalizar el plazo para el que fueron designados, sean ratificados o promovidos a cargos superiores.

Una vez ratificados solamente podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley. La reforma evitó el término *reelegir*, toda vez que no se trata propiamente de una elección, sino de una designación, a la que puede corresponder, si se cumplen los requisitos, la ratificación o bien el ascenso. La inamovilidad judicial de los jueces fue adoptada por el sistema mexicano en virtud de la garantía de estabilidad y reforzamiento de la independencia judicial.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Designación del fiscal general

La Constitución de 1917 dio una respuesta al caótico sistema de justicia penal que instauró la reforma constitucional de 1900, conforme a la que se adscribió al Ministerio Público dentro de la esfera del Poder Ejecutivo. Los códigos procesales penales federales y de las entidades federativas que derivaron de tal reforma confirieron las funciones de policía judicial a los jueces penales, quienes llevaron en muchos casos investigaciones sobre hechos delictivos; esto los convirtió, de hecho, en jueces de instrucción y debilitó, como lo explica el maestro Héctor Fix-Zamudio, las atribuciones del Ministerio Público.[1] Resultante de esta reforma y de los códigos consecuentes, el procurador general de la nación quedó sujeto jerárquicamente al presidente de la República, además de que al haberse conferido a los jueces de instrucción la función de policía judicial, al mismo tiempo que al Ministerio Público y a la misma policía, propició un confuso sistema en que se dieron numerosos abusos y arbitrariedades.

El Constituyente de Querétaro, a partir del proyecto de don Venustiano Carranza, recogió este reclamo social, por lo que propuso fortalecer las atribuciones de investigación y persecución de los delitos conferidas al Ministerio Público. No obstante, al hacerlo se limitaron

[1] Héctor Fix-Zamudio, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 177, 178.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

las funciones de los tribunales y se llegó a otorgar al Ministerio Público el monopolio de la acción penal. El Constituyente de 1917, acierta el maestro Sergio García Ramírez, llevó a punto culminante el prestigio del Ministerio Público y "la esperanza puesta en él" como contrapartida al desprestigio del juez de instrucción. Con justicia, el destacado penalista mexicano señala que el crédito del Ministerio Público, el acusador oficial, decayó y tuvo que enfrentar su propia crisis, "de la que no ha salido todavía".[2]

Las consecuencias fueron nefastas para la justicia penal del país, pues como lo señala el maestro Fix Zamudio:

> ...ocasionó el efecto de que dicho Ministerio pudiera discrecionalmente y sólo por control administrativo, negarse a ejercitar dicha acción o disponer sobre el contenido del proceso penal, en virtud de que sus peticiones de sobreseimiento, ya sea por la formulación de conclusiones no acusatorias o del desistimiento, eran vinculantes para el juzgador, y se llegó inclusive estas facultades en la segunda instancia del proceso penal, no obstante la existencia de una decisión condenatoria de primer grado.[3]

Durante varias décadas se prolongó esta situación indeseable y numerosas voces, tanto en la academia como en el foro, plantearon insistentemente cancelar el aludido monopolio de la acción penal del Ministerio Público por un lado, y por el otro, cuestionar la dependencia del Ministerio Público del Ejecutivo federal, situación que era extensiva a los estados de la federación. Además de numerosas modificaciones constitucionales y legales que fueron modificando preceptos y propiciando una evolución conveniente, el Constituyente Permanente incorporó en el texto constitucional la disposición que establece que el Ministerio Público de la federación se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.[4]

[2] Sergio García Ramírez, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996, pp. 156, 157.
[3] *Ibid*.
[4] Artículo 102 constitucional.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

El precepto sigue una tendencia global de dotar a los órganos encargados de la investigación y persecución de los delitos, de autonomía funcional y hasta financiera para garantizar su independencia. En este sentido también se revisó, como ha sucedido en otros países que tienen una tradición jurídica similar a la mexicana, que la autonomía sólo se podría garantizar si se retiraba de la esfera de atribuciones del Ejecutivo federal la función que compete al Ministerio Público y a su cabeza, el fiscal general. La concurrencia del Poder Legislativo en el nombramiento del fiscal general sigue también una tendencia internacional.

En España el Ministerio Fiscal, como se le denomina, cuenta con autonomía funcional.[5] Es un órgano que desempeña sus funciones bajo el principio de legalidad e imparcialidad y tiene como misión promover la acción de justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y por el interés público tutelados por la ley.[6] El fiscal general del Estado es nombrado y cesado por el rey, a propuesta del gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, el órgano equivalente al Consejo de la Judicatura Federal mexicano. En virtud de que España es un país unitario, existen dos tipos de fiscalías: las centrales y las periféricas. Las primeras tienen su sede en Madrid, la capital, y tienen jurisdicción en toda España, como es el caso de la Fiscalía del Tribunal Supremo o la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. Entre las fiscalías especiales algunas han sido particularmente relevantes como la Fiscalía Antidrogas y la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos. Existen también fiscalías de salas delegadas en que el fiscal general del Estado delega bajo los principios de especialización y coordinación, y de unidad de actuación. Un buen ejemplo de éstas es la Fiscalía Anticorrupción.

En Chile no se creó un poder independiente, pero la Fiscalía Nacional goza de autonomía funcional.[7] Es un órgano con personalidad jurídica propia de derecho público, tiene patrimonio propio, es sujeto tributario y se rige por un estatuto independiente. La Constitución

[5] Constitución española, artículo 124 y ss.
[6] *Idem*.
[7] Constitución Política de la República de Chile, artículo 80A.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

chilena define a la fiscalía como un órgano jerarquizado; es decir, que dentro de él las unidades operativas se rigen por instrucciones generales que emanan de las autoridades superiores conforme a las jerarquías que señalan las leyes. Existe una fiscalía por cada región de ese país, salvo el caso de la región metropolitana ubicada en Santiago, la capital, en donde existen cuatro fiscalías regionales. La cabeza del Ministerio Público es el fiscal nacional. La Constitución chilena señala que será el presidente de la República quien nombre al fiscal nacional de una quinta preparada por la Suprema Corte de Justicia. Los requisitos que fija la Constitución son que el fiscal nacional deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio; asimismo, durará diez años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser designado para el periodo siguiente.[8]

En México se dio igualmente la colaboración de los poderes para el nombramiento que habrá de venir del fiscal general de la República. Según la reforma a la Constitución mexicana, el Ministerio Público habrá de organizarse en una Fiscalía General de la República. Se trata de un órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.[9] Los requisitos que la Constitución fija para ser fiscal general son: ser ciudadano mexicano por nacimiento, tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación, contar con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso.

La colaboración de poderes para la designación del fiscal general se da entre el Legislativo y el Ejecutivo, sin que el Poder Judicial tenga participación, como sucede en Chile o España. El mecanismo es algo complicado pues a la falta del fiscal general el Senado tendrá veinte días para integrar una lista de al menos diez candidatos al cargo, aprobada por las dos terceras partes de los miembros presentes, la cual se enviará al Ejecutivo federal. Si el Ejecutivo no recibe la lista en el plazo fijado,

[8] *Ibidem*, artículo 80C.
[9] Reforma al artículo 102 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de enero de 2016.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

podrá nombrar provisionalmente al fiscal general que ejercerá el cargo hasta que se haga la designación definitiva y enviará una terna al Senado para que la realice. El fiscal general designado provisionalmente podrá formar parte de la terna. Si el Senado envía en tiempo la lista de diez candidatos o más, el presidente formulará de entre éstos una terna que devolverá para la designación.

El Senado hará comparecer a las personas integrantes de la terna y con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes hará la designación en un plazo de diez días. Si el presidente no envía la terna, el Senado tendrá diez días para nombrar al fiscal general, cuyo nombre estaría en la lista de diez o más candidatos.

El fiscal general puede ser removido por el presidente por las causas graves que fije la ley. El Senado puede objetar la remoción dentro de un plazo de diez días hábiles, en cuyo caso el fiscal general será restituido. Si el Senado no se pronuncia se entenderá que no existe objeción.

Otro punto de contacto entre los poderes es la obligación que tiene el fiscal general de presentar anualmente a los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión un informe de actividades. Deberá atender la petición que le formule cualquiera de las cámaras para rendir cuentas o informar sobre su gestión.

Es evidente que esta reforma constitucional tuvo como propósito alcanzar la reiterada exigencia de un fiscal general autónomo, no dependiente de ninguno de los poderes. No obstante, el resultado fue una disposición poco clara que dará lugar a eventuales tensiones entre el Senado y el Ejecutivo federal. Se romperá una tradición jurídica como es el Ministerio Público, institución que no es responsable del descuido con que fue tratada durante un largo tiempo.

Si el presidente es el encargado de preparar la lista y después de formular la terna está participando activamente en la designación del fiscal general, así sea el Senado el órgano que haga la designación. Tal vez una solución como la chilena hubiera evitado la liga entre el Ejecutivo federal y el fiscal general de la República. Un destacado penalista lo ha planteado de esta manera:

> Pero la verdad es que la pretendida autonomía no se va a lograr estando el Fiscal en su encargo nueve años ni mucho menos conservando con el Presidente, que

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

elaborará una terna, el cordón umbilical de su nombramiento. En el Congreso se han andado por las ramas, por las márgenes del problema de fondo. De lo que se trata es de que el Procurador, el Fiscal, no tenga la menor relación con el titular del Poder Ejecutivo. No lo han logrado.[10]

•

[10] Raúl Carrancá y Rivas, "¿Fiscalía General de la República?", en *El Sol de México*, 26 de diciembre de 2013.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Epílogo

Después de la renuncia del dictador Porfirio Díaz y del asesinato del presidente Francisco I. Madero, con Victoriano Huerta en el poder, Venustiano Carranza, el gobernador del estado de Coahuila, se levantó en armas. Promulgó el Plan de Guadalupe justificado por la usurpación del poder de Huerta y por los asesinatos de los mártires Madero y Pino Suárez. Carranza inició y encabezó el movimiento constitucionalista y se erigió como Primer Jefe. Ya en plena lucha armada tuvo la idea de convocar a una asamblea constituyente. Una vez alcanzado el triunfo lanzó la convocatoria para discutir el proyecto de Constitución. La asamblea se reunió en la ciudad de Querétaro a partir del 1 de diciembre de 1916.

En las deliberaciones de Querétaro, cuando se forjó la Constitución de 1917, cuyo centenario celebra hoy el país entero, no hubo debate, ni siquiera discusión sobre la pertinencia de incorporar el principio de la división de poderes y su coralario: el sistema de pesos y contrapesos, el autocontrol del poder. Es evidente que el principio había permeado en la vida constitucional del país y que formaba parte del ser político nacional. En el fondo del alma institucional existía la certeza de que el poder debería estar limitado y para ello era necesario repartirlo, separarlo, entre las ramas tradicionales. Cada una de estas tres ramas, concebidas como "poderes", tenía el reconocimiento constitucional de su principal función asignada y por ello era necesario evitar cualquier

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

abuso. No obstante las buenas intenciones, como resultaba imposible determinar un equilibrio perfecto entre las tres ramas del poder, era previsible, como finalmente resultó, que una de ellas tuviera una preponderancia sobre las otras.

Las condiciones en que sobrevino la vida política del país, después de la promulgación de la Constitución de Querétaro, hicieron que uno de los poderes, el Ejecutivo, asumiera la función de eje del poder. Si bien no supeditados jerárquicamente, los poderes Legislativo y Judicial asumieron el papel de poderes "colaterales". Más allá de la interferencia natural que se da entre los poderes, por razones propias de su temperamento, el sistema presidencial mexicano y las condiciones en que se fue desarrollando la institución presidencial hicieron que el principio de la separación y aun los pesos y contrapesos tuvieran características poco dogmáticas, distintas a las tradicionales y que fuera la realidad política la determinante de sus alcances, límites y potencialidades.

El Ejecutivo jugó en esto el papel central al convertirse en el árbitro de las relaciones entre los poderes durante una buena parte de la vida vigente de la Constitución de 1917. Es indudable el control que ejerció el Poder Ejecutivo sobre el Legislativo, aunado al hecho de la existencia, durante décadas, de un partido político único que aseguró la preponderancia presidencial. El sistema de separación de poderes y el mecanismo de pesos y contrapesos existió a partir de la discrecionalidad con que el Ejecutivo federal determinó su aplicación.

Por su parte, el Poder Judicial federal actuó durante más de setenta años como un testigo mudo del desarrollo de la vida política, salvo algunas excepciones que la historia ha reivindicado. La Constitución de 1917 estableció el control directo de la constitucionalidad en los términos del artículo 105, aun cuando la Suprema Corte no ejerció tales facultades por una supuesta cortesía hacia el Poder Ejecutivo. En 1994, cuando se reformó la Constitución con la llamada reforma judicial, inició su función controladora, tan necesaria para la vida democrática nacional. La inexistencia de una oposición real en el debate legislativo reforzó la función coordinadora de los poderes ejercida por los sucesivos regímenes presidenciales. Con el argumento de la disciplina y la lealtad, la homogeneidad de la organización política jugó el papel de equilibrio entre los poderes. Cualquier conflicto que pusiera

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

en entredicho la homogeneidad era visto como un grave desvío de la institucionalidad. El presidente creía efectivamente en la teoría de la separación de poderes, que además era invocada en el discurso oficial, sólo que él era quien aplicaba los pesos y contrapesos en la relación entre los poderes. La libertad del individuo la garantizaba el Ejecutivo, que tenía el control de los poderes Legislativo y Judicial. El ciudadano contó al menos con la defensa que le ofrecía el juicio de amparo como la institución protectora de las garantías, libertades y derechos.

La oposición al sistema hegemónico surgió en las calles, en la academia y en el trabajo de la oposición política. El partido político único vio surgir grietas que llevarían no sólo a la configuración de corrientes críticas dentro del partido de Estado, sino hasta la formación de partidos de oposición que tomaron la voz y la tribuna parlamentaria. La incipiente democracia había llegado al país y ha ido avanzando, no sin los tropiezos propios de las sociedades y sistemas complejos como el mexicano. En este contexto el país ha visto alternancias, no plenamente consolidadas, y una reforma política de gran alcance que está en proceso. Habría que señalar que fue el mismo partido hegemónico el que a partir de una larga reforma política, visible espasmódicamente, contribuyó al cambio democrático al tratar de conducirlo y no detenerlo.

En esta etapa política el principio de la separación de poderes aparece nuevamente como un elemento crucial en la ruta democrática. Bajo el principio de la separación de poderes los órganos investidos de la función jurisdiccional deben ser distintos de los que integran los poderes Legislativo y Ejecutivo. Los jueces por principio deben ser independientes del poder político y administrativo, pero subordinados al texto constitucional que deben interpretar y aplicar. Los jueces, en un sistema democrático/constitucional, deben ejercer el control de los actos políticos para evitar los abusos de los poderes públicos, ya sea de la administración pública (Poder Ejecutivo) o de leyes inconstitucionales que afecten la esfera de libertades (Poder Legislativo). La asignación que la Constitución ha impuesto al Poder Judicial de la Federación de relevantes tareas, ya no sólo como el juez que resuelve las controversias y abona la concordia y la paz entre particulares al aplicar la ley, sino convertido en guardián del texto constitucional, en árbitro de la relación entre los poderes, en baluarte del federalismo en todas las ex-

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

presiones de la relación entre los niveles de gobierno, permite asegurar que tanto el principio de la separación de poderes como los mecanismos constitucionales de pesos y contrapesos, son indispensables para la nueva democracia, cuya semilla está plantada desde las deliberaciones del Teatro de la República en la ciudad de Querétaro hace precisamente cien años. Efemérides que conviene tener siempre presentes.

San Antonio, Texas, julio de 2016.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Fuentes consultadas

Bibliográficas

Aguilar y Maya, José, *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*, México, Facultad de Derecho-unam, 2006.

Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2002.

Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, vol. I, México, Oxford University Press, 1990.

Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1984.

Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, *División de poderes y régimen presidencial en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam/Porrúa, 2011.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, unam, 2000.

Castro v., Juventino, *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1991.

Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 1983.

———, "Veto", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. VI, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2002.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, unam, 1990.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

———, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 1979.

———, "Los medios de comunicación masiva", en *Nuevos Estudios Constitucionales,* México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000.

———, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.

———, *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000.

DE GOYTISOLO, Juan Vallet, "La separación, no confusión o contrapeso de poderes", en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez,* t. I, Madrid, Cívitas, 1993.

DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982.

DICKSON, Brice, *Introduction to French Law*, Londres, Pitman Publishing, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre el principio de la división de poderes en la Constitución Mexicana", en *Memorias del III Congreso iberoamericano de derecho constitucional*, t. II, México, UNAM, 1987.

———, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

FLORES SÁNCHEZ, Ulises, *De la Constitución de Apatzingán de 1814*, México, Porrúa, 2014.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo,* México, Porrúa, 1989.

GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981.

GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho constitucional comparado, la estructura constitucional del Estado democrático liberal", en *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid, 1950.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996.

GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, Estado, discurso*, México, UNAM, 1989.

GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., *Teoría del Estado y derecho constitucional,* Barcelona, Ediciones Vicens Vives, 1991.

GORDON S., Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic 1789-1815*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

GORMLEY, Ken (coord.), *The Presidents and the Constitution*, Nueva York, New York University Press, 2016.

HAMILTON, Alexander, James Madison y John Jay, *El Federalista*, prólogo de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

KUMHARRDT, Philip B., *et al*, *Lincoln, An Illustrated Biography,* Nueva York, Alfred Knopf, 1992.

LANZ DURET, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, Cía. Editorial Continental, 1982.

LIEBERMAN, Jethro K., *A Practical Companion to the Constitution*, California, University of California Press, 1999.

LOCKE, John, "The Second Treatise on Government, an Essay concerning the True Original, Extent and End of Civil Government", en *Locke. Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.), Reino Unido, Cambridge University Press, 1988.

LOZANO, José María, *Estudio de derecho constitucional patrio, en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Porrúa, 1980.

MARGADANT, Guillermo F., *Derecho Privado Romano*, México, Editorial Esfinge, 1965.

MAUROIS, Andrés, *Historia de Inglaterra*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1970.

———, *Historia de los Estados Unidos*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1972.

MEACHAM, Jon y Thomas Jefferson, *The Art of Power*, Nueva York, Random House, 2012.

MELGAR ADALID, Mario, "Estudio Comparativo del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución de 1824", en *Obra Jurídica Mexicana*, México, Procuraduría General de la República/Gobierno del Estado de Guerrero, 1988.

———, *El Consejo de la Judicatura Federal*, 4a. ed., México, Porrúa, 2000.

———, *La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, Claroscuro de la Justicia*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.

———, José Luis Soberanez Fernández y José Francisco Ruiz Massieu (coord.), *El conflicto en Chiapas y la suspensión de garantías individuales, La rebelión en Chiapas y el Derecho,* México, Coordinación de Humanidades, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1994.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, barón de, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1987.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

O'CONNOR, Sandra Day, *The Majesty of the Law, Reflections of a Supreme Court Justice*, Nueva York, Random House, 2004.

PANTOJA MORÁN, David, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México/El Colegio de Michoacán, 2005.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de derecho político*, Madrid, Editorial Cívitas, 1984.

RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 3a. ed., México, Porrúa, 1956.

SHAPIRO, Martín, "Judicial Review Global", traducción de Eduardo Ferrer Mac Gregor, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. I, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), México, UNAM/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/ Marcial Pons, 2008.

SHEPPARD, Stephen Michael (ed.), *The Wolters Kluwer, Bouvier Law Dictionary*, vol. I, Wolters Kluwer Law & Bussiness/Frederick, MD, 2012.

SIERRA, Justo, *Evolución política del pueblo mexicano. Obras completas*, XII, México, UNAM, 1991.

STOKES, Michael, *et al.*, *The Constitution, An Introduction*, Nueva York, Basic Books, 2015.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1967*, México, Porrúa, 1967.

———, *Derecho constitucional mexicano*, 32a. ed., México, Porrúa, 1988.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1995.

SPENCER, J. A., *Historia de los Estados Unidos*, t. I, Barcelona, Montaner y Simon, Editores, 1870.

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.

———, *Constitución y política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994.

———, *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000.

VALLARTA, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales. Votos del C. Ignacio L. Vallarta, presidente de la Suprema Corte de Justicia, en los negocios más notables*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1883.

VALLEJO Y ARIZMENDI, Jorge, *Estudios de derecho constitucional mexicano*, México, Stylo, 1947.

VILE, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998.

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/MLrahq

Hemerográficas

Arteaga Nava, Elisur, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias", en *Alegatos*, núm. 22, septiembre-octubre de 1992, uam-Azcapotzalco, 1992.

Carranacá y Rivas, Raúl, "¿Fiscalía General de la República?", en *El Sol de México*, 26 de diciembre de 2013.

De la Cueva, Mario, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VII, números 25 al 28, enero-diciembre de 1945, unam.

De Silva Gutiérrez, Gustavo, "Suspensión de garantías. Análisis del artículo 29 constitucional", en *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, número 19, julio-diciembre de 2008, unam.

Eisenmann, Charles, "Del espíritu de las leyes y la separación de poderes", en *Anuario jurídico*, número 2, unam, 1975.

Fix-Zamudio, Héctor, "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", en *Anuario jurídico*, número III-IV, México, unam, 1976-1977.

García Ramírez, Sergio, "El Estado de derecho y la reforma al Poder Judicial", en *Pemex-Lex. Revista jurídica de Petróleos Mexicanos*, número 91-92, enero-febrero de 1996.

Martínez Báez, antonio, "El concepto general del estado de sitio", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VII, núm. 25 al 28, enero-diciembre de 1945, unam, 1945.

Tena Ramírez, Felipe, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VII, números del 25 al 28, enero-diciembre de 1945, unam.

•

DR © 2016. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. www.inehrm.gob.mx

Separación
de Poderes

Fue editado por el Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México, la Secretaría de Gobernación,
y el Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam.
Se terminó de imprimir en 2016 en Talleres
Gráficos de México, Av. Canal del Norte,
núm. 80, Colonia Felipe Pescador,
Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06280,
Ciudad de México.

Su tiraje consta de 1 000 ejemplares
encuadernados en cartoné y 100 en tela.

Como parte de las actividades para conmemorar el Centenario de la Constitución que nos rige, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) tiene la satisfacción de publicar la serie "Grandes Temas Constitucionales", en coedición con la Secretaría de Gobernación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En ella destacados especialistas aportan su interpretación sobre las diversas materias contenidas en la Constitución, tanto en su parte dogmática, sobre los derechos fundamentales, como en su parte orgánica, sobre la distribución de las funciones en el Estado mexicano.

El INEHRM se complace en poner a disposición del público lector la serie "Grandes Temas Constitucionales" que forma parte de la colección "Biblioteca Constitucional", creada en el marco de la conmemoración de la Constitución que nos rige desde 1917. El conocimiento de los temas constitucionales fortalece a nuestra ciudadanía y a la democracia como forma de vida.

SEGOB
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA

INEHRM

UNAM

9 786079 419967