

Unidad 4

- El poder constituyente

“La Supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y escrita.”

EL PODER CONSTITUYENTE

Debate acerca del concepto de soberanía

Comencemos por asediar el concepto de Constitución que la nuestra acoge. Para ello hemos de tener en cuenta, previamente, el concepto de soberanía, pero en su elucidación y manejo debemos ser cautos.

En efecto, la doctrina de la soberanía pertenece por su naturaleza a la teoría general del Estado. Si hemos de acudir a ella, será en la medida indispensable para interpretar nuestras propias instituciones.¹

Ciertamente el concepto de la soberanía ha sido, desde el siglo XV hasta nuestros días, uno de los temas más debatidos del derecho público. Con el tiempo, y a lo largo de tan empedradas discusiones, la palabra soberanía ha llegado a comprender dentro de su ámbito los más disímiles y contradictorios significados; de aquí que al abordar el tema desde diferentes aspectos, sea imposible localizar la polémica en torno de un objeto único. Sin embargo, fieles a nuestro propósito antes expresado, trataremos de atrapar entre los dispersos conceptos el que hace suyo nuestra Constitución.

Acaso la anarquía ideológica a que se ha llegado en este punto influya en la actitud de muchos para negar de raíz la existencia misma de la soberanía. Tal parece que el mal de la confusa discusión, al contaminar la idea de la soberanía,² no puede esperar otro término que la muerte de la institución. Los nombres de quienes sostienen tesis tan radical y el vigor de su dialéctica, autorizan a considerar a sus secuaces sin tacha, por lo menos grave de herejía jurídica. Otros, entre los más recientes, han guardado neutralidad o manifestado desdén, al pasar por alto el punto de la soberanía,³ que de este modo, combatido por aquéllos y olvidado por éstos, parece ya un tema envejecido. En el empeño de estudiar nuestra Constitución, unos podrán admitirlo y otros impugnarlo, pero nadie podrá ignorarlo, porque sobre el concepto de soberanía se erige nuestra organización constitucional y aun la palabra misma de soberanía y sus derivados se emplea varias veces en el texto de la ley suprema.⁴

Origen histórico del concepto de soberanía: la exterior y la interior.

Para alcanzar la meta propuesta comencemos por evocar sumariamente el origen, la evolución y los cauces actuales de la idea de soberanía.

La soberanía es un producto histórico y, como afirma Jellinek, un concepto polémico.⁵ No fue conocida de la antigüedad, porque no se dio entonces “la oposición del poder del Estado a otros poderes”.⁶

La idea se gestó en los finales de la Edad Media para justificar ideológicamente la victoria que alcanzó el rey, como encarnación del Estado, sobre las tres potestades que le habían mermado autoridad: el Papado, el Imperio y los señores feudales. Del primero reivindicó la integridad del poder temporal; al segundo le negó el vasallaje que como reminiscencia del Imperio Romano le debían los príncipes al emperador; de los señores feudales recuperó la potestad pública, que en todo o en parte había pasado a su patrimonio. La lucha fue larga y variados sus episodios, pero el resultado fue casi idéntico en las dos grandes monarquías, unificadas y fuertes, donde culminó la victoria: Francia y España.

La doctrina se puso al servicio de los acontecimientos y Bodino definió por primera vez al Estado en funciones de su soberanía: “El Estado es un recto gobierno, de varias agrupaciones y de lo que les es común, con potestad soberana (*summa potestas*).”⁷ De la soberanía así entendida nació con el tiempo y sin esfuerzo el absolutismo, localizado en la persona del monarca, portador de las reivindicaciones del Estado frente a los poderes rivales. Si en la doctrina de Bodino se admitía que el soberano estaba obligado por las leyes divinas y por las naturales, pronto el pensamiento de Hobbes justificó la dilatación sin límites del poder soberano. El Estado soberano se identificó con su titular y el rey pudo decir que el Estado era él. “El Estado -asienta Laski- se encarna, entonces, en el príncipe. Todo cuanto quiere es justo, porque expresa su voluntad. El derecho no significa, como en la Edad Media, un aspecto particular de la justicia universal; el derecho es la emanación de un centro único de autoridad en el orden político.”⁸

Al sustituir la soberanía del rey por la del pueblo, los doctrinarios que influyeron en la Revolución Francesa no hicieron sino trasladar al nuevo titular de la soberanía las notas de exclusividad, de independencia, de indivisibilidad y de limitación que habían caracterizado al poder soberano.⁹

A partir de entonces, y hasta nuestros días, se agravó la confusión que desde la cuna de la soberanía presidió el debate en torno de su naturaleza y de sus atributos. La palabra que la designa es susceptible ella misma de varios significados.¹⁰ Para nuestro objeto es bastante con fijar, por lo pronto; el concepto predominante de soberanía en la doctrina europea, en cuyo ámbito se ha planteado la discusión.

Del proceso histórico que a grandes rasgos hemos reseñado, la doctrina europea ha recogido los siguientes datos: la soberanía significa “la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder”, “concepto negativo que se traduce en la noción positiva de “una potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional”.¹²

Esas dos nociones, que en realidad no son sino aspectos de una sola idea, engendran las dos características del poder soberano: *es independiente y es supremo*.

La independencia mira principalmente a las relaciones internacionales; desde este punto de vista, el poder soberano de un Estado existe sobre bases de igualdad con relación a los demás Estados soberanos. En la medida en que un Estado se halla subordinado a otro, su soberanía se amengua o desvanece. La independencia es, pues, cualidad de la soberanía *exterior*.

La noción de supremacía, en cambio, se refiere exclusivamente a la soberanía interior, por cuanto a que la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de la órbita del Estado. La soberanía *interior* es, por lo tanto, un superlativo, mientras que la soberanía exterior es un comparativo de igualdad. “Ninguna potestad superior a la suya en el exterior, ninguna potestad igual a la suya en el interior”;¹³ he allí, en otros términos expresadas, las características de los dos aspectos de la soberanía.

Las diferencias apuntadas no implican en modo alguno la dislocación de las dos soberanías. El mismo poder de mando que el Estado ejerce en el interior, es lo que le permite tratar con autoridad (así sea en términos de igualdad) con los demás Estados. De este modo aparece la soberanía como la cualidad de una sola potestad pública, que manda sobre los suyos y que en nombre de los suyos trata con los demás.

Titular de la soberanía en el sistema europeo.

De los muchos problemas que suscita el concepto de soberanía, dos son los que interesan particularmente a nuestro estudio: el relativo al titular de la soberanía y el del ejercicio jurídico del poder soberano. Ambos están íntimamente ligados entre sí.

La evolución histórica de la soberanía culminó al localizar al Estado como titular del poder soberano, con el fin de esquivar de este modo la peligrosa consecuencia a que llegó la doctrina revolucionaria cuando trasladó al pueblo el absolutismo del príncipe. El Estado, como personificación jurídica de la nación, es

susceptible de organizarse jurídicamente. Mas como el Estado es una ficción, cabe preguntarse quién ejerce de hecho la soberanía. Toda la doctrina europea moderna insiste en que el sujeto de la soberanía es el Estado, pero fatalmente llega a la consecuencia de que tal poder tiene que ser ejercido por los órganos. Dice Esmein: “El Estado, sujeto y titular de la soberanía, por no ser sino una persona moral, una ficción jurídica; es preciso que la soberanía sea ejercida en su nombre por personas físicas. una o varias, que quieran y obren por él. Es natural y necesario que la soberanía, al lado de su titular perpetuo y ficticio, tenga otro titular actual y activo, en quien residirá necesariamente el libre ejercicio de esta soberanía.”

¹⁴ Este titular es el órgano u órganos en quienes se deposita el ejercicio actual y permanente del poder supremo, es decir, los gobernantes, como lo dice Carré de Malberg: “Es la nación la que da vida al Estado al hacer delegación de su soberanía en los gobernantes que instituye en su Constitución.”¹⁵ Así lo entendió Duguit cuando identificó soberanía y autoridad política: “Soberanía, poder público, poder del Estado, autoridad política, todas esas expresiones son para mí sinónimas y empleo la palabra soberanía porque es la mas corta y la mas cómoda”.¹⁶ De este modo la realidad se ha impuesto sobre la ficción. Y la realidad consiste en que son personas físicas, en reducido número, las detentadoras de ese poder sin rival llamado soberano, ejercido sobre una inmensa mayoría. Ante esta realidad, al fin y al cabo resultó estéril el esfuerzo de Jellinek en contra de la identificación de la soberanía del Estado y la soberanía del órgano,¹⁷ con el que trató de salvar a la teoría del Estado soberano del riesgo inminente de llegar a la dictadura organizada del gobernante, después de que aquella teoría había cumplido su misión de salvar el derecho de la dictadura anárquica del pueblo.

¿Cómo limitar, eficaz y jurídicamente, semejante poder que para Jellinek puede, por su calidad de soberano, mandar de una manera absoluta y estar en situación de coaccionar por la fuerza la ejecución de las órdenes dadas. He allí el problema con el que se ha encarado, hasta ahora sin éxito bastante, la doctrina europea. Todos señalan como móvil justificativo de la actividad soberana algún ideal enaltecido: el bien común, la solidaridad social, la justicia, etc. Mas la regla ideal no ata jurídicamente al Estado: “Al decir que el poder soberano no tiene límites, se quiere indicar con ello que ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico”.⁸ “Esto no significa -afirma Carré de Malberg-- que toda decisión legislativa sea irreprochable por el solo hecho de provenir de una autoridad competente, pero sí significa que el derecho no podría, por sus propios medios impedir de una manera absoluta que se produzcan a veces divergencias e incluso oposiciones más o menos violentas entre la regla ideal y la ley positiva.”⁹ A lo que podríamos agregar que la regla ideal, a su vez, no es acogida unánimemente, por lo que la discusión trasladada al campo del ideal tendría que ser cortada por el poder público mediante la expedición de la ley positiva que acogiera alguna de las tesis en conflicto.

Es verdad que en la práctica el poder soberano tiene que medirse si quiere consolidarse y ser respetado; pero también es cierto que este requerimiento

de carácter práctico no encuentra en la teoría del órgano soberano una adecuada y suficiente expresión jurídica; así lo entendió Laski: “La soberanía aparece condicionada constantemente. en su aspecto histórico, por las circunstancias de cada edad. Sólo se afirma en la práctica cuando se ejerce con responsabilidad. Pero al definir la soberanía se dice que es ilimitada e irresponsable; en cuyo caso la lógica de esta hipótesis se convierte así, directamente, en una posición divergente con la experiencia de su actuación”.²⁰

Su titular en el sistema americano

Por cuanto deposita el poder soberano ficticiamente en el Estado y realmente en los órganos o en los gobernantes la doctrina europea ha fracasado. Veamos ahora la gran experiencia norteamericana (que sin faltar a la precisión de los términos podemos llamar “americana”, por haberla acogido los principales países de nuestro Continente) , conforme a la cual se destituye de soberanía a los gobernantes y se la reconoce originariamente en la voluntad del pueblo, externada por escrito en el documento llamado Constitución.

En tránsito de un sistema a otro, comencemos por mencionar la aguda observación de Laski, relativa a que no es posible acomodar a los Estados Unidos las doctrinas europeas de la soberanía, porque ese país carece de un órgano soberano, al menos teóricamente.”²¹

Salvo algunas discrepancias secundarias, hemos de admitir con Laski que en el sistema americano no tiene cabida la soberanía del órgano, de los gobernantes o del Estado, porque ni los poderes federales, ni los poderes de los Estados, ni, en suma, ninguna persona física o entidad moral que desempeñe funciones *de gobierno* puede entenderse, en este sistema, como *jurídicamente* ilimitada. La autolimitación la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente,²² que para la doctrina europea constituye la característica esencial de la soberanía; no puede ubicarse nunca en los poderes del Estado dentro del sistema americano, porque esos poderes obran en ejercicio de facultades recibidas, expresas y, por todo ello, limitadas. Este principio será la base de todo nuestro estudio en el campo del derecho constitucional mexicano.

Dentro del sistema americano, el único titular de la soberanía es el pueblo o la nación.²³ Este titular originario de la soberanía hizo uso de tal poder cuando se constituyó en Estado jurídicamente organizado. Para ese fin el pueblo soberano expidió su ley fundamental, llamada Constitución, en la que como materia estrictamente constitucional consignó la forma de gobierno, creó los poderes públicos con sus respectivas facultades y reservó para los individuos cierta zona inmune a la invasión de las autoridades (los derechos públicos de la persona que

nuestra Constitución llama “garantías individuales”) El acto de emitir la Constitución significa para el pueblo que la emite un acto de autodeterminación plena y auténtica, que no está determinado por determinantes *jurídicos*, extrínsecos a la voluntad del propio pueblo. En los regímenes que, como el nuestro, no toleran la apelación directa al pueblo, el acto de autodeterminación representa la única oportunidad de que el titular de la soberanía la ejerza en toda su pureza e integridad.

De esta suerte los poderes públicos creados por la Constitución, no son soberanos. No lo son en su mecanismo interno, porque la autoridad está fragmentada (por virtud de la división de poderes) entre los diversos órganos, cada uno de los cuales no tiene sino la dosis y la clase de autoridad que le atribuyó la Constitución; ni lo son tampoco en relación con los individuos; en cuyo beneficio la Constitución erige un valladar que no puede salvar arbitrariamente el poder público. A tales órganos no les es aplicable por lo tanto, el atributo de poder soberano que la doctrina europea coloca en el órgano a través de la ficción del Estado. Ni siquiera es propio hablar de una delegación parcial y limitada de la soberanía, repartida entre los órganos, porque en este sistema, y hasta ahora, soberanía y límite jurídico son términos incompatibles así ideológica como gramaticalmente.²⁴

El pueblo, a su vez titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos sino también al poder que los creó.²⁵ La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía) sólo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía; mas se trata de un hecho que sólo interesa al derecho en esos casos y condiciones, según se verá en su oportunidad.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan. Advertido así, es el Hallazgo de Kelsen. “Sólo un orden normativo -dice- puede ser *soberano*, es decir, autoridad suprema o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de *mandatos* y que otros individuos están obligados a obedecer. El poder físico que es un fenómeno natural, nunca puede ser *soberano* en el sentido propio del término.”²⁶

Así es como la supremacía de la Constitución responde, no sólo a que ésta es la expresión de la soberanía, sino también a que por serlo está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Para ser precisos en el empleo de las palabras, diremos que *supremacía* dice la calidad de *suprema* que por ser emanación de la más alta fuente de autoridad corresponde a la Constitución; en tanto que *primacía* denota el primer lugar que entre todas las leyes ocupa la Constitución.

Desde la cúspide de la Constitución, que está en el vértice de la pirámide jurídica, el principio de la legalidad fluye a los poderes públicos y se transmite a los agentes de la autoridad, impregnándolo todo de seguridad jurídica, que no es otra cosa sino constitucionalidad. Si hemos de acudir a palabras autorizadas, nos servirán las de Kelsen para describir el principio de legalidad: Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica es superfluo prohibir cualquier cosa a un órgano del Estado, pues basta con no autorizarlo a hacerla.”²⁷

En los países de rudimentaria educación cívica, donde las teorías de la omnipotente voluntad popular se resuelven al cabo en la práctica de la voluntad arbitraria de los gobernantes es preciso esclarecer y vivificar el principio de legalidad el cual informa al Estado de derecho. En esa tarea hemos utilizado por contraste la decrépita discusión de la soberanía, que nos ha servido para afirmar que en nosotros ningún poder ni gobernante alguno es soberano, pues todos encuentran sus fronteras en la Constitución. Insistir en este tema ni está por demás, y todo nuestro estudio lo considerará como punto de partida y de llegada.

El poder constituyente y los poderes constituidos. La Constitución rígida y escrita. Supremacía de la Constitución y nulidad de los actos contrarios a la Constitución.

La supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y escrita.

En efecto, si como hemos visto, los órganos de poder reciben investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la Constitución, eso quiere decir que el autor de la Constitución debe de ser distinto y estar por encima de la voluntad particular de los órganos. La doctrina designa al primero con el nombre “poder constituyente” y a los segundos los llama “poderes constituidos”.

El origen de la distinción entre las dos clases de poderes se encuentra en la organización constitucional norteamericana.”²⁸ La teoría de la separación de los tres poderes de Montesquieu (que también tuvo su primera aplicación práctica en el suelo de Norteamérica) además de plantear ya de por sí la división del poder público, presuponía lógicamente la necesidad de un poder más alto que marcara cada uno de los tres órganos su respectiva competencia. Esto no lo alcanzó a

advertir Montesquieu, ni se dio cuenta tampoco de que la unidad del Estado, quebrantada por la división de los poderes, se construía en la obra del constituyente.

La separación y supremacía del poder constituyente respecto a los poderes constituidos que como acabamos de ver responde a una necesidad lógica, actúa por otra parte con diferencias de tiempo y funciones.

Cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el poder constituyente no gobierna, sino sólo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; éstos, a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia.

La intangibilidad de la Constitución en relación con los poderes constituidos significa que la Constitución es rígida. En ningún sistema constitucional se admite ciertamente que cualquier órgano constituido pueda poner la mano en la Constitución, pues tal cosa implicaría la destrucción del orden constitucional. Pero en Inglaterra el Parlamento, cuyas funciones propias son las del poder legislativo originario, goza eventualmente de las facultades de poder constituyente, que se traduce en que por encima del órgano legislativo no existe teóricamente ninguna ley intocable; por ello la Constitución inglesa es flexible.

La rigidez de una Constitución proviene, por lo tanto, de que ningún poder constituido -especialmente legislativo-- puede tocar la Constitución: la flexibilidad consiste en que la Constitución puede ser modificada por el poder legislativo. Esto último, que Inglaterra es producto de una práctica tradicional, halló en Rousseau su teorizante, al sostener que, por radicar la soberanía en el cuerpo legislativo, para éste no hay limitaciones.

La rigidez de la Constitución encuentra su complemento en forma escrita. Aunque no indispensable, sí es conveniente, por motivos de seguridad y de claridad, que la voluntad del constituyente se externe por escrito en un documento único y solemne.

La Constitución de los Estados Unidos de América es rígida y escrita. Por serlo, es superior a los poderes constituidos, todos ellos. Los autores de *El Federalista*, cuyos comentarios en favor del proyecto de Constitución elaborado por la asamblea de Filadelfia reflejan la interpretación más próxima y clásica de aquella ley suprema, tuvieron cuidado de acentuar el hecho de que también el poder legislativo quedaba subordinado a la Constitución. Del siguiente modo habla Hamilton, “el genio colosal”²⁹ del sistema norteamericano, según expresión de Beard: «No hay proposición que se apoye--sobre principios más claros que la que afirma

que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo.

Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer, no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.”³⁰

Las ideas de Hamilton expuestas en *El Federalista*, se incorporaron definitivamente al derecho público norteamericano como su elemento más característico y sustancial, cuando en la célebre ejecutoria Marbury vs. Madison las hizo suyas John Marshall presidente de la Suprema Corte de Justicia.³¹

La nulidad de los actos no autorizados por la Constitución, señaladamente los del poder legislativo, es la consecuencia final a que conduce dentro del sistema americano la separación del poder constituyente y de los poderes constituidos conforme al pensamiento de Hamilton y de Marshall. Sólo faltaba designar al órgano competente para declarar la nulidad de un acto de autoridad por ser contrario a la ley fundamental. Como se expondrá más adelante, en el sistema americano se otorgó al poder judicial federal, en última instancia a la Suprema Corte de Justicia, aquella competencia. De este modo la Suprema Corte, según expresión de Bryce, es “la voz viva de la Constitución.”³² cuando interpretando la ley máxima declara si un acto de autoridad está o no de acuerdo con la misma.

En una síntesis del sistema descrito podemos decir que la soberanía se expresa y personifica en la Constitución que por eso y por ser la fuente de los poderes que crea y organiza está por encima de ellos como ley suprema: La defensa de la Constitución consiste en la nulificación de los actos que la contrarían, la cual incumbe principalmente a la Suprema Corte de Justicia en instancia final. Los actos de la Suprema Corte, realizados en interpretación constitucional, son los únicos actos de un poder constituido que escapan de la sanción de nulidad, lo que se explica si se tiene en cuenta que la Corte obra siempre, no sobre la Constitución, sino en su nombre.

El cambio de rumbo en la jurisprudencia de la Corte por motivos políticos o sociales, como ha acontecido algunas veces en Estados Unidos, plantea la posibilidad de que la Corte asuma de hecho en tales ocasiones la función de poder constituyente; lo que ella hizo decir a la Constitución en determinada época se modifica al cabo del tiempo, hasta el grado de hacerla decir lo contrario, a pesar de que el texto constitucional permanece incólume. Reservamos el estudio de esta cuestión para otro lugar; por ahora bástenos con advertir que en la cúspide de todo orden jurídico la última palabra, la decisión inapelable que reclama la seguridad jurídica, corresponde decirla a quien jurídicamente tiene que

ser irresponsable; la definitiva instancia estará siempre en la última linde de lo jurídico y más allá sólo queda la responsabilidad social, política y personal del titular de tal instancia. La lógica del experimento americano consiste en que la irresponsabilidad jurídica de la Constitución se confunde con la de su intérprete; la suprema palabra de la una es la última palabra en el otro, con lo que queda a salvo el lugar que los principios han reservado para la Constitución.

Por lo demás, el papel de la Suprema Corte dentro del sistema americano de Constitución rígida y escrita consiste en atenuar el defecto que la experiencia ha señalado a tal sistema y que Jellinek ha expresado con estas palabras: "Una cosa es indudable: que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito; de suerte que, aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material."³³ El abismo entre el derecho vivo, que tiene su fuente en necesidades y costumbres nuevas, y la letra envejecida de una Constitución secular, lo salva el intérprete idóneo de la Constitución: al legitimar constitucionalmente un derecho consuetudinario que de otra manera no sería derecho. No se trata, pues, de dos derechos frente a frente - el escrito y el consuetudinario-, como parece indicarlo Jellinek, sino de una modificación que en el significado del texto inmutable imprime, bajo el imperio de la costumbre, quien constitucionalmente puede hacerlo. Aun en este caso, en que la Constitución rígida adquiere cierta ductilidad en manos de la Suprema Corte se confirma la supremacía de la Constitución, en esta hipótesis sobre el derecho consuetudinario.

Al terminar el estudio del sistema americano con la alusión al órgano que puede pronunciar la nulidad de los actos de autoridad contrarios a la ley suprema, nos hallamos en condiciones de precisar la honda diferencia que separa aquel sistema del europeo. En 1908 aseguraba Duguit, en las conferencias que más tarde se publicaron bajo el título de *La transformación del Estado*,³⁴ que no era posible organizar prácticamente ninguna represión eficaz de las intrusiones del Estado soberano en los derechos del individuo. Al enconado adversario de la Soberanía asistía la razón por lo que toca a los regímenes europeos, pero años más tarde rectificó su criterio cuando conoció el ensayo constitucional de Norteamérica. Durante su permanencia en Estados Unidos en 1912, Duguit pronunció las siguientes palabras, después de hablar extensamente con el Presidente de la Corte Suprema: "Estas garantías (en favor del individuo en sus relaciones con el Estado) no pueden residir más que en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad están a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se incline todo el mundo, gobernantes y gobernados, y hasta el mismo legislador... Corresponde a los Estados Unidos el honor de haber constituido un sistema que casi asegura la realización de este ideal."³⁵

Las anteriores nociones en la Constitución mexicana.

Relacionemos ahora las ideas que presiden la organización constitucional de Estados Unidos con las que informan a la Constitución mexicana en el punto que estudiamos.

Nuestra Constitución actual es obra de una asamblea constituyente *ad hoc*, como fue la que se reunió en la ciudad de Querétaro en el año de 1917 y la cual creó y organizó en la Constitución por ella expedida, a los poderes constituidos, dotados de facultades expresas y por ende limitadas, e instruyó frente al poder de las autoridades ciertos derechos de la persona. Una vez que el Constituyente de Querétaro cumplió su cometido al dar la Constitución, desapareció como tal y en su lugar empezaron a actuar los poderes constituidos, dentro de sus facultades. Hay pues, en nuestro régimen una distinción exacta entre el poder que confiere las facultades de mando y los poderes que ejercitan esas facultades, lo que significa que nuestra Constitución adoptó en este punto el sistema norteamericano.

Por más que la supremacía de la Constitución es consecuencia necesaria y natural del sistema acogido la nuestra quiso expresar el principio en varios de sus textos.

La supremacía de la Constitución federal sobre las leyes del Congreso de la Unión y sobre los tratados consta en el artículo 133, cuya primera parte dispone: “Esta Constitución y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado: serán la Ley Suprema de toda la Unión.” Aunque la expresión literal del texto autoriza a pensar a primera vista que no es sólo la Constitución la ley suprema, sino también las leyes del Congreso de la Unión y los tratados, despréndese sin embargo del propio texto que la Constitución es superior a las leyes federales, porque éstas para formar parte de la ley suprema deben “emanar” de aquélla, esto es, deben tener su fuente en la Constitución; lo mismo en cuanto a los tratados, que necesitan “estar de acuerdo” con la Constitución. Se alude así al principio de subordinación (característico del sistema norteamericano) de los actos legislativos respecto a la norma fundamental.

En fin, la obligación de los funcionarios públicos de respetar la supremacía de la Constitución se infiere del artículo 133 según el cual “todo funcionario publico sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

Se faltaría a dicha protesta si se llevara a cabo un acto contrario a la Constitución.

No cabe duda, por lo visto, que nuestro sistema constitucional es imitación fiel del norteamericano en cuanto a la primacía del Constituyente y de su obra sobre los

poderes constituidos y su actividad. Mas a pesar de ello, hay en nuestra Constitución tres artículos que no figuran en su modelo y que parecen introducir en el sistema adoptado algunas variantes del europeo.

Cuando nuestra Constitución dice en el primer párrafo del artículo 39 que “la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo”, asienta una verdad parcial, que el glosador debe completar diciendo que esa soberanía se ejerció mediante el Congreso Constituyente que dio la Constitución, la cual es desde entonces expresión única de la soberanía.

Cuando el artículo 40 habla de la Federación, “compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior”, está empleando el vocablo “soberanos” en una acepción que no es la propia.

Etimológicamente “soberanía” significa lo que está por encima de todo (de “super”, sobre, se formó “superanía” “soberanía”, palabra que según otros deriva de “super omnia”, sobre todas las cosas). A dicha acepción etimológica debe corresponder un contenido ideológico congruente, respetuoso de la filiación lingüística del vocablo. Este contenido es el que hemos dado a la palabra soberanía: el poder que está por encima de todos es precisamente el que no admite limitaciones o determinaciones jurídicas extrínsecas. Por ello la competencia de los Estados miembros de la Federación, para gobernarse por sí mismo dentro de las limitaciones impuestas por la Constitución federal, no es soberanía. Los Estados no tienen sino una potestad relativa, por acotada, de autodeterminación. A conceptos distintos deben corresponder voces diferentes, a menos de empobrecer el idioma y oscurecer las ideas con el empleo de un solo término para dos o más conceptos.”³⁶ Llamemos, pues, soberanía a la facultad absoluta de autodeterminarse mediante la expedición de la ley suprema, que tiene una nación, y autonomía a la facultad restringida de darse su propia ley que posee cada uno de los Estados de la Federación.”³⁷

Si en el artículo 39 está expresada sólo parcialmente la verdad y si en el artículo 40 asoma ya un error, debido a imprecisión de lenguaje, en cambio en el artículo 41 debe denunciarse un yerro de fondo, cuando dice que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por la Constitución federal y las particulares de los Estados. El error estriba en atribuir el ejercicio de la soberanía a los órganos constituidos de la Unión y de los Estados, así se trate de atenuar la inexactitud con la expresión final (“en los términos establecidos por la Constitución Federal y las particulares de los Estados”), que ciertamente es contradictoria del párrafo precedente.

Es en esos artículos 40 y 41 donde se introduce en nuestra Constitución un léxico espurio, bajo el influjo de doctrinas incompatibles con la organización de los poderes, que sobre la base de facultades estrictas establece la técnica total de la

Constitución.

En el derecho constitucional brasileño (al que hemos de acudir con frecuencia, al igual que al argentino, porque ambos realizan como el nuestro una adaptación del modelo norteamericano) se planteó una situación en todo semejante a la que descubrimos en el derecho mexicano.

La Constitución de 1934 proclamaba en su artículo 2° que todos los poderes emanan del pueblo y en el artículo 3° insistía en el viejo tema de que los tres poderes constituidos son órganos de la soberanía nacional. “Parecían en desarmonía los dos artículos -dice el comentarista Calmón-, porque una cosa es el poder público, originario del pueblo y ejercido en su nombre, y otra es el ser el órgano de la soberanía de la nación...Combinábanse así dos doctrinas, hasta entonces distintas en la clasificación científica del derecho político, y empíricamente se asociaban dos valores diferentes, para significar, con redoblada energía, el estilo democrático del régimen. La Constitución de 1946 abandonó el viejo énfasis, prefiriendo un lenguaje más conveniente ¿Por qué en la Constitución no se habla de *soberanía*, como las precedentes que declaraban *órganos de soberanía* a los poderes del Estado? La palabra no aparece en el texto constitucional...”. A continuación se pregunta el autor que venimos citando si la supresión se debió a las ideas de Duguit o a las de la escuela de Viena, y en respuesta afirma: “El Constituyente no tuvo esta preocupación trascendente: abandonó simplemente la palabra, por no hacerle falta.”³⁸

Ya no hace falta, en efecto, reiterar en los textos constitucionales modernos las ideas relativas a la soberanía, cuyo destino histórico ha quedado cumplido. Conceptos polémicos en otro tiempo, y aun bélicos como hemos visto, hoy nadie pone en tela de juicio que el origen del poder público está en el pueblo y que su monopolio corresponde al Estado. En cuanto al origen del poder, hasta los regímenes de dictadura, lo mismo los nazifascistas que los comunistas, han necesitado invocar siempre la voluntad popular como fuente y justificación de su existencia.

Por lo que hace al monopolio del poder, a pesar de ir a la zaga en la evolución política y jurídica del mundo occidental, el Estado mexicano reivindicó desde la Reforma consumada por Juárez la totalidad del poder público de mando, algunas de cuyas funciones habían conservado desde la Colonia ciertos organismos extraestatales; a partir de entonces el Estado mexicano se integró definitivamente como Estado y ningún poder rival, le disputa ya la exclusividad del poder público.

Es peligroso, en cambio, como lo hemos advertido, empavesar las constituciones con esta palabra combativa, a cuyo amparo han medrado varias veces por igual la demagogia y las dictaduras. Todavía menos se justifica su empleo en las constituciones del hemisferio americano, nacidas bajo el signo de un derecho público que, si acogió las altas conquistas logradas por los pueblos de

Europa, también tuvo el acierto de purificarlas de los sedimentos perturbadores que habían dejado largos siglos de lucha.

Si hemos de borrar algún día de nuestra Constitución la palabra soberanía, no por ello podemos descuidar el estudio de la organización constitucional a que condujo al fin el manejo de los conceptos que encubre aquel vocablo. El origen popular de toda autoridad pública (soberanía popular) y el monopolio de esa autoridad por el Estado (soberanía del Estado) , nos han permitido llegar a la sustancia de nuestra organización política, que consiste en la superioridad sobre todos y cada uno de los órganos de poder de la ley que los crea y los dota de competencia. A la inversa se produce lo que tanto importa llevar al conocimiento de un pueblo que está ensayando su conciencia cívica: la sumisión de todas las autoridades y del propio pueblo a una ley de esencia jurídica superior, fuera de la cual resultan inválidos los actos que se realicen.

Y así hemos llegado al concepto de la ley suprema y final llamada Constitución, en que remata la actuación del Constituyente.

Concepto de Constitución. La Constitución en sentido material y en sentido formal. Partes de nuestra Constitución

El concepto de Constitución, como el correlativo de soberanía puede ser, configurado desde muy diversos puntos de vista³⁹, de aquí el peligro de confundir y oscurecer ideas que, separadas con rigor lógico, son claras y accesibles. Reducirnos a sacar a luz el concepto de Constitución que la nuestra realiza, será por ahora nuestra tarea.

Razón tenía la Comisión redactora del Acta de la Federación alemana cuando asentó que el concepto de ley fundamental es “uno de esos conceptos sencillos que antes se oscurecen que aclaran y fijan con las definiciones”.

Trataremos, pues, de describir lo que es una Constitución del tipo de la nuestra, más bien que de definirla.

Distingamos ante todo la Constitución en sentido material de la Constitución en sentido formal.

“La Constitución en sentido material -ha dicho Kelsen- está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.”⁴⁰ Pero más adelante el autor citado reconoce que el concepto de Constitución, tal como lo entiende la teoría del derecho, no es enteramente igual al correspondiente concepto de la teoría política.

“El primero es lo que previamente hemos llamado Constitución en el sentido material del término, que abarca las normas que regulan el proceso de la legislación. Tal como se usa en la teoría política, el concepto ha sido forjado con la mira de abarcar también aquellas normas que regulan la creación y la competencia de los órganos ejecutivos y judiciales supremos.”⁴¹

Este último concepto es el que ha prevalecido en el campo del Derecho Constitucional, expresado del siguiente modo por Jellinek: “La Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.”⁴²

Crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia, es, por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución.

Desde este punto de vista material, las constituciones del mundo occidentales, inspiradas en la norteamericana y en las francesas, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder. De aquí que la estructura de nuestra Constitución, como la de todas las de su tipo, se sustente en dos principios capitales:

1º, la libertad del Estado para restringirla es limitada en principio;

2º, como complemento indispensable del postulado anterior, es preciso que el poder del Estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencias.

El primer principio obliga a enumerar en la Constitución ciertos derechos del individuo, llamados fundamentales, que expresa y concretamente se sustraen de la invasión del Estado. Tales derechos se clasifican teóricamente en dos categorías: derechos del individuo aislado y derechos del individuo relacionado con otros individuos. Todos son derechos de la persona frente al Estado pero la primera categoría comprende derechos absolutos, como la libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias, etc.; en tanto que la segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales requieren la intervención ordenadora y limitadora del Estado, como la libertad de cultos, la de asociación, la de prensa, etc.

La tendencia actual es permitir la intervención reguladora del Estado en toda clase de derechos individuales, inclusive en el de propiedad, que antes se consideraba absoluto. La parte de la Constitución que trata de los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de *dogmática*.⁴³ Nuestra Constitución designa tales derechos con el nombre de garantías individuales, denominación impropia, según lo advirtió Montiel y Duarte, puesto que una cosa son los “derechos individuales” que la Constitución enumera, y otra la “garantía” de esos derechos, que en México reside en el juicio de amparo.⁴⁴ El capítulo primero de la Constitución, que comprende 29 artículos, se refiere a los derechos

fundamentales, por más que existan dispersos en los restantes artículos de la Constitución algunos otros de esos derechos. De acuerdo con las tendencias de la época, nuestra ley suprema limita varios de los derechos fundamentales, en beneficio de la comunidad, lo que se traduce prácticamente en una ampliación de la órbita del Estado.

El segundo principio a que antes hicimos referencia, es complemento del primero. Para realizar el desiderátum de la libertad individual, no basta con limitar en el exterior el poder del Estado mediante la garantía de los derechos fundamentales del individuo, sino que es preciso circunscribirlo en el interior por medio de un sistema de competencias. La garantía orgánica contra el abuso del poder, está principalmente en la división de poderes,. La parte de la Constitución que tiene por objeto organizar al poder público, es la parte Orgánica. En nuestra Constitución todo el título tercero; desde el artículo 49 hasta el 107, trata de la organización y competencia de los poderes federales, en tanto que el título cuarto, relacionado también con la parte orgánica, establece las responsabilidades de los funcionarios públicos. Es la parte orgánica la que propiamente regula la formación de la voluntad estatal; al insuflar en los órganos facultades de hacer, a diferencia de la parte dogmática, que generalmente sólo erige prohibiciones.

Además de la parte dogmática y la orgánica, pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la superestructura constitucional, la cual cubre por igual a los derechos del individuo, a los poderes de la Federación y a los poderes de los Estados.⁴⁵ Son dichos preceptos en nuestra Constitución los artículos 39, 40, 41, 133, 135 y 136, que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su inviolabilidad.

Tal es la Constitución en sentido material. "La Constitución en sentido formal - dice Kelsen- es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas...La Constitución en sentido formal, el documento solemne que lleva este nombre a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material."⁴⁶ Tales preceptos, que por su propio índole deberían estar en las leyes ordinarias, se inscriben en la Constitución para darles un rango superior al de las leyes comunes y excluirlos en lo posible de la opinión mudable del Parlamento, dificultando su reforma mediante el procedimiento estricto que suele acompañar a las enmiendas constitucionales.

La presencia en la Constitución de estos agregados constitucionales obedece al interés de un partido en colocar sus conquistas dentro de la ley superior, o bien responde a la importancia nacional de determinadas prescripciones. Realizan el primero de dichos propósitos los artículos 27, 123 y 130 ⁴⁷ y el segundo los capítulos II, III y IV del título primero, que se refieren a la nacionalidad y a la ciudadanía, así como numerosos preceptos complementarios del sistema federal, algunos de los cuales, contenidos principalmente en el título quinto, señalan

prohibiciones u obligaciones positivas. para los Estados, mientras que otros, como son a los que se refiere el capítulo II del título segundo, regulan el aspecto relativo al territorio nacional.⁴⁸

REFERENCIAS

1 Dice Carré de Malberg: “ Solamente cuando se trata de resolver las dificultades inherentes al funcionamiento del Estado o también de estudiar el desarrollo de su derecho en el porvenir, es cuando se puede y se debe recurrir a la teoría general del Estado como a una base de razonamiento y a un principio inicial de soluciones o de indicaciones útiles; pero, entiéndase bien, incluso en éste caso es necesario buscar los elementos de ésta teoría general en las instituciones constitucionales o en las reglas de derecho público consagradas por el orden jurídico vigente. “*Teoría general del Estado*”; México, 1948; página 21.

2 En el ensayo “*Pluralistic Theories and the attack upon state sovereignty*” (publicado en “*a History of political theories*”; New York; The Macmillan Company, 1932). F:W: Coker señala las siguientes afirmaciones como ejemplos típicos de la actitud contraria a la soberanía del Estado:

“Si contemplamos los hechos, es bastante claro que la teoría de la soberanía se encuentra en ruinas” (A: D: Lindsay, “*The State in recent political Theory*”, *political quarterly*, vol. 1 págs. 128-145).

“Ningún lugar común ha sido más árido y estéril que la doctrina de la soberanía del Estado” (Ernest Barker, “*The superstition of the State*”, *London times Literary supplement*, July 1918, 329).

“ La noción de soberanía debe ser borrada de la doctrina política” (H. Krabbe, “*The modern idea of the State*”, pág. 35)

3 Se abstienen de abordar los problemas de la soberanía los comentaristas norteamericanos principalmente, que por su tradicional empirismo jurídico eluden tratar cuestiones abstractas. Otra posición moderna consiste en admitir a la soberanía como “un mito del que no se puede prescindir en la vida política actual, por no existir hoy otra fórmula de la cual partir”, según expresó en la asamblea constituyente de Italia el después presidente de aquel país, Einaudi (Calamandrei e leví; *comentario sistemático alla Costituzione italiana*; t.1 pág.10).

4 Artículos 39, 40,41 y 103 frac. II cuantas veces en el curso de la obra se cita un artículo sin mencionar la ley, debe entenderse que es de la constitución vigente en México, o sea la de 1917.

5 *Teoría general del Estado*, por G. Jellinek; Buenos Aires, 1943; pág. 539 y sigs.

6 Es exacta la anterior afirmación de Jellinek, porque en efecto no existió en la antigüedad ningún poder ajeno al Estado que se le opusiera. Debe advertirse sin embargo, que las relaciones de soberanía de las comunidades políticas entre sí, ofrecen en la historia de Roma ciertos aspectos se asemejan sin duda a los que contemplan las doctrinas actuales en punto a soberanía exterior, a confederación y federación. -Vid. Teodoro Mommsen, *Derecho Público Romano* Buenos Aires, 1942 Págs.84 y sigs.- En contra de la opinión de Jellinek, Vid. Willoughby, *The political Theories of the ancient World*; 1913; pag. 232.

7 *Les six livres de la Republique*; lib. L. P&g. 1.

8 *El Estado moderno*, por Harold J. Lasky;Barcelona, 1932; t. I p&g. 40.

9 Respecto a la ilimitación del poder soberano, que hacía residir en la asamblea deliberante, decía Rousseau: “Hay que observar que la deliberación pública, puede obligar a todos los súbditos con respecto al soberano, pero no puede obligar al soberano consigo mismo y que, por consiguiente, es

contrario a la naturaleza del cuerpo jurídico que el soberano se imponga una ley que no puede cumplir”. –*Contrato social*; Lib. I, página VII.- “La doctrina del príncipe absoluto fue traducida por Rousseau en la de la ilimitación de la voluntad popular”, asienta Jellinek (op, cit. p&g. 394), y cita al efecto : “El Estado con relación a sus miembros, es señor de todos sus bienes por el contrato social, que en el Estado sirve de base a todos los derechos” (*Contrato social*, I, 9).

10 Para Carré de Malberg el término “soberanía” tiene en francés (y lo propio ocurre en español) tres denotaciones distintas, que en Alemán se representan por otras tantas palabras: el carácter supremo e independiente de la potestad estatal, los poderes concretamente comprendidos en esa potestad y, por último, la posición que dentro del Estado ocupa el órgano supremo de la potestad estatal. (Op, cit., Págs. 88 y 95). Para Santi-Romano, dos son las acepciones de la palabra: se refiere una al aspecto negativo de no dependencia del ordenamiento supremo y la otra al aspecto positivo de tener ese ordenamiento una fuerza y eficacia superiores a los ordenamientos que viven en su ámbito y que le están subordinados (*principii di Diritto Costituzionale Generale*; 2da. Ed.; Milán, 1946; Pág. 68).

11 Jellinek; op, cit. pág 287.

12 Carré de Malberg; op, cit pág. 25.

13 Carré de Malberg; op, cit., pág 89.

14 Esmein; *Eléments du droit constitutionnel francais et comparé*; 8ª ed.; París 1927; t. I pág. 4.

15 Op, cit.; pág. 30 . La misma tesis, aunque más explícita, aparece en Jean Dabin: “El Estado mismo, aunque persona, no está dotado de voluntad; pero tiene a su servicio gobernantes que ejercen la soberanía y que tomarán en sus manos el mando, no como cesionarios de ésta soberanía que es de suyo inalienable, sino como órganos representativos del Estado soberano...De éste modo, en cuanto al goce, la soberanía corresponde al estado mismo como una de sus cualidades y, en cuanto al ejercicio, corresponde a los gobernantes legítimos. (*Doctrina general del Estado*; México, 1956; página 129). Los órganos en su conjunto y con sus funciones -estructural y funcionalmente- componen el gobierno (Vid. Posada; *Tratado de derecho político*; t, I página 502).

16 Duguit; *Soberanía y libertad*; trad. Acuña; Madrid, 1924; pág. 131.

17 Jellinek; op, cit., pág. 406.

18 Jellinek; op, cit. pág 393.

19 Carré de malberg; op, cit, pág 203.

20 Laski; op, cit., pág. 44.

21 “Los pensadores que se ocuparon con mayor intensidad del problema de la soberanía (Bodino, Hobbes, Rousseau, Bentham y Austin) expusieron sus ideas con la excepción del último, antes de que se hubiera examinado, con el debido rigor, la construcción teórica del estado federal. Unos se refirieron como Bodino, al poder ilimitado del príncipe; otros se refirieron como Bentham, al poder ilimitado de la legislatura; o pudieron como Rousseau, negar la legitimidad a cualquier acto que emanase, únicamente , de un órgano representativo. Es evidente que no se pueden acomodar esos postulados a un estado como los estados Unidos de América. El congreso es un cuerpo de carácter limitado, cuyos poderes aparecen, cuidadosamente definidos; cada uno de los estados tiene una órbita similar en el marco de la constitución; hasta se limita la elaboración de una enmienda constitucional cuando se consigna la excepción de que ningún Estado se verá privado, sin su propio consentimiento, de un sufragio idéntico por lo que se refiere al senado. En un sentido teórico, por lo menos los Estados Unidos carecen de un órgano soberano, porque los miembros del tribunal supremo, contrarrestados o anulados por una enmienda constitucional, representan únicamente una instancia penúltima de referencia. La experiencia particular de la historia ha sugerido por eso, la manera de construir un Estado en donde no aparezca la noción de soberanía. Podemos naturalmente, como han hecho algunos teóricos Alemanes, conceder a la teoría de la soberanía un

valor tan excelso que sólo podrá otorgarse a una sociedad determinada el título de estado cuando posea ese atributo supremo. Pero una filosofía política que carecería, verdaderamente de sentido práctico". Laski; op, cit., 32 gs 44y 45.

22 Jellinek; op, cit., pág. 404.

23 Nos abstenemos de tocar la distinción entre soberanía popular y soberanía nacional, que tanto preocupa a la soberanía francesa, porque carece de interés para nuestro objeto.

24 En una obra reciente, publicada por primera vez en Estados Unidos en 1963 y en México, en traducción española, en 1966, consideramos que se halla la confirmación de la tesis expuesta, que hemos venido reiterando en idénticos términos a los actuales en las ediciones anteriores a la presente. Dice así "¿ Dónde, pues reside la soberanía en el sistema norteamericano? La respuesta es que, en el sentido Austiano, no existe en los Estados Unidos ninguna persona o corporación de persona en posesión de la soberanía jurídica... Que ningún órgano del gobierno federal está investido de soberanía en el sentido Austiano, es claro que por el principio básico de que sólo es un gobierno de poderes limitados...Un gobierno que sólo puede ejercitar los poderes otorgados por una constitución, es de autoridad limitada , no soberana". Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno*; México, 1966; t. I. Pág. 46.

25 El autor a quien acabamos de mencionar corrobora de la siguiente manera lo antes asentado por nosotros; "Sin embargo, aunque la última fuente del poder es, pues, el pueblo, es claro que desde la adopción de la constitución, no ha estado investido de soberanía, según Austin definió esa palabra. La voz del pueblo solo puede oírse cuando se expresa en las épocas y condiciones que él mismo ha prescrito y señalado en la constitución". Op, cit., t.I. pág. 50.

26 Kelsen; *Teoría general del derecho y del Estado*; México. 1949; pág 404.

27 Kelsen; op, cit., pág. 277. No debe entenderse en términos absolutos la tesis transcrita, sino referida a la existencia expresa de la facultad como condición de la actuación del órgano estatal; en ese sentido es exacto que el no otorgamiento de la facultad que equivale a una prohibición. Pero en cuanto al ejercicio de una facultad ya concedida, la prohibición expresa se necesita si se quiere limitar ese ejercicio. En otros términos, mientras no se confiere la facultad nada puede hacer el órgano; pero una vez conferida lo puede hacer todo en su ejercicio, mientras una taxativa expresa no se lo impida. De esta suerte, si no constataran expresamente las garantías individuales, las autoridades podrían desplegar sin cortapisa en la esfera del individuo las facultades recibidas.

28 Sieyés decía en la convención; "Una idea sana y útil se estableció en 1788; la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Figurará entre los descubrimientos que hacen adelantar la ciencia; se debe a los franceses. "Carré de Malberg hace el siguiente comentario: "Al invocar ésta fecha de 1788, que era la de la composición de su obra sobre el tercer Estado, Sieyés daba a entender claramente que él mismo era el francés a quien se debía ese descubrimiento. A partir de Alfayate, que rectificó a Sieyés, ya nadie admite el origen francés de la institución , que por otra parte no alcanzó en Francia el desarrollo y la dirección que la caracterizan en la organización constitucional de Estados Unidos." Vid. Carré de Malberg, op. Cit., págs. 1186 y Jellinek, op, cit., págs 414 y 427.

29 Citado por Gustavo R. Velasco en el prólogo, pág. XV, a su traducción de *El federalista* ; México, 1943.

30 *El Federalista*, trad. Cit., pág 339.

31 El vínculo entre el federalista y la obra jurisprudencial de Marshall, lo señala en los siguientes términos Joseph Storv, otro insigne comentarista de la constitución norteamericana: " El federalista comentó y explico los objetos y alcance ordinario de estos poderes y funciones (del gobierno nacional). El razonamiento maestro de Mr. Marshall los ha seguido hasta sus últimos resultados y consecuencias, con una precisión y claridad que se acercan en cuanto es posible a una demostración

matemática.” Comentario abreviado de la constitución federal de los Estados Unidos de América; trad. Española; México, 1879; prefacio, pág. XII.

Por la importancia del voto Marbury vs. Madison, que pronunció Marshall en 1803, transcribimos la parte en que su autor traza magistralmente el sistema de una constitución rígida y escrita, como es la de los Estados Unidos: “Que el pueblo tiene derecho original para establecer para su futuro gobierno, los principios que en su opinión mejor logren su propia felicidad, es la base sobre la cual todo el sistema americano ha sido erigido. El ejercicio de ese derecho original, requiere un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser frecuentemente repetido. En consecuencia, los principios así establecidos, se estiman fundamentales. Y como la autoridad de los cuales emana, es suprema y no puede obrar con frecuencia, la intención al establecerlos es de que sean permanentes.

“Esta voluntad original y suprema, organiza al gobierno y asigna a sus diversos departamentos sus poderes respectivos. Puede marcarse un alto ahí o bien establecerse ciertos límites que no pueden ser propasados por ninguno de dichos departamentos.

“El gobierno de los Estados Unidos encaja dentro de la última descripción . Los poderes del legislativo quedan definidos y limitados; y para que esos límites no puedan ni equivocarse ni olvidarse, fue escrita la constitución. ¿Con qué objeto se consignan tales límites por escrito, si esos límites pudieran en cualquier tiempo sobrepasarse por las personas a quienes se quiso restringir? La distinción entre gobiernos de poderes limitados y los poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas, a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equiparan. Éste es un razonamiento demasiado obvio para dejar lugar a dudas y lleva a la conclusión de que la constitución controla cualquier acto legislativo que el sea repugnante; pues de no ser así, el legislativo podría alterar la constitución por medio de una ley común.

“Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas, las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza tiene que ser una ley del congreso que repugnara a la constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría por su esencia misma, va imbibida en una constitución escrita y, en consecuencia, este tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No puede, pues, perderse de vista al seguir considerando el problema que se estudia.

“Si una ley del legislativo, contraria a la constitución, es nula a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla o a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley? Esto equivaldría a desechar de hecho lo que ya ha sido establecido en teoría y a primera vista parecería una cosa tan absurda, que ni siquiera se prestara a discusión. Sin embargo, merecerá aquí ser estudiada con mayor atención.

“ Indudablemente, es de la competencia y del deber del poder judicial, el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable. Así, si una ley se opone a la constitución; si tanto la ley como la constitución, pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir éste caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta a la constitución haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cual de éstas reglas en conflicto rige el caso. Esto es la verdadera esencia del deber judicial.

“Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la constitución y la constitución es superior a toda ley ordinaria del legislativo, entonces la constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas sería aplicables.

“Así pues, aquellos que desechan el principio de que la constitución tiene que ser considerada por los tribunales como la ley suprema, quedan reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos con relación a la constitución y mirar únicamente a la ley ordinaria.

“Esta doctrina daría por tierra con el fundamento mismo de toda constitución escrita. Establecería que una ley que de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno, es completamente nula, sin embargo, en la práctica es completamente obligatoria. Establecería que si el legislativo hiciera aquello que le está expresamente prohibido, este acto a pesar de la prohibición expresa, en la realidad de las cosas, produce efectos. Sería darle al legislativo una omnipotencia práctica y real, al mismo tiempo que aparentemente se restringen sus poderes dentro de límites estrechos. Equivale a establecer límites y declarar al mismo tiempo que esos límites pueden ser traspasados a placer.” (Trad. De la *Revista mexicana de derecho público*, 1, no 3, pág. 338 a 341).

32 He aquí las elocuentes palabras que Lord Bryce , conocedor profundo de las instituciones norteamericanas, consagra a la Suprema Corte de Justicia: “La Suprema Corte es la voz de la constitución, esto es, de la voluntad del pueblo, de quién es expresión a su vez la Ley Fundamental que el ha votado. Es por ello la corte, la conciencia del pueblo. Resuelto a preservarse a sí mismo de todo acto injusto e irreflexivo, el pueblo ha colocado por encima de sus mandatarios una ley permanente, que es el seguro de la minoría. Es esa ley la que la minoría puede invocar cuando está amenazada por la mayoría, y es en la corte colocada más allá de los asaltos de las facciones, donde encuentra su intérprete y su defensor. Para estar a la altura de tan importantes funciones, la corte debe ser tan firme como la constitución. Su espíritu y su tono deben ser los del pueblo en sus momentos más felices. Es preciso que resista a los impulsos transitorios y con mayor firmeza si aumentan en vigor. Amurallada detrás de defensas inexpugnables, debe al mismo tiempo desafiar los ataques abiertos de los otros órganos del gobierno y las seducciones, más peligrosas por impalpables, del sentimiento popular.” *La republique americaine* (Trad.francesa de *the american Commonwealth*); París, 1900; t I págs. 338 y 389.

33 Jellinek; op, cit. pag. 438.

34 Duguit; *La transformación de Estado*; trad. Posada: Pág. 217.

35 Dugit; *Soberanía y Libertad*; Madrid, 1924; Pág. 295.

36 Carré de Malberg ha señalado el equívoco de la palabra “soberanía” en el idioma francés: “El peligro de los términos de doble sentido es introducir la confusión en las ideas. Desgraciadamente, el idioma francés es en esto bastante escaso de medios. El vocabulario jurídico alemán ofrece más recursos y permite más claridades en la teoría; del derecho público. Los alemanes tienen a su servicio tres términos correspondientes a las tres nociones distintas que la literatura francesa confunde bajo la expresión única de soberanía.” Op, cit., pág. 95.

37 Otra vez hemos de acudir a Bernard Schwartz, en ratificación de lo que no hemos dejado de exponer en esta obra: “En verdad -asienta dicho autor- el uso de la palabra soberanía en relación con los Estados que constituyen la unión Norteamericana, es y ha sido siempre errónea...un estado que está restringido por las limitaciones que vinculan a los miembros de la unión Norteamericana, no es verdaderamente soberano (por mal que se le aplique la palabra soberano).” Op, cit., t. I. Pág. 47.

38 Pedro Cahmón; *Curso de Direito constitucional Brasileiro*: 2ª ed., 1951, páginas 37 a 39.

39 Schmit señala nueve significados distintos a la expresión “Ley fundamental”, de los cuales varios corresponden a “Constitución”, a pesar de que el autor sólo otorga ésta connotación al último de ellos. *Teoría de la constitución*, págs. 47 y 48.

40 Kelsen; op, cit., pág. 129.

41 Kelsen; op, cit., pag. 272.

42 Jellinek; op, cit., pag. 413.

43 La denominación de parte dogmática y parte orgánica de la constitución suele atribuirse al profesor español Adolfo Posada, quien así las llama y las explica en su obra *Tratado de derecho político*; Madrid, 1935, págs 26 a 30.

44 “La Constitución...contiene 54 derechos especificados en los artículos desde el 2 hasta el 28, sin que por eso pueda decirse que contiene otras tantas garantías, sino relacionado cada derecho con los artículos 1, 101 y 102 de la misma constitución.” Isidro Montiel y Duarte; *Derecho Público Mexicano*; México, 1871; introducción, pág. 111. En el mismo sentido, Emilio Rabasa; *El Juicio constitucional*; México, 1919; págs. 186 y 187. En contrario, José María Lozano; *Estudio del derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los derechos del hombre*; México, 1876; Págs. 592 y 593.

45 “Superestructura constitucional”, aunque inspirada en la expresión de Hauriú “Superlegalidad constitucional”, tiene denotación distinta a ésta. La superlegalidad constitucional consiste para Hauriou en la existencia de una legislación especial, más solemne en la forma, que se llama constitución escrita o rígida , la cual se considera como norma superior a las leyes ordinarias (Principios de Derecho público, y constitucional; Madrid, 1927; pág. 296). Expresa, pues, la superioridad de la constitución frente a las leyes comunes. Para nosotros la superestructura constitucional forma parte de la constitución, pues contiene aquellos mandamientos que se dirigen formalmente y por igual a todos los individuos y a todas las autoridades del país. En cambio, los preceptos que organizan a los poderes federales, aunque también figuran en la constitución, están dedicados especialmente a dichos poderes.

46 Kelsen; op, cit., pfig. 129.

47 La aportación en la carta del 17 de los tres preceptos que se mencionan, significó una innovación de México en la técnica constitucional, que después ha sido aceptada en mayor o menor grado, por casi todas las constituciones del mundo.

48 Conforme a los programas de estudio en las escuelas de leyes de México se excluyen del derecho constitucional numerosas materias que, aunque tratadas en la constitución, integran ramas especializadas (garantías y amparo; derecho laboral y agrario; derecho internacional privado y público; derecho fiscal, etc). Dichas materias sólo serán aludidas en la presente obra, cuando tengan relación inmediata con la estrictamente constitucional.