

CAPÍTULO TERCERO
LA DIVISIÓN DE PODERES.
EL PRINCIPIO Y SU REALIDAD

I. Los partidos políticos y los nuevos poderes	54
II. Los poderes públicos	64
1. La nueva posición del Parlamento	66
2. La división de poderes y la jurisdicción constitucional	71
3. El Poder Judicial federal en México	74
III. La división de poderes en el texto de la Constitución	77
IV. El Estado federal	80
1. La distribución de materias y el principio de competencia	83
2. La articulación del federalismo en la Constitución de 1917	85
A. Facultades explícitas y facultades implícitas	86
B. Facultades coincidentes y concurrentes	89
C. Posibles conflictos normativos entre el derecho federal y el local	91
D. Las contradicciones en materias exclusivas	94
E. La participación de las entidades federativas en los procedimientos federales de creación normativa	96
3. El caso del Distrito Federal	97

CAPÍTULO TERCERO LA DIVISIÓN DE PODERES. EL PRINCIPIO Y SU REALIDAD

Desde su elaboración original por Locke y Montesquieu, y su consagración dogmática primera en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el principio de la división de poderes ha sido una constante en la historia constitucional de Occidente. Sin embargo, su aplicación práctica ha sido bien distinta a como fue originalmente concebido.¹¹⁶

Con el tiempo, este principio ha sufrido “un proceso de dogmatización, convirtiéndose en una proposición acrítica de fe”.¹¹⁷ Algún autor ha llegado a sostener que la división de poderes es una de las expresiones “más confusas en el vocabulario del pensamiento político y constitucional”.¹¹⁸

Al margen de las divergencias que en torno a la expresión puedan existir, puede decirse que el principio de la división de poderes jamás ha recibido una aplicación práctica completa (es decir, que en ningún Estado ha existido una separación total de poderes), sino que siempre se ha realizado de modo flexible, reflejo de las muchas excepciones que han ido imponiéndole diversas necesidades dentro del funcionamiento estatal.¹¹⁹ Pablo Lucas Verdú señala, refiriéndose al contexto europeo, pero siendo aplicable también a otros países, que

116 La bibliografía sobre el tema es inagotable; entre lo mejor que se ha escrito últimamente puede destacarse el libro de Vile, M. J. C., *Constitutionalism and Separation of Powers*, Oxford, 1967.

117 García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 57.

118 Marshall, Geoffrey, *Teoría constitucional*, trad. y prólogo de Ramón García Cotarelo, Madrid, 1982, p. 133.

119 “Tan pronto como se ha querido trasladar esta doctrina (de la división de poderes) a la realidad, surgen dificultades prácticas y doctrinales. Las primeras nacen de las necesidades de la política, las cuales no pueden jamás ser enteramente dominadas por una fórmula abstracta”. Jellinek, G., *op. cit.*, nota 69, p. 375.

en el continente europeo, aparte del modelo convencional suizo, se aplicó la división de poderes de modo flexible. Se trata, pues, de una *coordinación* entre los poderes de carácter más político que jurídico, de modo que su actividad se despliegue armónicamente conforme a una orientación política unitaria (aquí operan eficazmente los partidos victoriosos en las elecciones). Además, si bien, por lo regular cada poder se circunscribe en la órbita de su correspondiente función institucional, ello no obsta para que se den excepciones más o menos relevantes, de transmisión de funciones atribuidas a otros poderes.¹²⁰

En su teleología original, la división de poderes pretendía que los poderes públicos se controlaran unos a otros, garantizando de esa forma la libertad de los ciudadanos. Montesquieu lo dijo en una frase famosa de su obra *Del Espíritu de las leyes*: “[...] es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites [...]. Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder”. En la misma tesitura se encontraba John Locke que, en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, decía lo siguiente: “[...] para la debilidad humana sería una tentación demasiado grande delegar la función de ejecutar las leyes a las mismas personas que poseen la tarea de realizarlas, puesto que el género humano tiene tendencia a aferrarse al poder”.¹²¹

Para comprender en la actualidad la división de poderes, hay que hacer algunas consideraciones previas. Para empezar, hay que precisar que dentro de los poderes del Estado —entendiéndolo ahora como un todo, es decir, no limitado a los órganos públicos— pueden distinguirse dos esferas, tal como lo ha destacado García Pelayo:¹²² “una rigurosamente estatal”, integrada por los órganos que se encuentran jurídicamente investidos de

120 Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota , p. 145. *Vid.* la exposición del autor sobre la división de poderes como principio “dogmático” e “institucional”. *Ibidem*, p. 133.

121 Como señala H. Heller, “con la ordenación fundamental basada en la división de poderes debía quedar asegurado que el poder del Estado no se ejerciera de modo abusivo y, asimismo, que ese poder se viera obligado por la propia mecánica de la organización a respetar la libertad y la igualdad de los ciudadanos”. *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, México, 1987, p. 293. Es más, puede decirse que “uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder”. Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, p. 23; sobre la concepción liberal del poder y la necesidad de limitarlo jurídicamente, *vid.* Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 40, pp. 17 y ss.

122 *Cfr.* García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, 1991, p. 2,822.

poder y por las “tecnoburocracias”; otra, compuesta por “aqueellos actores (partidos políticos y organizaciones de intereses) que tratan de controlar las acciones del Estado o de orientarlas en un determinado sentido”. En palabras del mismo autor, “el sistema clásico de la división de poderes ha pasado a constituir un subsistema dentro de un sistema más amplio”.¹²³

Dentro del ámbito de la esfera rigurosamente estatal, hay que mencionar tres cuestiones importantes:

A. Que en el Estado social ha cambiado la preponderancia del valor máximo que buscaba resguardarse con la división de poderes, la libertad, para equilibrarlo con otro valor al que se le ha asignado también un rango primario: la igualdad;¹²⁴ bajo esta perspectiva, muchas de las tareas de los poderes públicos debe hacerse de manera concertada y no separada, lo que conduce directamente a un sistema más complejo que el original “en el que un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes”,¹²⁵ tanto a nivel estatal como local y en las relaciones entre ambos niveles de gobierno.

B. No menos importante que lo anterior es que, aunque el planteamiento de Montesquieu se presentaba como un esquema ideológicamente neutro, en la práctica tal neutralidad no ha existido, sino que, por el contrario, la repartición de las funciones públicas y el predominio de cierto poder sobre los demás se ha correspondido con el florecimiento de ciertas clases sociales y con la estructuración de un sistema económico determinado, tal como lo explica Carlos de Cabo:

la configuración de ejecutivo-legislativo y sus mutuas relaciones, hay que explicarlas más allá de la mera vestidura jurídico-constitucional en cuanto han funcionado como centros de localización de clase, lo que se ha traducido, no en el equilibrio, ni en la igualdad, ni en la independencia, conforme propugnaba la inicial formulación teórica, sino en la protagonización de uno de ellos, precisamente de aquél en el que se ha instalado la clase o fracción hegemónica, lo que a su vez ha supuesto una peculiar forma de dominación política

123 García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 60.

124 *Vid.*, entre otros, Cossío Díaz, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989, pp. 31 y ss.

125 García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 58.

del Estado acorde con las funciones a realizar según la respectiva fase del desarrollo y, simultáneamente, un específico proceso de legitimación.¹²⁶

Si esto es así, también la prevalencia de una clase social determinada, manifestada en un desequilibrio entre los poderes públicos, ha afectado el sistema de fuentes del derecho pues, como ya se ha explicado, éstas no son más que la traducción jurídica formal de la distribución de poder político dentro de una comunidad.¹²⁷ Al cambiar el orden de fuerzas dentro de los poderes del Estado, también se modifica el valor de sus respectivos productos normativos.

Por mencionar solamente un ejemplo, vale remitirse a la polémica sobre el concepto de ley que se produjo en el siglo pasado en Europa —sobre todo en Alemania— y que, en realidad, encubría la lucha entre el principio monárquico y su poder reglamentario y las asambleas populares que contaban con la ley —instrumento jurídico creado con la participación de los representantes del pueblo y, por tanto, más democrático que el reglamento— como modo de manifestación jurídico-normativa. Es decir, de un lado se situaban los estamentos que se beneficiaban de las prerrogativas regias y, en general, de la forma monárquica de Estado, y del otro se alineaban los representantes de la emergente burguesía, de talante liberal y que demandaban nuevos poderes normativos en vista de su situación de poder socioeconómico dentro de la sociedad.¹²⁸ En palabras de Pedro de Vega,

126 Cabo, Carlos de, "División y predominio de poderes", en Ramírez Jiménez, M. (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, pp. 74 y *passim* (ahora en *Contra el consenso*, *cit.*, nota 39, pp. 66-67); en sentido similar, Poulantzas, Nicos. *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, México, 1990 (reimpr.), pp. 403 y ss. Incluso en su origen la división de poderes tenía una apoyatura sociológica "en cuanto que cada uno de los poderes del Estado se sustentaba sobre una realidad social autónoma, de modo que la 'independencia' de cada poder tenía como infraestructura la autonomía de sus portadores: el Ejecutivo se sustentaba sobre la institución monárquica, el Legislativo [...] sobre los estamentos de la nobleza y el tercer estado, y el Judicial [...] era investido en realidad por el estamento de toga". García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 58; López Guerra, Luis, "Democracia y división del poder", en Tezanos, José Félix (ed.), *La democracia post-liberal*, Madrid, 1996, pp. 237 y ss.

127 Cfr. Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 21, t. I, p. 29.

128 Uno de los máximos protagonistas de la polémica sobre el concepto de ley en el siglo pasado en Alemania es Paul Laband. De este autor, cfr. *Derecho presupuestario*, Madrid, 1979, así como la valiosa introducción de Álvaro Rodríguez Bereijo ("Laband y el derecho presupuestario del Imperio alemán") que contiene un buen resumen del *status cuestiones*. Vid., también, Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Madrid, 1979, pp. 117 y ss. y Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 21, t. I, p. 55, donde se señala que "cuando la ley se implanta sobre el entramado normativo del mundo estamental en extinción, se está asen-

en la gran querrela histórica que preside el conflicto de legitimidades en el siglo XIX, entre el principio democrático y el principio monárquico, lo que naturalmente late es la tensión primera y elemental entre la sociedad y el Estado. La sociedad se vincula a la racionalidad democrática, mientras que el Estado se seguirá concibiendo como la expresión viviente de la irracionalidad absolutista.¹²⁹

En este contexto, la prevalencia del principio de legalidad es un requisito de la clase burguesa para controlar a la administración; puesto que ya dominaba el Poder Legislativo, había que imponer los mandatos de éste sobre los demás poderes, y principalmente a la administración, que era, junto con el Ejército, el brazo útil del poder monárquico.¹³⁰

C. Finalmente, en una perspectiva global de la división de poderes, no debe olvidarse que ésta es una técnica para la libertad (y ahora para la igualdad) que depende de la existencia misma de los poderes del Estado: unos poderes que hoy ya no son en absoluto omnipotentes como en el pasado los imaginaron Locke y Montesquieu.

Hoy en día, la soberanía estatal (que finalmente no es más que la facultad de un Estado —y, sobre todo, de sus poderes públicos— de crear y aplicar por sí mismo un orden jurídico determinado) es quizá uno de los conceptos más devaluados de todo el léxico político-constitucional.¹³¹

La soberanía estatal (entendida como atributo de *todos* y manifestada por tanto en lo público) se encuentra en retirada ante el asedio de la globalización y el auge de los nuevos poderes.¹³² La erosión de la soberanía, tal como se entendía hasta hace muy poco, se efectúa tanto desde el interior como desde el exterior del Estado.¹³³ Cuestiones antaño tan propias de

tando también un poder político propio que se corresponde con determinados intereses de los grupos sociales más dinámicos que auspician la revolución burguesa”. Sobre el trasfondo político-ideológico y el papel que jugó el principio de igualdad, *vid.* Hattenhauer, Hans, *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, trad. de Miguel Izquierdo, 2a. ed., Madrid, 1981, p. 49. Los términos del problema en Francia han sido expuestos por Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1984 (reimpr.).

129 Vega, Pedro de, “En torno a la crisis de las ideas de representación y legitimidad en la democracia actual”, *La reforma del Estado. Estudios comparados*, México, 1996, p. 18.

130 *Cfr.* Santamaría Pator, J. A., *op. cit.*, nota 23, p. 138; Zagrebelsky, *El derecho dúctil, cit.*, nota 1, p. 30.

131 *Vid.*, por ejemplo, Jáuregui, Gurutz, “Soberanía, autodeterminación y unificación europea”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 29, 1997, pp. 13 y ss.

132 *Vid.* el apartado siguiente sobre los partidos políticos y los nuevos poderes.

133 “Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y

los Estados como la emisión de moneda y la fijación de valor ya no dependen estrictamente de la voluntad de los gobernantes electos por el sufragio popular. La autonomía de las políticas públicas y los márgenes para la toma de decisiones por parte del Estado se han reducido notablemente.¹³⁴

En ese proceso de cambio de la soberanía no hay que ver algo necesariamente malo, pues, a pesar de servir de parapeto a intereses bien concretos (el capital financiero internacional entre ellos), también ha podido traer consecuencias benéficas en el ámbito de las Constituciones de los Estados.¹³⁵ En cualquier caso, los estudios sobre la división de poderes deben tener en cuenta esa disminución o relativización del poder estatal si no se quiere teorizar sobre algo que, sencillamente, ya no es lo que era.

En América Latina, aparte de lo señalado en los tres incisos anteriores, la división de poderes se relativiza por el predominio del Poder Ejecutivo.¹³⁶ El liderazgo presidencialista opaca, y a veces *anula*, a los otros poderes:

ello resulta de causas generales, pero también del uso directo de facultades constitucionales: la jefatura por el Ejecutivo de la administración y el ejército; la participación en la legislación [iniciativa, colegislación, ejecución, delegación]; la intervención federal; las facultades extraordinarias para situaciones excepcionales; los mecanismos de interferencia en el Poder Judicial [designación, golpes de Estado].¹³⁷

I. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LOS NUEVOS PODERES

Por lo que hace a la segunda esfera de la que habla Manuel García Pelayo, la compuesta por los partidos políticos y las organizaciones de

de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de 'contextos' que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen". Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 1, pp. 11-12.

134 Kaplan, Marcos, "La soberanía estatal-nacional: retos e interrogantes", *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, 1994, pp. 225 y ss.

135 *Ibid.*, más adelante, lo que se dice sobre la Constitución abierta y el pluralismo jurídico.

136 Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, 1996, p. 64.

137 *Ibidem*, p. 65.

intereses,¹³⁸ hay que subrayar la primera magnitud que ha cobrado el fenómeno partidocrático, que ha sido calificado justamente como el “más característico y representativo del Estado moderno”.¹³⁹

Las dos razones fundamentales para la expansión del fenómeno partidocrático, que ha terminado por configurar lo que la doctrina alemana ha llamado el “Estado de partidos”, son las siguientes:¹⁴⁰

A. En primer lugar, los partidos han cobrado importancia por la masificación de los derechos democráticos en un doble sentido; por un lado, debido al crecimiento demográfico y, por otro, por la adopción del sufragio universal, que otorga el derecho de participación a todos los habitantes adultos de los países democráticos.

B. En segundo lugar, porque las sociedades actuales son eminentemente organizacionales, es decir, el individuo actúa frente al poder público y, en general, en la vida del Estado, dentro de organizaciones diversas, una de las cuales son los partidos políticos.

La importancia de los partidos es tan grande que, prácticamente, ha borrado la división entre Ejecutivo y Legislativo, que ahora forman parte de la misma formación política, para establecerla entre mayorías y minorías, es decir, “entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores”.¹⁴¹ Esto ha dificultado notablemente las funciones de control del Parlamento, ya que las mayorías parlamentarias que sustentan al gobierno en no pocas ocasiones

138 El mismo autor los llama “actores político-constitucionales” y los define como “aquellas entidades extraconstitucionales a través de las cuales se actualiza la Constitución y que vienen a ser, así, la mediación entre el sistema constitucional como mero orden normativo y el sistema constitucional como orden jurídico-político concreto de un pueblo [...]. Los actores, en cuanto que representan la incisión de la sociedad en el sistema constitucional, varían con arreglo a la estructura de aquella y, según los tiempos y lugares, pueden ser las notabilidades, los caciques, las clientelas, las parentelas, la clase política, los partidos, los grupos de presión o de intereses, etc.”. García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 121-122. Hay que recordar, sin embargo, que en la actualidad muchas constituciones recogen en sus textos a los partidos políticos, por lo que no cabría calificarlos de “extraconstitucionales”; tal es el caso de México, como se explica más adelante.

139 Vega, Pedro de, “Presentación”, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977, p. 18.

140 García Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, pp. 73-74.

141 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 139, p. 17. “Hablamos de división de poderes, con referencia a la contraposición entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, y sabemos que esta ha desaparecido, desde que los gobiernos se han convertido en comités de acción de las mayorías parlamentarias y, más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las secretarías de los partidos”. Trotta, Francesco, *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia: soluzioni costituzionali*, Milán, 1964, cit. por Pedro de Vega en *ibidem*, p. 18.

prefieren servir de dique a la realización de tales funciones controladoras antes que impulsarlas, dejando en tales casos que sea la oposición la que, desde la minoría, las lleve a cabo.¹⁴²

Lo anterior puede aplicarse, salvo algunas excepciones, tanto a los sistemas parlamentarios, en los que casi resulta una obviedad identificar gobierno y mayoría parlamentaria como miembros de un solo partido político o de una coalición de partidos, como a los presidencialistas, en los que es raro que se produzca un voto selectivo de la población produciendo mayorías parlamentarias de distinta formación política a la del presidente.¹⁴³

Los partidos, como los demás elementos organizacionales del entramado social, se encuentran muy interesados en que existan leyes que les favorezcan: pero, a diferencia de otras organizaciones, pueden lograrlas por su “influencia” en los diputados y senadores pertenecientes a su formación política. Eso plantea, de nuevo, el problema irresuelto del control sobre el sistema de partidos.¹⁴⁴

Aun a la vista de estos datos, por sí mismos elocuentes, parece un poco exagerado mantener que gobierno y Parlamento, que sin duda responden ambos “a una misma realidad política”, solamente sean instancias de legitimación de las decisiones tomadas previamente por los partidos.¹⁴⁵ Esto sería tanto como negar la más mínima virtualidad a ambos órganos del Estado. Lo anterior, sin embargo, no resta en lo más mínimo veracidad a la afirmación de que, de hecho, “la discordancia entre mayoría parlamentaria y Gobierno supone una disfunción radical de todo el sistema, soportable sólo como fase provisional”.¹⁴⁶

142 *Vid.*, por ejemplo, Leibholz, Gerhard, “La función controladora del Parlamento en las democracias de partidos del siglo XX”, en Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1971, pp. 61 y ss.

143 Resalta, sin embargo, la excepción, sin duda importante, de los Estados Unidos, que en los últimos años ha ido consolidando alguna tradición de gobiernos divididos. En México todavía no se ha producido el fenómeno de los gobiernos divididos a nivel federal (después de las elecciones de julio de 1997 el partido del presidente todavía sigue siendo el mayoritario en ambas Cámaras del Congreso de la Unión, si bien en la de diputados no obtuvo una mayoría absoluta), pero ha habido ya varias experiencias —algunas bastante provechosas incluso— en las entidades federativas. Sobre esto, *vid.* Lujambio, Alonso (ed.), *Poder Legislativo. Gobiernos divididos en la federación mexicana*, México, 1996.

144 *Vid.* las observaciones de Grimm, Dieter, en el libro López Pina, A. (dir.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, 1994, pp. 213-216.

145 En el sentido expuesto en el texto García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 59; García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 140, pp. 110-114. El entrecomillado es de Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, p. 143.

146 López Guerra, *op. cit.*, nota 126, p. 242.

Como en otros campos dentro del Estado capitalista, aquí también se nota la preponderancia de los partidos grandes sobre los pequeños, pues tienen mayores medios financieros y mejor manejo de los instrumentos de formación de la opinión pública.¹⁴⁷

Empero, el papel y la problemática de los partidos políticos en América Latina, a los que tan poca atención se les ha dedicado,¹⁴⁸ tienen sin embargo que analizarse desde una óptica particular y regional en tanto presentan problemas que no existen en otras latitudes. Al respecto, Marcos Kaplan ha destacado que:¹⁴⁹ a) existe una grave separación entre los partidos y los ciudadanos en América Latina;¹⁵⁰ b) los partidos de la región presentan rasgos compartidos de personalismo y oligarquización, y c) están sometidos a un fuerte control del Estado.

Junto a esto, hay que añadir que, en el caso concreto de México, el PRI y el sistema de partidos tienen unas características propias muy definidas que no se encuentran en el resto del continente.

Aunque sobre la temática del PRI y sus consecuencias sobre las fuentes se volverá más adelante, cabe señalar aquí que su presencia en el Estado mexicano posrevolucionario ha afectado singularmente la división de poderes, de modo que algún autor ha sostenido, no sin cierto tono retórico, que “la mera capacidad disciplinaria del partido [...] [ha] puesto casi en desuso en nuestra vida pública, mediante acciones de congruencia y compromisos políticos, los prolijos mecanismos de pesos y balanzas que conserva nuestra Constitución como testimonio de épocas pretéritas”.¹⁵¹

147 “Las condiciones de mercado de la sociedad industrial favorecen a los grandes partidos. Cuentan con la publicidad que los medios de masas proporcionan. Disponen también, en mayor medida que los partidos pequeños, de los medios financieros y las condiciones necesarias para hacerse valer en el mercado de la formación de opinión política”. Forsthoft, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, 1975, pp. 156-157.

148 Nohlen, Dieter, “Presidencialismo, sistema electoral y sistema de partidos políticos en América Latina”, en *Elecciones y democracia en América Latina*, San José, 1988, p. 49.

149 Kaplan, Marcos, “La crisis del Estado latinoamericano”, *Sistema*, Madrid, núm. 102, 1991, p. 125, y Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 136, pp. 261-262.

150 “La mayoría de los partidos políticos se rutinizan y esclerosan, se desajustan respecto a los rápidos cambios y a las nuevas, complejas y dinámicas condiciones: reducen o pierden su representatividad y su capacidad de acción respecto a clases y fracciones, a grupos e instituciones, a conflictos y procesos, a la sociedad global”. Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 139, p. 160. “El desajuste de los partidos se da respecto a sus bases, con insuficiente capacidad para la expresión de las necesidades y aspiraciones de grupos e individuos que se reconozcan en ellos, y para el desarrollo de su conciencia política; parte a su vez de su débil o nula aptitud para crear, influir, conformar, una opinión pública auténtica y significativa”. *Ibidem*, p. 261.

151 González Avelar, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, prólogo de Antonio Carrillo Flores, México, 1994 (reimpr.), p. 32; por lo demás, el libro de González Avelar es un notable estudio

No deja de resultar curioso que, según el autor citado, México, que tiene uno de los órdenes constitucionales menos observados en la práctica política, tal como se trata de demostrar en los apartados que siguen, haya podido sin embargo sobrevivir a pesar de la carga “prolija” y testimonial de “épocas pretéritas” de la división de poderes la cual, según entiende buena parte de teoría constitucional contemporánea, es uno de los dos pilares fundamentales de todo el constitucionalismo occidental desde la Revolución francesa. Pero eso puede entenderse perfectamente, si a las palabras del autor, destacado funcionario público durante muchos años, les otorgamos su verdadero significado, no explícito en el texto transcrito: con los términos “acciones de congruencia y compromisos políticos” de los funcionarios públicos electos con la ayuda del PRI, en realidad se refiere a la completa subordinación del resto de los poderes a la voluntad omnímoda del presidente de la República y al sistema clientelar e inclusivo que en torno al PRI y sus partidos antecedentes se ha mantenido desde 1929, lo cual, en eso sí hay que darle la razón, ha relativizado hasta tal punto el principio de división de poderes en México que tal vez lo ha convertido en un recuerdo de épocas pasadas.

La constitucionalización de los partidos políticos en México se produce, en un nivel puramente semántico, en 1963 cuando se crean los “diputados de partidos”, e integralmente en la llamada “reforma política” del año 1977.¹⁵² En la actualidad, los partidos políticos son regulados en el artículo 41 constitucional, fracciones I y II, donde se les define como entidades de interés público cuyos fines son: *a*) promover la participación del pueblo en la vida democrática; *b*) contribuir a la integración de la representación nacional, y *c*) como organizaciones de ciudadanos que son, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público.¹⁵³

Junto a los partidos políticos, han ido consolidándose unos “nuevos poderes”: los grupos de interés privados (llamados por algunos “grupos

de la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia política que resulta muy útil como visión de conjunto de una problemática interesante para la historia del derecho constitucional mexicano.

152 Cfr. Andrea, Francisco J. de, “Partidos políticos y Poder Ejecutivo en México”, *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, 1988, pp. 367-374; Woldenberg, José, “Sistema político, partidos y elecciones en México”, en Aguirre, Pedro; Begné, Alberto, y Woldenberg, José, *Sistemas políticos, partidos y elecciones*, 2a. ed., México, 1997.

153 En general, sobre las funciones de los partidos, García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 140, pp. 75-84.

de presión”), que también tienen —como los propios partidos— su origen mediato en la “corporativización” de las sociedades actuales.¹⁵⁴

Se observa una colonización progresiva de estos grupos de interés sobre los órganos de poder público,¹⁵⁵ lo que provoca una confusión notable entre intereses públicos e intereses privados. En concreto, cabe resaltar el papel de los medios de comunicación masiva, los cuales, al hacer mancuerna con el poder público y el poder económico,¹⁵⁶ han monopolizado el espacio público de intercomunicación e intercambio.¹⁵⁷ En México, los grupos económicos de poder han jugado un papel importante en el crecimiento de la corrupción de los funcionarios públicos, y muchas veces se han aliado con el poder político para conseguir ventajas ilegítimas.¹⁵⁸

Los grupos de interés, paralelamente a la “colonización” que hacen de los poderes públicos, también se insertan dentro de la estructura de los partidos políticos y, a veces, se deciden a lanzar su propia opción política *directamente*. El ejemplo italiano, que como siempre sigue siendo el sistema político de vanguardia en Europa —para bien o para mal—, merece tenerse muy presente, pues la aparición allí de la llamada “empresa-partido” y de la “empresa-gobierno”¹⁵⁹ (en referencia al partido *Forza Italia* de Silvio Berlusconi) puede ser la premonición de algo que quizá ya esté ocurriendo, más veladamente si se quiere, en otros países.

En cualquier caso, es indudable que se asiste a una pérdida de “autonomía” de lo político —y, por tanto, de lo público— frente a lo privado. La confusión de intereses rompe el presupuesto mismo del Estado político-representativo, pues reduce a nada la distinción entre soberanía y

154 Sobre el neocorporativismo en la actualidad, hay un sinnúmero de publicaciones. Una buena introducción panorámica puede verse en Schmitter, Philippe, y Lehmbruch, Gerard, *Neocorporativismo*, México, 1992, y en Giner, Salvador, y Pérez Yruela, M., *La sociedad corporativa*, Madrid, 1979.

155 Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, “Poderes del Estado y poderes sociales”, *Sistema*, Madrid, núms. 118-119, 1994. “Si hasta el presente los grupos sociales habían desarrollado sus antagonismos fuera y por debajo del firme marco del orden estatal, ahora dirigen sus aspiraciones y expectativas de forma inmediata al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador”. Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 6, p. 11.

156 Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, pp. 219 y *passim*. También, con carácter general, Heller, H., *op. cit.*, nota 121, pp. 190 y ss.

157 *Vid.* Vega, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en García Herrera, M. A., y Corcuera, J., *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1986, p. 125.

158 *Vid.* Valadés, Diego, “Algunas características del sistema político mexicano”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 15, mayo-junio de 1980, p. 17, y Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, México, 1995, p. 233.

159 Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996.

propiedad, y nos devuelve, de golpe, al Estado patrimonial premoderno, para usar las palabras de Luigi Ferrajoli.¹⁶⁰

El auge de los mercados y la expansión de sus espacios de actuación —de alcance planetario— ha provocado un desencajamiento entre el poder del Estado y los alcances del poder económico:¹⁶¹ se observa un notable desfase entre el ámbito coactivo del Estado y el ámbito real de actuación de los mercados;¹⁶² el primero, tradicionalmente limitado a su espacio geográfico propio y siempre condicionado por la necesidad de observar ciertas “reglas” (como corresponde al Estado *de derecho*);¹⁶³ los segundos, actuando conforme a intereses que rebasan las fronteras y reduciendo la capacidad estatal de fijación de políticas públicas, a una velocidad y con una ética con las que es muy difícil, si no imposible (y en cualquier caso poco deseable), que el Estado pueda competir. Joaquín Estefanía lo ha expresado con una plasticidad semántica difícil de superar.

Los Estados funcionan —dice Estefanía— como meros municipios y las verdaderas potencias económicas. [Los mercados] pueden lanzarse a la acción sin preocuparse demasiado por los poderes estatales, permanentemente más pobres que ellas, a veces en quiebra técnica, empantanados, puestos en tela de juicio, acusados, más libres los mercados, más motivados, más ágiles, infinitamente más influyentes que los Estados, sin preocupaciones electorales, responsabilidades políticas, controles, sin la menor solidaridad con aquellos a los que aplastan; se colocan por encima de todas las instancias políticas sin necesidad de tener en cuenta ninguna ética asfixiante, ningún sentimiento. Los únicos obstáculos son aquellos que les oponen sus pares.¹⁶⁴

Las fronteras estatales parecen empezar a fijarse a partir de nuevos referentes, dejando atrás nociones tradicionales como las de soberanía y territorio.¹⁶⁵ Georg Jellinek se anticipó a lo que está pasando actualmente cuando, en 1906, escribió la siguiente frase: “el legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero [que] frecuentemente

160 *Ibidem*, pp. 18-19.

161 Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 134.

162 Estefanía, Joaquín, *Contra el pensamiento único*, prólogo de Alain Touraine, epílogo de Sami Nair, 2a. ed., Madrid, 1998.

163 *Cfr.* Carreras, Francesc de, *El Estado de derecho como sistema*, Madrid, 1996.

164 Estefanía, Joaquín, *op. cit.*, nota 162, p. 33.

165 Jáuregui, *op. cit.*, nota 131, p. 14.

se alzan, plenamente advertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle”.¹⁶⁶

Los medios de comunicación masiva —tanto la prensa escrita como la televisión y la radio— también han tratado de influir en el quehacer estatal, no siempre en beneficio del bien común y de la libertad de expresión como a veces se ha querido entender, sino en su propio interés y conforme a procedimientos bien lejanos de la libertad de información de los usuarios: “muchos medios de comunicación —sostiene Gregorio Peces-Barba— sirven a los intereses de sus propietarios, promueven las campañas que política, económica y culturalmente interesan a quienes pagan”.¹⁶⁷

La importancia que tienen para el derecho constitucional y para el correcto funcionamiento de los poderes públicos los poderes y grupos de interés privados se ha visto reflejada, por ejemplo, en dos disposiciones de la Constitución italiana vigente. En el artículo 30., párrafo segundo, se dispone que “es misión de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, *limitando de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”¹⁶⁸ (énfasis añadido). En este párrafo, el texto constitucional de 1947 parece referirse a los poderes privados que, mediante vías de hecho y, por tanto, fuera del control normal del sistema jurídico, limiten la libertad y la igualdad de los ciudadanos italianos; para evitar lo anterior, impone a los poderes públicos la obligación de restringir o remover tales limitaciones en orden a la consecución de los fines que la propia norma constitucional enuncia.¹⁶⁹

Por otro lado, y limitándose al que probablemente en ese tiempo era el más notable medio de comunicación, el artículo 21, párrafo cuarto,

166 Jellinek, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Föster, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1991, p. 6.

167 Peces-Barba, Gregorio, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, 1995, p. 124; *vid. además*, las observaciones de Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 129, pp. 33-37, y Rodríguez Carballeira, Álvaro, “Medios de comunicación y lavado de cerebro”, *Claves de la Razón Práctica*, Madrid, abril de 1997, pp. 73-75.

168 La Constitución española consagra una disposición parecida en su artículo 9.2.

169 En el mismo sentido, Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, pp. 933 y ss. *Vid.*, también, Romagnoli, Umberto, “Il principio d’uguaglianza sostanziale”, en Branca, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, aa. 1-12, principi fondamentali*, Boloña-Roma, 1975, pp. 162-198. Respecto del caso español deben tomarse en cuenta, entre otras, las consideraciones de la STC 216/1991 de 14 de noviembre.

indica que “la ley puede establecer mediante normas de carácter general que se hagan públicos los medios de financiación de la prensa periódica”; con ello se busca dar al lector el conocimiento suficiente para poder entender cuáles son los intereses que mantienen o animan a una determinada publicación periódica (obviamente, el ámbito de esa norma en la actualidad debe ser ampliado a otros medios masivos de comunicación como la televisión o la radio para ser realmente efectivo), con el fin de poder preservar su derecho a la información, y para que los poderes públicos distingan entre lo que puede ser una crítica normal a su labor y un ejercicio interesado de oposición por medios poco ortodoxos. Como dice Francisco Tomás y Valiente, “la información veraz que el ciudadano tiene derecho a recibir debe comenzar por ser información sobre el informante”.¹⁷⁰

La disposición del artículo 21 de la Constitución italiana tal vez pueda resultar interesante como texto complementario —pero haciendo la corrección mencionada para implicar a los otros medios de comunicación masiva y quizá con alguna otra matización— de la última parte del artículo 60. de la Constitución mexicana, que establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”; mandato que no ha tenido ninguna aplicación práctica desde que se introdujo en el texto de la Constitución en 1977.

¿Cuáles son en México los verdaderos poderes?, ¿quiénes controlan o tratan de controlar la acción estatal desde dentro del aparato del poder público, pero también desde posiciones de interés privadas o de grupo? Lorenzo Meyer identifica los siguientes actores como “los que mandan”:¹⁷¹ a) la alta burocracia gubernamental; b) los líderes sindicales, agrarios y de todas las demás agrupaciones que forman la compleja red corporativa que opera en la órbita del PRI; c) los que controlan las acumulaciones de capital, “los billonarios”;¹⁷² d) los obispos o, en general, la alta jerarquía eclesiástica; e) los que controlan los medios masivos de

170 Tomás y Valiente, Francisco, *A orillas del Estado*, Madrid, 1996.

171 Meyer, Lorenzo, *op. cit.*, nota 158, pp. 66-68; *vid.*, también, Madrazo, Jorge, y Martínez Assad, Carlos, “El Ejecutivo y los grupos de presión”, *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, 1988, pp. 417-465. Para el caso español, Torres Boursault, Leopoldo, “La división de poderes en la España de hoy”, *Sistema*, Madrid, núm. 117, 1993.

172 En general, en América Latina, “[...] a menudo las negociaciones y decisiones en el más alto nivel político y con un grado superior de trascendencia estratégica o histórica, se dan por y entre representantes del Estado y de sectores empresariales fuertemente organizados y centralizados, todos los cuales representan intereses idénticos o similares, o tienden a constituirlos y armonizarlos”. Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 136, p. 242.

comunicación; f) el Ejército, que ha vuelto a ganar protagonismo como resultado del alzamiento de 1994 en el estado de Chiapas y de la aparición de algunos grupos guerrilleros en otros estados de la República a partir de ese mismo año, y g) algunos factores de la sociedad internacional y, destacadamente, Estados Unidos.¹⁷³

Sin duda, la relación entre estos poderes y el sistema de fuentes del derecho no es muy clara para una posición excesivamente formalista de entender el derecho, pero es muy útil para comprender cómo funciona la creación normativa del Estado más allá de los libros de texto, en la realidad histórica concreta y en el equilibrio o desequilibrio entre poderes formales y poderes reales.

Del análisis de la existencia e influencia de los poderes reales y de su impacto sobre los poderes constitucionalmente creados pueden derivarse varios cuestionamientos. Por ejemplo, respecto del papel que debe tener la jurisdicción constitucional en el control de dichos poderes y sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a los mismos. Como señala Pedro de Vega,

[...] si lo que la Justicia Constitucional trata básicamente de defender son los principios y valores del constitucionalismo: ¿qué sentido tiene usar esa defensa solamente ante los poderes institucionalizados, cuando existen otros poderes reales tan peligrosos o más para la libertad, y con una pujanza y una efectividad mayor que los legalmente constitucionalizados. Evidentemente, se trata de una cuestión fundamental [...].¹⁷⁴

También para el tema de las fuentes, la existencia de los poderes privados plantea el problema del control; en concreto, del control de su incidencia sobre los procedimientos de creación normativa. Pero el ejercicio de tal control se encuentra dificultado por la poca publicidad de sus actos,¹⁷⁵ lo que de entrada ya descarta en buena medida la intervención de la jurisdicción constitucional.

173 En particular sobre este último punto, Meyer, *op. cit.*, nota 158, pp. 213-215; Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 136, capítulo VIII.

174 Vega, Pedro de, "De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español", *La Constitución y su defensa*, México, 1984, p. 228; *vid.*, también, Lombardi, Giorgio, "Poder privado, media y derechos individuales", en Asensi Sabater, J. (coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Valencia, 1997, pp. 403 y ss., así como Bilbao Ubillos, Juan M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, prólogo de Javier Jiménez Campo, Madrid, 1997.

175 *Vid.* Bobbio, Norberto, "La democracia y el poder invisible", en Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 114, pp. 65-83.

En algunos países, se ha regulado la intervención de los grupos privados en el procedimiento legislativo, lo cual ha redundado en una mayor publicidad de sus actos y en una mayor posibilidad de control.¹⁷⁶ La problemática, como dice Pedro de Vega, es una cuestión “fundamental” en cualquier caso, y debe ser considerada al estudiar las fuentes del derecho. Y no solamente por lo que se refiere a ese tema, sino que, como ha puesto de relieve Marcos Kaplan, la identificación de las clases, los grupos, las instituciones que están dotadas de poder —no solamente poder jurídico— es un prerrequisito para la participación del científico social en el proceso de cambio y democratización de América Latina.¹⁷⁷

II. LOS PODERES PÚBLICOS

Hechas las anteriores consideraciones y limitándonos ahora exclusivamente al sector de los poderes públicos en sentido estricto, hay que decir que la división de poderes puede significar por lo menos tres cosas distintas:¹⁷⁸ a) que las mismas personas no pueden formar parte de más de uno de los tres órganos de gobierno; b) que un órgano no debe interferir en el desempeño de las funciones de los otros, y c) que un órgano no debe ejercer las funciones que tiene asignadas otro.

Para la configuración del sistema constitucional de fuentes del derecho, es especialmente importante lo señalado en el tercer inciso; es decir, si un órgano tiene constitucionalmente asignada una función, significa que, por una parte, no puede delegarla ni transmitirla y, por otra, implica que ese órgano está “obligado” a ejercer tal atribución: no puede dejar de actuar o hacer caso omiso del mandato constitucional, sino que tiene que ejercerlo, y hacerlo de modo efectivo y no sólo aparente. Es lo que se conoce con el nombre de “reserva”; ya sea reserva de ley, reserva de jurisdicción o reserva de administración. Incluso puede hablarse de una reserva de Constitución en el sentido de distinguir entre las funciones del poder constituyente —originario o derivado, eso no importa ahora— y los poderes constituidos.¹⁷⁹

176 *Cfr.*, sin embargo, las observaciones de Offe, Claus, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, 1988, pp. 133 y ss.

177 Kaplan, Marcos, *Teoría política y realidad latinoamericana*, México, 1976, pp. 67-71 y 75.

178 Wade, y Phillips', *Constitutional Law*, 7a. ed., Londres, 1965, p. 23.

179 El término “reserva de Constitución” fue introducido en España por Pedro Cruz Villalón en su trabajo “¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1983.

En todo caso, si un órgano tiene que ejercer una facultad de creación normativa, no puede hacerlo de cualquier modo, o realizarlo de forma parcial e incompleta o, por último, trasladar simplemente su responsabilidad a otro órgano del Estado, sino que tiene que llevar a cabo algo que, para usar las palabras de Ignacio de Otto, realmente merezca llamarse regulación.¹⁸⁰

Como ejemplo de lo anterior, puede mencionarse el caso de que el legislador esté facultado para regular una materia que se encuentra afectada por reserva de ley, en cuyo supuesto no sólo no puede delegar tal regulación en el Ejecutivo, sino que tiene que regularla efectivamente, creando los parámetros mínimos que requiera la institución que le ha reservado materialmente el poder constituyente.¹⁸¹ Otro caso en el mismo sentido, aunque tiene mayor relación con el segundo inciso arriba mencionado, es el que el legislador no debe legislar de manera que sus mandatos incidan en la actuación de los jueces, de tal forma que los suplante tomando decisiones que corresponden materialmente a los órganos jurisdiccionales —ya sean ordinarios o de la jurisdicción constitucional—; justamente de esto se trata la ya mencionada “reserva de jurisdicción”.¹⁸²

Para que se cumpla con lo señalado en el inciso *a*) mencionado arriba, es decir, para que las mismas personas no puedan desempeñar cargos en más de uno de los poderes públicos, se ha creado, normalmente a nivel constitucional, una serie de incompatibilidades entre esos cargos, de modo que el acceso a uno de ellos comporta la renuncia —temporal o definitiva dependiendo de cada ordenamiento— a otro que pertenezca a un poder distinto. Como ejemplo de esas incompatibilidades se encuentra la fracción V del artículo 55 de la Constitución mexicana, la cual, al enunciar los requisitos para ser diputado federal, dispone que los candidatos no deben pertenecer ni al Poder Ejecutivo ni al Judicial, tanto a nivel federal como local. Disposiciones semejantes se encuentran en los

180 Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, p. 167.

181 La reserva de ley, ha dicho el Tribunal Constitucional español, no excluye la posibilidad de hacer remisiones al reglamento, pero “sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del Legislador” (STC 83/84, de 24 de julio, fundamento jurídico 4o.).

182 “La separación de poderes no significa [...] solamente que los poderes no se interfieran entre sí, sino también que la relación entre el legislador y el juez se lleve de forma que la ley deje sitio al juez para ejercer sus tareas”. Muñoz Machado, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989, p. 21; *vid.*, además, toda la argumentación que al respecto sostiene el autor en el resto de la obra.

artículos 82. fracción VI (para poder ser presidente de la República) y 95. fracción VI (por lo que respecta a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Finalmente, la no interferencia entre poderes no se diseña a nivel constitucional únicamente a través de obligaciones negativas, sino, por el contrario, también se construye a través de mecanismos de auxilio y coordinación entre los poderes públicos. Así, por citar un ejemplo, la fracción XII del artículo 89 constitucional dispone que es una obligación del presidente de la República “facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones”.

En los apartados que siguen se detallan algunos de los aspectos más importantes o sobresalientes de la actual configuración del principio de división de poderes. En concreto, de los poderes públicos en sentido estricto, como son el Parlamento o la jurisdicción constitucional (que en México, como se sabe, se ejerce por el Poder Judicial de la Federación). Luego se expone una específica forma de división territorial y competencial del poder: el Estado federal. Se ha dejado para un apartado distinto el tratamiento del Poder Ejecutivo, ya que, por las peculiaridades del sistema mexicano, su estudio debe enmarcarse dentro del esquema más amplio y complejo que supone el presidencialismo.

1. *La nueva posición del Parlamento*

Junto a la irrupción en la escena política de grupos y organizaciones —partidos y grupos privados de interés—, se ha producido, por diversas causas, una pérdida sensible del protagonismo de los Parlamentos. Lucas Verdú lo ha expuesto con rigor y sencillez, al decir que

en la generalidad de los países democráticos, los Parlamentos han perdido protagonismo en favor de los partidos e incluso de los sindicatos; han visto disminuir su función mediadora entre la sociedad y las instituciones políticas; realizan con dificultades, o de modo incompleto, la función integradora de intereses; cumplen con lentitud e insatisfactoriamente sus misiones específicas y tradicionales (deliberación, legislación, fiscalización). Como consecuencia de todas estas deficiencias, la institución parlamentaria atraviesa una fase de desprestigio.¹⁸³

183 Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 70, vol. IV, pp. 612-613. Deben tomarse en cuenta, sin embargo, las observaciones de Carlos de Cabo sobre el falso dilema entre imposibilidad técnica de

Los Parlamentos, cuyo papel ya se había resentido con el surgimiento del Estado social y la consecuente primacía del Poder Ejecutivo,¹⁸⁴ han notado ahora también la “crisis del Estado social”,¹⁸⁵ resultado de la cual se ha producido una tendencia a la reducción del Estado y su intervencionismo económico, y se ha limitado asimismo las formas de participación política de los ciudadanos que ahora se ven constreñidas únicamente a la participación electoral y al ámbito de las instituciones político-representativas.¹⁸⁶ Con acierto se ha dicho que

los Parlamentos no sólo se convierten en instrumentos de ratificación de las decisiones básicas para actuar sobre la crisis que se toman fuera del mismo y a las que no obstante legitiman democráticamente, sino que cada vez más se les vacía de todo contenido socioeconómico de mediación del conflicto, de manera que cuestiones determinantes ni siquiera pasan por el Parlamento.¹⁸⁷

Otro de los efectos de esta pérdida de protagonismo es el traslado, por múltiples y muy complejas causas, de la función legislativa desde el Parlamento hacia el Poder Ejecutivo. Si éste es un dato que existe en la mayoría de países democráticos,¹⁸⁸ no cabe duda de que en México se ve acentuado en virtud del régimen presidencialista consagrado en la Constitución de 1917 que concentra en el Ejecutivo un gran número de instrumentos normativos de rango legislativo, por no hablar ahora del inconstitucional uso de las facultades extraordinarias para legislar o de

los parlamentos y traslación del poder político hacia el Ejecutivo. Esta aparente disyuntiva en realidad busca encubrir bajo un ropaje técnico unos motivos políticos perfectamente intencionados. Cabo, Carlos de, “División y predominio de poderes”, *Contra el consenso*, cit., nota 39, p. 79; Cabo, Carlos de, “El Parlamento en el Estado del capitalismo avanzado”, *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, núm. 1, 1982, pp. 99-132.

184 Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 40, pp. 85-91, y Lucas Verdú, Pablo, “Problemas actuales de la institución parlamentaria”, *Revista de Política Comparada*, Madrid, núm. 9, 1982. Sobre el Estado social en México y en América Latina, *vid. Fix-Zamudio, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, 1985, y Quiroga Lavié, Humberto, *Las Constituciones latinoamericanas. Estudio introductorio*, México, 1994, pp. 26 y ss., respectivamente.

185 Cabo, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, pp. 70-75.

186 Cabo, Carlos de, “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núms. 118-119, 1994, p. 69.

187 *Idem. Vid. Combellas, Ricardo, “Crisis y reformulación de los principios jurídico-políticos del Estado de derecho en el Estado social”, Libro Homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, 1980, t. 1, p. 39.

188 *Vid.*, por ejemplo, Jáuregui, Gurutz, *La democracia en la encrucijada*, 2a. ed., Barcelona, 1995, pp. 190 y ss.

la situación de privilegio real que tiene dentro del procedimiento legislativo y sus obvias consecuencias para el sistema de división de poderes.¹⁸⁹ En este último procedimiento, el presidente, además de concentrar la mayoría de las iniciativas, goza del derecho de veto, con el que puede bloquear, al menos momentáneamente, un proyecto aprobado por el Congreso de la Unión.¹⁹⁰

Tal vez la evolución de la misma institución parlamentaria tienda progresivamente a encargarle las *funciones de control* del aparato gubernamental más que las propiamente *legislativas*¹⁹¹ —destacadamente del control del gasto público—,¹⁹² lo que en todo caso debe llevar aparejado un reforzamiento de los instrumentos de las Cámaras para efectuar tales labores, instrumentos que en la Constitución mexicana no se encuentran correctamente previstos,¹⁹³ por no mencionar la práctica política, en la que el Congreso no ha controlado en lo más mínimo al Ejecutivo.

Otro campo hacia el que puede ir evolucionando el Parlamento, siempre dentro del área general del control del Ejecutivo, es hacia la supervisión de la *implementación y efectos* de las políticas públicas diseñadas por el propio Parlamento a través de la legislación. Tradicionalmente, el Parlamento ha limitado su actuación dentro del campo de las políticas públicas al dictar las normas relativas; hasta allí llegaba —y llega hasta hoy en día, en buena medida— el papel de las Cámaras legisladoras. Pues bien, lo que aquí se propone es que el legislador se interese no solamente por crear las leyes, sino también por verificar cuáles son los efectos que

189 “Nada muestra más claramente la superación de la tradicional ‘separación de poderes’ que la posición del gobierno en el proceso legislativo”. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego A., 2a. ed., Barcelona, 1976, pp. 268-269. Forsthoﬀ señala que “desde que las tareas parlamentarias ya no se pueden dominar sin la participación del saber especializado en casi todos los campos, existe el peligro de que los Parlamentos caigan, en mayor medida de lo que corresponde al ordenamiento constitucional, bajo la dependencia de los Ministerios, que disponen del saber técnico”. Forsthoﬀ, *op. cit.*, nota 147, pp. 162-163.

190 Cfr. Carbonell, Miguel, “Presidencialismo y creación legislativa”, *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, 1994, pp. 135 y ss.

191 Fix-Zamudio, Héctor, “La función actual del Poder Legislativo”, *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, 1994, pp. 21 y ss.

192 Vid. Mijangos Borja, Ma. de la Luz, “El control del presupuesto en una democracia”, *El Poder Legislativo en la actualidad*, *cit.*, pp. 97-110, donde se hacen algunas propuestas interesantes referidas al caso mexicano.

193 Para una visión panorámica de tales instrumentos, Orozco Henríquez, J. J., “Las facultades de control del Legislativo sobre el Ejecutivo en México”, *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, *cit.*, pp. 277-293. Marcos Kaplan señala que “las facultades otorgadas a las Cámaras para el examen y la investigación de las gestiones ministeriales son fórmulas incapaces de limitar efectivamente el poder presidencial”. Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 136, p. 65.

esas leyes y las correspondientes políticas públicas desplegadas bajo su fundamento producen en el contexto social al que se destinan.¹⁹⁴

Si los impactos de la legislación sobre la sociedad no son los deseados por el legislador, teniendo en cuenta los datos ofrecidos por las evaluaciones pertinentes, pueden impulsarse nuevos cambios en la legislación.¹⁹⁵ Esto supone, desde luego, que el legislador asuma un papel mucho más activo dentro del funcionamiento “administrativo” del Estado, y requiere que se ponga a disposición del parlamento un amplio *staff* técnico, que lleve a cabo verificaciones constantes de las consecuencias prácticas de muchas leyes.

Es una tarea compleja, pero puede contribuir decisivamente a:

A. Mejorar los productos normativos emanados del Poder Legislativo, al hacerlos más adecuados para satisfacer las necesidades prácticas de la sociedad en cada momento determinado, y

B. Puede resituar al Parlamento en un lugar de mayor igualdad respecto al aplastante dominio tecnoburocrático de los Ejecutivos actuales.

En Alemania ya se lleva a cabo la evaluación del éxito y la eficacia de la legislación sobre las actividades de los ciudadanos. Tal evaluación la lleva a cabo el Consejo Federal (Cámara alta), que, al estar integrado por miembros de los gobiernos regionales (artículo 51.1 de la Ley Fundamental de Bonn), aporta la experiencia administrativa para realizar esas funciones.¹⁹⁶ Igualmente, el *Bundestag* suele pedir al gobierno que informe, pasado un cierto tiempo desde la entrada en vigor, de la aplicación

194 “[...] el legislador no debe desentenderse del camino por el que discurren sus normas una vez promulgadas, aun cuando, una vez promulgada la norma cobre vida independiente [...]”. Montoro Chiner, Ma. J., *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Madrid, 1989, p. 19; en el mismo sentido, Bülow, Erico, “La legislación”, en Benda; Maihofer; Vogel; Hesse, y Heyde, *Manual de derecho constitucional*, edición y traducción de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 763, quien señala que “al legislador no puede serle indiferente que, además de estar sus leyes sobre el papel, sean aplicadas con sentido y consecuentemente”. Sobre la implementación y evaluación de las políticas públicas, en general, Meny, Ives, y Thoenig, Jean-Claude, *Las políticas públicas*, trad. de Salvador del Carril, Barcelona, 1992, caps. VI y VII, así como Subirats, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Madrid, 1993 (reimpr.), caps. IV a VI.

195 En algunos casos, los cambios en la legislación no son potestativos, sino que —por orden de mandatos constitucionales concretos— pueden ser obligatorios para el legislador. *Vid.* Montoro Chiner, *op. cit.*, nota 194, pp. 20-21, donde se relaciona la obligación mencionada con los derechos fundamentales y con el principio de legalidad.

196 Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, 1991, p. 229.

que ha tenido una ley.¹⁹⁷ Con todo, la doctrina, sin dejar de subrayar la importancia de estas evaluaciones, ha propuesto que en el futuro pueda encargarse a instituciones independientes la indagación de los resultados de “los efectos reales de leyes importantes”.¹⁹⁸

Aparte de lo anterior, otra vez hay que mencionar que, en el análisis del declive de la institución parlamentaria, debe utilizarse un prisma que permita encontrar los rasgos regionales distintivos de la problemática. Marcos Kaplan ha señalado que las causas y procesos de la crisis del Parlamento en América Latina son:¹⁹⁹

- a) Ruptura del equilibrio entre los poderes del Estado en favor del ejecutivo, su administración, su tecnoburocracia, sus medios de masas, las tendencias al poder personal y a la personalización del poder.
- b) Irrelevancia y trivialización de los partidos, menor relieve y poca trascendencia de su debate en la sede parlamentaria.
- c) Prácticas del parlamentarismo mayoritario, o del parlamentarismo racionalizado, para la reducción de incertidumbres, incidentes y riesgos.
- d) Competencia de otras instancias y circuitos: de representación (asociaciones, sindicatos, sondeos), o de deliberación (conferencias de medios de masas, de organizaciones corporativas).
- e) Tránsito de la política a otros espacios: oposición extraparlamentaria; democracia supletoria de Parlamentos y partidos; asociaciones de ciudadanos, *lobbies*; metapolítica bajo formas de impugnaciones más sociales y culturales que políticas.

Todas las anteriores características pueden reconocerse en el escenario político mexicano, aunque quizá habría que matizar algunas cuestiones de los incisos c) y d). La competencia de los distintos circuitos de representación y de deliberación no se ha producido en México tan notablemente como en otros países, debido a que el partido en el poder desde 1929 ha integrado dentro de su estructura a sindicatos y a otros movimientos sociales, y ha contado con el apoyo de gran parte de los medios de masas y organizaciones corporativas del país, de forma tal que los

197 Bülow, *op. cit.*, nota 194, p. 759, que también señala que quizá el gobierno no sea el más indicado para informar objetivamente sobre un proceso de aplicación en el que se halla inevitablemente implicado.

198 *Idem.*

199 Kaplan, Marcos, *op. cit.*, nota 149, p. 126.

fenómenos representativos extraparlamentarios de todas maneras se han producido dentro del llamado “movimiento oficial”.²⁰⁰

Por otra parte, al encontrar pocas vías alternativas a las oficiales, es cierto que un sector de la población ha decidido convertir sus peticiones en más sociales y culturales que políticas, produciéndose un gran número de manifestaciones populares de la más diversa índole en las grandes urbes del país y destacadamente en la ciudad de México. Algunos ciudadanos han decidido tomar las calles ante la imposibilidad de hacer oír sus intereses en el Congreso de la Unión, pero también debido al férreo control estatal sobre otras organizaciones corporativas a las que de forma natural corresponde la representación de intereses dentro de la sociedad pluralista actual (sin descartar, por supuesto, la notable ayuda que ha prestado a ese fenómeno la debilidad del propio sistema de partidos).

La primera característica señalada por Kaplan —la ruptura del equilibrio de poderes en favor del Ejecutivo— sí que es patente en México en desfavor de la función representativa del Legislativo y de la canalización de demandas sociales, pues los ciudadanos mexicanos, conscientes de la situación de minusvalía del Parlamento, prefieren dirigir sus peticiones a la administración.²⁰¹

2. *La división de poderes y la jurisdicción constitucional*

Esta segunda esfera de los poderes, integrada por los órganos tradicionales o formales de poder, ha sufrido un cambio importante por la creación de los tribunales constitucionales que han ido apareciendo en Europa a partir de la segunda década de este siglo y que han ido extendiéndose a múltiples países en la actualidad.²⁰²

Estos tribunales, al menos en su modelo original diseñado por Hans Kelsen y adoptado por la Constitución austriaca de 1920, no están encuadrados dentro del Poder Judicial ordinario, sino que forman lo que podría llamarse un cuarto poder, o un poder “vigilante” de la constitucionalidad de los actos de los demás poderes. Aun así, algunos países no

200 *Vid.*, por ejemplo, Córdova, Arnaldo, *La política de masas del cardenismo*. México, 1989 (reimpr.).

201 Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 158, p. 12.

202 *Vid.*, por ejemplo, las observaciones de Schneider, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 5, 1982, pp. 35-61; trabajo incluido también en la obra del autor *Democracia y Constitución*, *cit.*, nota 196, pp. 195-222.

han seguido el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, sino el americano, y han incluido el control de constitucionalidad dentro de las competencias del Poder Judicial ordinario.²⁰³

Lo que sucede con los tribunales constitucionales es que controlan los actos de todos los demás poderes públicos, en tanto incidan dentro de la órbita de derechos o competencias constitucionales, mientras que la judicialidad normal de la administración sigue en manos del Poder Judicial ordinario.

Por lo que hace al sistema de fuentes, la jurisdicción constitucional ha traído importantes consecuencias, entre las que pueden señalarse las siguientes:

A. Ha provisto de fuerza directa a las normas constitucionales, convirtiéndolas no sólo en normas programáticas como se consideraban en el siglo XIX, sino en normas directa y prevalentemente aplicables a las situaciones que regulan;²⁰⁴ de este modo, las Constituciones no solamente contienen las normas sobre las fuentes (*norme sulle fonti*, como les llama la doctrina italiana), sino que también son fuentes de derechos y obligaciones en sí mismas, tal como se analiza con mayor detenimiento más adelante.

B. Ha impuesto una interpretación uniforme y obligatoria de los preceptos del ordenamiento que ha revisado, pues normalmente se considera la interpretación de los tribunales constitucionales como vinculante para los poderes públicos y para los particulares respecto de los casos futuros iguales o parecidos que se presenten.²⁰⁵

203 Sobre uno y otro modelo de jurisdicción constitucional, *vid.*, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982, pp. 80 y ss. y 165 y ss., y Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, 1966, ahora recogido en el libro del autor, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, 1987. La obra de Kelsen en donde se expone su teoría de la jurisdicción constitucional es "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. de Rolando Tamayo, *Anuario Jurídico I*, México, 1974; del mismo trabajo existe otra traducción al castellano, de Juan Ruiz Manero, recogida en Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988; del mismo Kelsen puede verse, en referencia con el tema, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austríaca y norteamericana", trad. de Domingo García Belaúnde, *Dereito*, Santiago de Compostela, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 215-231 y, en polémica con Carl Schmitt, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, estudio preliminar de Guillermo Gasió, Madrid, 1995. La propuesta de Schmitt en *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, 1983.

204 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 8.

205 En México, este concepto se encuentra un poco más reducido, pues la Ley de Amparo, al regular las autoridades que se encuentran obligadas por la jurisprudencia obligatoria de la Suprema

C. Ha realizado una labor que, además de meramente interpretativa, puede considerarse altamente creativa, teniendo en cuenta el carácter abierto de los actuales textos constitucionales. Muchos conceptos que han quedado vagamente explicitados en el texto constitucional, o algunos derechos que no han sido más que introducidos en la carta magna, pero sin ulterior precisión, han llevado a los tribunales constitucionales a jugar un papel determinante en la configuración del actual sistema de división de poderes.²⁰⁶

D. Ha llevado a cabo la llamada “judicialización de la política”,²⁰⁷ a veces de tan difícil encaje en la lógica del Estado democrático, volviendo a los jueces “árbitros definitivos del proceso político y guardianes de los postulados valorativos consagrados por la Constitución”,²⁰⁸ que ha llevado a la arena de la justicia muchos temas que antaño se debatían y solucionaban en el terreno estrictamente político. La confianza mostrada en los siglos XVIII y XIX hacia el legislador se ha invertido en el siglo XX, para ser depositada en los jueces, y especialmente en los jueces constitucionales.²⁰⁹ Paralelamente, también se ha producido un fenómeno en sentido prácticamente opuesto, es decir, una “politización de la justicia”, que ha llevado a jueces y tribunales a “optar” por las mejores soluciones que ofrece el ordenamiento, haciendo en no pocas ocasiones las veces de gestores y administradores públicos.

Corte emanada de los procesos de amparo, se limita a señalar a las de tipo jurisdiccional, excluyendo al Ejecutivo y al Legislativo. La jurisprudencia creada en los procesos de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales sí tiene efectos generales (artículo 105 constitucional).

206 Cossío, José Ramón, “Régimen democrático e interpretación constitucional en México”, *El Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C.*, México, novena época, t. X, núm. 2, segundo semestre de 1997, pp. 151 y ss.

207 Cfr. Vallinder, Torbjörn, “The judicialization of politics. A world wide phenomenon: introduction”, *International Political Science Review*, Oxford, vol. 15, núm. 2 (monográfico sobre el tema), abril de 1994, pp. 91-99. *Vid.*, también, aunque con enfoque distinto, Fernández Segado, Francisco, “La judicialización del derecho constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 3, 1993, pp. 43-52.

208 Combellas, Ricardo, *op. cit.*, nota 187, p. 41.

209 Modugno, Franco, y Nocilla, Damiano, “Crisi della legge e sistema delle fonti”, *Diritto e società*, 1989, p. 419. Obsérvense, sin embargo, las puntualizaciones que sobre la hipertrofia funcional de jueces y tribunales en el Estado social hacen Cabo, Carlos de, *op. cit.*, nota 89, t. II, pp. 353-354, y Porras Nadales, Antonio J., “El derecho intervencionista del Estado. Aportaciones a un reciente debate”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 63, enero-marzo de 1989, pp. 79-82.

Todos estos cambios han incidido en mayor o menor medida en el sistema de fuentes del derecho.²¹⁰ Las consecuencias que para tal sistema tiene el hecho de considerar la Constitución como norma jurídica son enormes. Igualmente, por lo que hace a la obligatoriedad de la interpretación del ordenamiento hecha por la jurisdicción constitucional, que tantas veces tiene que ver con las “formas” de creación del derecho o con la distribución de las facultades normativas entre los entes nacionales y regionales; un ejemplo significativo es el de España, donde el Tribunal Constitucional, en aplicación del Estado de las autonomías previsto en el título octavo de la Constitución española de 1978, ha llevado a cabo una distribución del sistema de creación y aplicación normativa entre el Estado y las comunidades autónomas.

La mayor concretización de los textos constitucionales abiertos ha implicado consecuencias, por así decirlo, “materiales” para el sistema de fuentes en tanto muchas veces se ha definido el alcance de diversos derechos fundamentales, llevando aparejada esa definición límites a la actividad normativa estatal. Por último, el papel de árbitro del proceso político, ya que representa la opción “constitucional” entre concepciones políticas contrapuestas o divergentes, también ha impuesto límites materiales a la creación normativa, aunque tal vez más indirectamente que en los tres casos anteriores.

3. *El Poder Judicial federal en México*

En México, se han hecho sucesivas reformas constitucionales que han acercado a la Suprema Corte de Justicia al modelo kelseniano de Tribunal Constitucional. La última fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1994. Aun así, no se ha conseguido la existencia de un verdadero Tribunal Constitucional ya que faltan dos requisitos importantes: a) la declaración general de inconstitucionalidad que actualmente sólo puede emitir la Corte en algunos de los casos de las controversias constitucionales y en la relativamente limitada “acción de inconstitucionalidad”,²¹¹ pero no en las resoluciones de los juicios de

210 Para el caso francés en relación con la actuación del Consejo Constitucional respecto al sistema de fuentes, *vid.* Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, prólogo de Marc Carrillo, Barcelona, 1994, p. 110.

211 Fix Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, 1996, p. 51; Fix Fierro, Héctor, “La reforma

amparo,²¹² y b) la separación orgánica entre Poder Judicial ordinario y jurisdicción constitucional.²¹³ A pesar de que en las reformas de 1988 y en la última de 1994 ya se ha hecho una importante separación funcional entre ambas jurisdicciones, parece que todavía falta dar un pequeño salto, y distinguir nítidamente entre una y otra, de forma que exista un verdadero órgano controlador de la legalidad y otro dedicado solamente a los asuntos de constitucionalidad.²¹⁴

El papel que ha jugado la Suprema Corte y el resto del Poder Judicial federal en el esquema de la división de poderes ha sido muy pequeño.²¹⁵

Ya sea por causas de la estrictamente técnico-jurídicas que tienen que ver con la forma en que se ha concebido la protección de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano,²¹⁶ por presiones o consignas políticas, por incompetencia de sus funcionarios o, simple y llanamente, por corrupción, el Poder Judicial se ha sometido una y otra vez a los deseos del Poder Ejecutivo,²¹⁷ que ha llegado incluso a justificar con argumentos jurídicos (e irrecurribles en tanto dictados por la última

judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 13 (monográfico sobre la reforma judicial de 1994), 1995, pp. 123-124; Carbonell Sánchez, Miguel. “La nueva acción de inconstitucionalidad en México: régimen actual y posibles perspectivas de cambio”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núms. 14-15, invierno-primavera de 1996, pp. 173-190.

212 La declaración general de inconstitucionalidad en las sentencias de amparo se ha propuesto desde hace tiempo por un importante sector de la doctrina constitucional mexicana. Significativamente por Héctor Fix-Zamudio en varios de sus trabajos, algunos de los cuales se han recogido en el volumen *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993.

213 En el mismo sentido, Cárdenas, Jaime F., *Transición política y reforma constitucional en México*, prólogo de Alonso Lujambio, México, 1994, p. 86, y Fix Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *cit.*, nota 211, pp. 125-126.

214 Aunque para ello quizá tenga que reformarse la Constitución en su artículo 16 con el fin de que no toda violación de cualquier norma jurídica implique por sí misma un problema de constitucionalidad. En el sentido de crear un tribunal constitucional separado del órgano supremo del Poder Judicial federal se manifiesta, por ejemplo, Fix Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *cit.*, nota 211, p. 57.

215 Como dice Héctor Fix Fierro, hasta épocas bien recientes, “la Corte desempeñaba dentro del sistema político-constitucional un papel relativamente importante, pero modesto al fin y al cabo”. *Ibidem*, pp. 46-47.

216 Recuérdese lo dicho sobre los derechos político-electorales.

217 “Las propias ‘autolimitaciones’ que los tribunales federales se han impuesto a partir de la forma en que han ido resolviendo los casos concretos, lamentablemente ha determinado que el Poder Ejecutivo, no tenga más control en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de sus actos, que el que él mismo se imponga”. VV.AA., *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, 1994, p. 73. “En México —escribe José Luis Soberanes— no existe [la] independencia judicial [...] la judicatura está sometida al Ejecutivo”. “Algunos problemas de la administración de justicia en México”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 18, 1993, p. 82.

instancia jurisdiccional del país) las conductas inconstitucionales de los otros dos poderes. El caso de la concesión de las facultades extraordinarias para legislar que inconstitucionalmente se practicó durante tantos años en México con el visto bueno de la Suprema Corte es un buen ejemplo de ello.²¹⁸

Esto no quiere decir que no existan jueces dignos y capaces, que los hay, sino simplemente que han sido la excepción y que, en conjunto como poder del Estado, el Judicial no ha tenido el peso que debe corresponderle en un verdadero Estado democrático de derecho, aunque debe decirse que ha ido fortaleciéndose significativamente con las reformas constitucionales y legales de los últimos años.

Con todo, la Suprema Corte debe sentirse mucho más responsable de la suerte que corra la Constitución en la dinámica del proceso político nacional y, en consecuencia, debe participar mucho más en ese proceso —siempre dentro de sus facultades constitucionales y con argumentos jurídicos y no de otro tipo—. Si actúa con rigor y decisión, la Corte puede empezar a tener un peso específico importante en la división de poderes; pero, si actúa con falta de definición e inconsistencia, y si además sus integrantes se sienten más vinculados a sus particulares concepciones de la justicia que al orden jurídico concreto que nos rige,²¹⁹ entonces lo más probable es que el Judicial siga siendo un poder mudo, al modo en que lo concebía Montesquieu. Sin embargo, por el avance de la transición democrática y por las propias líneas evolutivas que han ido forjándose en el panorama político nacional, es muy probable que asistamos cada vez con mayor frecuencia a lo que José Ramón Cosío ha llamado —de forma extremadamente acertada—, “la lucha por la Constitución”. Sobre ella, Cosío señala que

en los difíciles tiempos democráticos en que vivimos, uno de los conflictos más álgidos a los que habremos de asistir serán aquellos que genéricamente podemos denominar la *lucha por la Constitución*, es decir, la búsqueda que harán los distintos actores políticos por lograr que su punto de vista sea aquel que la Suprema Corte acepte como válido. A partir de la victoria o la derrota de esa lucha por la Constitución, es evidente que los proyectos políticos de las diversas fuerzas estarán en posibilidad de verse realizados o cancelados, con todo lo que ello implica. Si en algún momento de la historia del país la

218 Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 190, pp. 164-165.

219 Cossío, J. R., *op. cit.*, nota 206, pp. 200-201.

Suprema Corte ha adquirido una seria responsabilidad en la conducción del proceso democrático, es en la hora actual [...].²²⁰

Dejando a un lado lo anterior, toca ahora revisar brevemente el tratamiento que la división de poderes tiene en el texto constitucional, algunos de sus antecedentes y el criterio que en su interpretación ha sentado la Suprema Corte.

III. LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN

El principio de división de poderes ha estado recogido en el constitucionalismo mexicano desde 1814, año en el que la Constitución de Apatzingán estableció, en su artículo 11, lo siguiente: “tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”. Por su parte, el artículo 12 del mismo código complementaba lo anterior: “estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación”.²²¹

El principio de la división de poderes ha seguido presente, desde entonces, en el constitucionalismo mexicano, y la Constitución de 1917 lo recoge actualmente en su artículo 49:²²²

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

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

La Constitución establece un sistema flexible de división de poderes, de forma que cualquiera de los tres poderes ejercen, por imperativo constitucional, funciones que tienen que ver con las de otro poder: “no hay

²²⁰ *Ibidem*, p. 205.

²²¹ Los demás antecedentes constitucionales mexicanos de la división de poderes pueden consultarse en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, 1994, t. VI, pp. 956-962.

²²² En el artículo 116 se impone la división de poderes para las entidades federativas. Madrid, Miguel de la, “La división de poderes en las entidades de la Federación mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XIII, núm. 52, octubre-diciembre de 1963.

dislocamiento —ha dicho Tena Ramírez— sino coordinación de poderes”.²²³ La potestad de dictar normas con rango de ley por parte del presidente, reconocida en parte por el mismo artículo 49; las facultades administrativas y jurisdiccionales del Congreso de la Unión, y la creación jurisprudencial del derecho por la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito dan suficiente muestra de ello.²²⁴ La Suprema Corte de Justicia así lo ha entendido y se ha pronunciado sobre la división de poderes en el siguiente sentido:

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL. DE CARÁCTER FLEXIBLE. La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder [...]. Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, *motu proprio*, arrogarse facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita el ejercicio del supremo poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los poderes de la unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que les son exclusivas y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de estricto derecho.²²⁵

En otro pronunciamiento, la Suprema Corte ha sostenido que la Constitución

[...] no estatuye un sistema rígido de división de poderes, de tal manera que el Judicial sólo pudiese realizar actos materialmente jurisdiccionales, el Eje-

223 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 83, p. 219.

224 Cfr. Orozco Henríquez, J. J., “Artículo 49”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 6a. ed., México, 1994, pp. 215 y ss., y en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, *cit.*, nota 221, t. VI, pp. 931 y ss.

225 *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, segunda sala, vols. 115-120, p. 65.

cutivo sólo actos administrativos y el Legislativo exclusivamente actos de creación de normas jurídicas generales. En la misma Constitución Federal se advierte que cada uno de los poderes está facultado para desarrollar funciones distintas a las que les corresponderían en un sistema rígido de división de poderes [...]. Prohíbe, pues, la Constitución la unificación de dos o más poderes en uno, más no que un poder, por ejemplo, el Legislativo, desempeñe alguna función ejecutiva o jurisdiccional. La idea básica en el artículo 49 constitucional, es evitar la posibilidad de una dictadura constitucional que se daría en aquel caso en que en un poder se reunieran dos o más, pero no cuando la misma Constitución previene una flexibilidad en la división de poderes y relaciones entre los mismos, lo que se traduce en la autorización de que un poder realice funciones que en una estricta división de poderes y funciones, no podría desempeñar.²²⁶

Junto a los tres poderes tradicionales, la Constitución recoge una serie de órganos más o menos autónomos que han ido incorporándose al texto constitucional a través de diversas reformas operadas después de 1917. Fundamentalmente son los siguientes:²²⁷

A. Los tribunales agrarios instituidos por la fracción XIX del artículo 27. Estos tribunales gozan de autonomía y plena jurisdicción y sus miembros son nombrados por la Cámara de Senadores, o por la Comisión Permanente del Congreso en los recesos de ésta, a propuesta del Ejecutivo.

B. El Banco Central al que se refiere el párrafo sexto del artículo 28, el cual es autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración.

C. El organismo encargado de la realización de las elecciones previsto en el artículo 41, fracción III, llamado Instituto Federal Electoral. En la integración de los miembros del Instituto concurren el Poder Legislativo federal, los partidos políticos y los ciudadanos. Dicho Instituto goza de autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propios.

D. Los organismos de protección de los derechos humanos, conocidos como *ombudsman* por sus antecedentes suecos, previstos en el inciso B del artículo 102 y que tan buena labor han desempeñado en los últimos años en el país.

226 *Ibidem*, vol. 51, primera parte, pp. 18-20.

227 Únicamente se mencionan aquellos que actúan en todo el territorio del Estado y no los de carácter local que se encuentran regulados, por ejemplo, en los artículos 115, 116 y 122 constitucionales.

Ciertamente, los órganos autónomos previstos en la Constitución —los que ya lo están y los que pueden estarlo en un futuro— son de la mayor importancia dentro del entramado constitucional mexicano, así como una fuente importante de innovaciones para incorporar al texto de la carta magna con miras a su perfeccionamiento. Su éxito y posibilidad operativa real depende del buen diseño institucional que se realice y del talante de sus integrantes (como bien se ha demostrado en el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos dirigida en sus primeros años por brillantes juristas). Junto a los órganos autónomos que ya existen, se han propuesto otros, como por ejemplo un Tribunal Constitucional desvinculado del Poder Judicial federal, un Tribunal de Cuentas, un órgano para la información, un órgano técnico para el federalismo y un órgano para los medios de comunicación.²²⁸ El estudio pormenorizado de su necesidad y viabilidad es de una importancia capital para el constitucionalismo mexicano, y seguramente será objeto de las preocupaciones de los especialistas nacionales.

IV. EL ESTADO FEDERAL²²⁹

El sistema federal fue adoptado por primera vez en México en la Constitución de 1824 que, en su artículo 4o., señalaba que “la nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal”, y en el artículo siguiente mencionaba las partes integrantes de la Federación. Durante el siglo XIX, el federalismo mexicano sufrió, como casi todas las demás instituciones del país, varias crisis de anarquía. Tanto el desorden fiscal que producía la duplicidad de impuestos y las trabas arancelarias entre las entidades federativas, como la presencia de cacicazgos locales, dieron lugar a importantes exigencias para revertir el modelo federal y convertir a México al centralismo. Incluso el tema fue una bandera esencial del partido liberal en su lucha contra los conservadores,²³⁰ los que lograron que el centralismo llegara a reconocerse en al-

228 Cárdenas, Jaime F., *op. cit.*, nota 107, pp. 255 y ss.

229 Carbonell, Miguel, “El Estado federal en la Constitución mexicana: introducción a su problemática”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 91, enero-abril de 1998.

230 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 83, pp. 110-111; Aguilar Villanueva, Luis F., “El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes”, en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, 1996, p. 109.

gunos documentos constitucionales del siglo pasado.²³¹ A pesar de todo, desde la Constitución de 1857, el federalismo se ha mantenido como uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo mexicano.

Aunque, como es obvio, el modelo federal de la Constitución fue copiado de la Constitución norteamericana, en el caso de México, al revés de como sucedió en el país de origen de la institución, el federalismo no sirvió para conjuntar realidades anteriores y en cierta forma dispersas, sino para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial²³² —implantando el llamado federalismo “segregativo” o “descentralizador”—.

La articulación de la República mexicana como un Estado federal impone una ordenación peculiar de las fuentes del derecho, en tanto otorga a los entes federados un espacio constitucionalmente garantizado, con mayor o menor amplitud, según se verá, de “autonomía normativa”,²³³ diferenciado del perteneciente a la Federación.

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia sustantividad, y que, por esa virtud, reclaman un campo propio de acción jurídico-política traducido, entre otras cosas, en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales,²³⁴ pluralismo territorialmente definido en el caso mexicano, que da lugar a la existencia de una pluralidad de fuentes.²³⁵

231 *Vid.* la síntesis histórica que realiza, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, 1989, pp. 421 y ss. Más recientemente, Hernández Chávez, Alicia, “Las tensiones internas del federalismo mexicano”, en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, *cit.*, nota 230, pp. 15 y ss.

232 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 83, p. 112, y Carpizo, Jorge, “Sistema federal mexicano”, *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, 1972, p. 469. La explicación de los dos tipos de procedimientos para llegar al federalismo, es decir, el que parte de la unidad para crear entidades descentralizadas y el que une realidades político-geográficas anteriormente dispersas, puede verse en Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, 1975, pp. 386 y ss. (bibliografía adicional sobre el tema en Pergola, Antonio la, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, p. 193, nota 1).

233 Pizzorusso, A., *op. cit.*, nota 68, pp. 231-232.

234 *Cfr.*, en general, Giugni, Marco G., “Federalismo e movimenti sociali”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Boloña, núm. 1 de 1996, pp. 147-170, y Caminal Badia, Miquel, “Nacionalismo, federalismo y democracia territorial”, *Claves de la Razón Práctica*, Madrid, núm. 73, junio de 1997, pp. 10-16.

235 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. XI; Pizzorusso, “The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity”, *cit.*, nota 1, pp. 33, 64-65 y 85-86. La relación entre federalismo y democracia, en Friedrich, *op. cit.*, nota 232, p. 392-398.

Aun así, el federalismo no es reducible a una noción puramente jurídica, sino que se basa en una forma especial de entender la asociación política dentro del Estado, la cual “desborda el marco del derecho constitucional”.²³⁶

El federalismo responde, entre otras, a las siguientes tres necesidades:²³⁷

A. A la de organizar política y racionalmente grandes espacios geográficos, incorporando relaciones de paridad entre sus distintas unidades y suprimiendo las relaciones de subordinación empleadas en los imperios y colonias de los siglos pasados.

B. A la de integrar unidades relativamente autónomas en una entidad superior, salvaguardando sus peculiaridades culturales propias.

C. A la necesidad de dividir el poder para salvaguardar la libertad.²³⁸ Tal como sucede con la división de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, también puede hacerse una división “territorial” del poder, que se implementa a través de una partición funcional y competencial que diferencia los ámbitos posibles de actuación de cada nivel de gobierno.²³⁹

La importancia que tiene la división territorial del poder dentro del Estado queda ilustrada con dos ejemplos, uno dentro de la misma Constitución mexicana y otro de una Constitución extranjera. El primero se encuentra en la equiparación de importancia que hace la Constitución mexicana, al definir la forma de Estado, entre republicanismo, democracia, representatividad y federalismo (artículo 40), donde la fórmula federal pesa tanto como, por ejemplo, la democracia. El segundo ejemplo puede tomarse de la Constitución alemana, que considera tan importante la división de Alemania en *Länder*, reconocida por la propia Constitución en

236 Burdeau, Georges, *Tratado de ciencia política*, México, 1985, t. II (El Estado), volumen II (Las formas de Estado), p. 181. El mismo autor agrega que “la idea federal busca hacer prevalecer una asociación de grupos [...] la concepción federal de la autoridad es el corolario de una concepción de la sociedad comprendida como un conjunto articulado de agrupaciones de todos los órdenes”. *Loc. cit.*

237 García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, reimp. de la 7a. ed., Madrid, 1993, pp. 216-217.

238 Cfr. Vogel, Juan Joaquín, “El régimen federal de la Ley Fundamental”, en Benda; Maihofer; Vogel; Hesse, y Heyde, *Manual de derecho constitucional*, cit., nota 194, pp. 622-623.

239 “Su sentido y esencia [del Estado federal] consisten en la preservación de la diversidad regional —que allí donde exista está históricamente determinada—, en las mayores posibilidades de despliegue de la pluralidad dentro de un marco humanamente abarcable, en la presencia de una mayor gama de posibilidades de comprometerse con el *bien común* —en suma, en la descentralización—. La implantación de un Estado federal exige una atribución diferenciada de responsabilidades, una delimitación de competencias sobre materias determinadas en favor de decisores autónomos”. *Ibidem*, p. 621.

sus artículos 20 y siguientes, que declara que tal decisión del Constituyente es irreformable por el poder revisor de la Constitución (artículo 79.3).²⁴⁰

En concreto en México, el federalismo ha servido y puede servir con mayor intensidad en los próximos años como atemperante del presidencialismo que se ha propiciado desde el sistema jurídico y político nacional. El federalismo permite que los partidos políticos que han sido derrotados en las elecciones presidenciales y legislativas federales luchen y ganen elecciones en el ámbito local y, con ello, vayan ejercitándose en el desempeño gubernativo y puedan desplegar las contraofertas que sostienen como programas futuros de acción desde la oposición federal.²⁴¹ Con el federalismo, se multiplican los centros democráticos de decisión dentro del Estado.²⁴²

En la medida en que vaya integrándose la oposición en las tareas de gobierno a nivel local puede lograrse moderar el carácter excluyente del presidencialismo.²⁴³ Además, a partir del control de un cada vez mayor número de legislaturas locales —que hoy apenas comienza—, los partidos de oposición pueden ir condicionando los procedimientos de reforma constitucional, con toda la importancia que ello tiene en un país como México.²⁴⁴

1. *La distribución de materias y el principio de competencia*

El principio de competencia normativa es el que sirve para ordenar las relaciones entre los diversos centros de producción normativa dentro del Estado federal. Tal principio “consiste en acotar un ámbito material y

240 Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, Madrid, 1986, pp. 67 y ss.

241 “El federalismo permite que partidos derrotados en el nivel nacional adquieran responsabilidades gubernamentales en los niveles inferiores, se integren al sistema, reduzcan su resentimiento y frustración frente a la derrota, debiliten su potencial antisistema, asuman una posición más dinámica que estática, gobiernen en vez de solamente oponerse y adquieran un sentido de la complejidad de los problemas sociales y de las tareas gubernamentales”. Lujambio, Alonso, *Federalismo y congreso en el cambio político de México*, prólogo de Diego Valadés, México, 1995, p. 23; en sentido parecido, Zippelius Reinhold, *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix Fierro, México, 1989, p. 357.

242 Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 622.

243 Sobre tal carácter, Linz, Juan J., “Los peligros del presidencialismo”, en Diamond, Larry, y Plattner, Marc F., *El resurgimiento global de la democracia*, trad. de Isabel Vericat, México, 1996, pp. 107-109.

244 Lujambio, Alonso, *op. cit.*, nota 241, p. 24. Sobre la reforma constitucional en México se abunda más adelante.

encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de norma no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia”.²⁴⁵

Así pues, la competencia normativa crea una división en dos órdenes materiales de la capacidad de normación, uno federal y otro local. En el tema que ahora se trata, establece una distribución de poder sobre una superficie horizontal.²⁴⁶

Indica, además, que cada fuente del derecho *a*) tiene un campo de acción limitado, y en esa virtud *b*) no puede regular más que las materias, que entran bajo tal radio; para las demás materias se especifican o bien órganos distintos para su creación²⁴⁷ o bien, si la competencia reside en el mismo órgano, procedimientos diferenciados para su ejercicio,²⁴⁸ aunque en todo caso la competencia a favor de un tipo normativo excluye al resto de normas de dicho ámbito de regulación, al crear a favor de la primera una zona de inmunidad material,²⁴⁹ en consecuencia, implica, finalmente, “un deber de respeto recíproco entre dos normas”, que se relacionan entre sí de forma indirecta a través de la distribución que de las capacidades normativas realiza la Constitución.²⁵⁰

En clave histórica, el principio de competencia puede ser visto como el propósito de ir ganando terreno a la omnipotencia reguladora de la ley (y, por tanto, al papel predominante del Parlamento), pues cada vez que opera este principio “significa que la constitución ha reconocido fuentes más idóneas que la ley respecto de ciertas materias: lo que es otra con-

245 Díez-Picazo, L. M., “Competencia”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, p. 1,183.

246 Zagreblesky, *op. cit.*, nota 6, p. 66.

247 El ejemplo típico puede ser la división de materias propia del Estado federal como se analiza en seguida.

248 Como ejemplo puede mencionarse el caso de las leyes orgánicas en el ordenamiento español. Algunos autores, como Santamaría Pastor, sitúan al principio de especialidad procedimental separado del principio de competencia. Santamaría Pastor, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 320-322, si bien parece más una variante de este que un principio autónomo, como explica Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 245, p. 1,185.

249 Cfr. Ruggeri, A., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977; Crisafulli, V., “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 775 y ss. Crisafulli señala que cuando una fuente tiene asignada la regulación de una determinada materia no “prevalece” sobre las otras, sino que las “excluye” de tal regulación. La idea del ámbito competencial inmune se toma de Santamaría Pastor, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 319-320.

250 Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 21, t. I, p. 150. No hay que olvidar que “el acotamiento de un ámbito de regulación o división competencial entre dos —o más— tipos de normas ha de ser establecido por una tercera norma, esto es, por una norma secundaria o norma sobre la producción jurídica”. Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 245, p. 1,184.

secuencia de la pérdida del primer puesto por la ley en el sistema de las fuentes”.²⁵¹

Para complementar lo anterior, puede decirse que el principio de competencia no sólo actúa respecto de dos ordenamientos diferenciados —como el federal y el local—, sino también hacia dentro de cada uno de ellos. Tal es el caso de la reserva que la Constitución hace, de acuerdo con el principio de autonormación del Parlamento,²⁵² para que el Congreso de la Unión regule mediante una ley *sui generis* su estructura y funcionamientos internos (artículo 70, párrafos 2 a 5).

2. La articulación del federalismo en la Constitución de 1917

Actualmente se observan tantas variedades configurativas del federalismo dentro de los Estados que lo han adoptado, que es difícil establecer pautas generales que lo identifiquen de manera unívoca. Quizá por esto se ha dicho que, en realidad, el federalismo es un concepto normativo y, en consecuencia, debe ser estudiado y entendido a la luz de las disposiciones particulares de cada orden constitucional.²⁵³ En el presente apartado se estudian las disposiciones constitucionales que, referidas al federalismo, guardan relación con el tema de las fuentes del derecho, y que se concretan en lo fundamental en la técnica constitucional de distribución de competencias legislativas entre la Federación y las entidades federativas.²⁵⁴ Para comprender en su totalidad el marco constitucional del federalismo mexicano, habría que estudiar, además de lo anterior, los distintos preceptos de la carta magna que directa o indirectamente inciden sobre el tema (por ejemplo, los procedimientos de controversias constitucionales entre la Federación y los estados) y todo lo concerniente a los municipios y sus relaciones con las entidades federativas, cuestiones que no pueden abordarse por completo en este trabajo.

Sobra decir que, como es común dentro de las Constituciones que crean regímenes federales, en la Constitución mexicana se reconoce a

251 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 66; *vid.*, también, en el mismo sentido y más ampliamente, Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1984, t. II, vol. 1, pp. 202-205.

252 *Id.* Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 195 y ss., y Cano Bueso, Juan, “El principio de autonormatividad de las Cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 40, 1984, pp. 85-99, entre otros.

253 Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 614.

254 Es en esta distribución donde el federalismo cobra toda su complejidad, como ha señalado Friedrich, *op. cit.*, nota 232, p. 406.

todas las entidades federativas un estatuto jurídico común, sin hacer diferencias entre ellas;²⁵⁵ lo cual no obsta para que luego cada entidad federativa pueda diseñar, a partir de los márgenes que impone la Constitución federal,²⁵⁶ un marco más o menos amplio de actuación según su propia Constitución local.²⁵⁷ Lo anterior es debido a que, como señala Miquel Caminal, “la simetría en la distribución competencial no equivale a iguales decisiones políticas”.²⁵⁸

A. Facultades explícitas y facultades implícitas

La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40 que ya se ha comentado.

En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar; es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales.²⁵⁹ Esta delimitación no es muy precisa, por cuanto la última fracción del artículo mencionado (la XXX) establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 10., sección VIII, párrafo 18), las facultades implícitas para legislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense.²⁶⁰

255 Como indica Vogel, “[...] una Constitución federal tiene que garantizar que las estructuras políticas existentes en la Federación y Estados miembros sean homogéneas, y que también lo sean los Estados entre sí, con el fin de evitar antagonismos que pongan en grave peligro la seguridad interior”. Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 627; *cf.* las observaciones de Caminal Badia, *op. cit.*, nota 234, p. 13.

256 *Vid.* artículo 116 de la Constitución mexicana; *cf.*, también, por ejemplo, el artículo 28 de la ley fundamental de Bonn. En España, existen dos preceptos constitucionales, referidos a los derechos fundamentales, que dan una buena idea de la homogeneidad mínima que, dentro de la natural pluralidad del Estado federal, no debe perderse de vista; el primero es el artículo 139 que, en su párrafo primero, dispone: “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Territorio del Estado” (*cf.* STC 52/1988, 17/1990 y 150/1990); el segundo es el artículo 149.1.1.: “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1a. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (para la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional español, *vid.* SSTC 152/1988, 154/1988, 75/1990 y 86/1990, entre otras).

257 García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 237, p. 233.

258 Caminal, Miquel, *op. cit.*, nota 234, p. 13.

259 Sin perjuicio de lo que ha continuación se dice sobre las facultades implícitas, lo cierto es que la enumeración taxativa de las facultades de la Federación “establece una delimitación competencial relativamente clara y evita la existencia de márgenes de interpretación excesivamente amplios”. Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 638.

260 *Vid.* Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, pp. 360 y ss.

Las facultades implícitas “son las que el Poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos Poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas”;²⁶¹ su función va en relación directa con las facultades explícitas. Entre unas y otras siempre debe existir relación, pues las implícitas no funcionan de manera autónoma.²⁶²

En Alemania, a pesar de que en la Ley Fundamental no hay una disposición semejante a la fracción XXX del artículo 73 de la Constitución mexicana, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de tres tipos de facultades implícitas:

A. Las que derivan de una conexión material con otra competencia:

estamos ante una conexión material cuando una materia expresamente conferida a la Federación no puede ser razonablemente regulada sin al mismo tiempo normar otra materia no expresamente atribuida, esto es, cuando la invasión de ámbitos no conferidos es condición imprescindible para la regulación de un materia que sí corresponde expresamente a la Federación.²⁶³

B. Las que son anejas a competencias federales expresas (son un subtipo de las anteriores): se presume que existen “cuando una función determinada se halla tan inseparablemente unida a un ámbito conferido a la Federación o a los *Länder* que no sería razonable escindirlos”.²⁶⁴

C. Las que derivan de la naturaleza de las cosas, que se basan “en el principio jurídico no escrito de que hay determinados ámbitos materiales que por su propia naturaleza sólo pueden ser regulados por la Federación, puesto que constituyen asuntos privativos suyos, sustraídos *a priori* a cualquier competencia legislativa particular”.²⁶⁵

Las facultades implícitas no se han usado con frecuencia en México, porque siempre que se ha requerido hacer uso de una facultad federal

261 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 83, p. 116. El propio Tena Ramírez recuerda que solamente puede otorgarse una facultad implícita si se reúnen los siguientes requisitos: “1o. la existencia de una facultad explícita, que por sí sola no podría ejercerse; 2o. la relación de medio respecto a fin, entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse el uso de la segunda; 3o. el reconocimiento por el Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por el mismo Congreso al Poder que de ella necesita”. *Idem*.

262 Schmill, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, 2a. ed., México, 1977, p. 268.

263 BVerfGE 3, 407 (421) *cit. por* Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 644.

264 BVerfGE 8, 143 (149) *cit. en idem*.

265 BVerfGE 11, 89 (98 ss.) *cit. en idem*.

que no estuviera claramente recogida en las distintas fracciones del artículo 73, se ha acudido a la reforma constitucional que con tanta proclividad se ha usado en el país.²⁶⁶

Por su parte, el artículo 124 constitucional dispone que todas las facultades que no están *expresamente*²⁶⁷ concedidas a los poderes federales se encuentran “reservadas” a los estados.²⁶⁸ Se establece a favor de estos últimos una competencia *residual*, teóricamente muy amplia.

Tanto el artículo 73 como el 124 suponen normas atributivas de competencias —normas que confieren poderes o, más ampliamente, normas sobre la producción jurídica—,²⁶⁹ pero deben complementarse con aquellas otras normas que, a pesar de no otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la Federación o a los estados regular ciertas materias, constituyéndose en algunos casos en limitaciones materiales a las facultades legislativas enunciadas en los artículos mencionados.²⁷⁰

Así, por ejemplo, el artículo 24, en su segundo párrafo, establece que “el Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.²⁷¹

En cuanto a las prohibiciones a los estados, éstas pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquéllas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar y que se enumeran en el artículo 117.²⁷² Son prohibiciones relativas aquéllas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, las cuales se encuentran previstas en el artículo 118. En este último caso, la autorización del Congreso —entendiendo que a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se

266 Cárdenas, Jaime F., *op. cit.*, nota 107, p. 205; Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, *cit.*, p. 251.

267 El término “expresamente” no se encuentra, por cierto, en la Constitución de Estados Unidos.

268 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 232, pp. 480 y ss.; Carpizo, Jorge, “Comentario al artículo 124”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, *cit.*, nota 221, t. XII, pp. 953 y ss.

269 Guastini, *op. cit.*, nota 60, *passim*.

270 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 266, pp. 252-253; Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 268, p. 955.

271 Hay que recordar que, aunque no lo digan expresamente, los derechos fundamentales constituyen por sí mismos limitaciones de carácter material a las facultades de creación normativa del Estado. Sin embargo, con el ejemplo citado me quiero referir solamente a aquellos casos en que la limitación es explícita y se enfoca a una forma de creación normativa en concreto (aunque la prohibición del artículo 24 no hay que entenderla como dirigida únicamente al Congreso de la Unión si no a cualquier órgano de producción jurídica, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del mismo).

272 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 266, p. 253.

tratara de una autorización de carácter singular y concreta— es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas.

B. Facultades coincidentes y concurrentes

Excepcionalmente, la Constitución prevé una alteración de la distribución competencial genérica descrita, al establecer en determinadas materias una concurrencia entre las autoridades federales y las estatales —lo que Zagrebelsky ha llamado “paralelismo de las competencias”—:²⁷³ son las llamadas *facultades coincidentes*²⁷⁴ o concurrentes, que se ejercen simultáneamente por la Federación y por los estados,²⁷⁵ ya sea:

A. Que exista simultaneidad reguladora absoluta —esto es, que coexistan a la vez y de forma indistinta leyes federales y locales en una misma materia—, como es el caso del artículo 117 *in fine*, que dispone que “el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo”; otro ejemplo se encuentra en el artículo 18, párrafo cuarto, que dispone: “la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

B. Que tal simultaneidad sea sólo parcial en tanto la Constitución asigne algunos aspectos de una materia a la Federación y otros, a las entidades federativas.²⁷⁶ Éste es el caso de la salud, en el que la Federación puede legislar sobre “salubridad general” (artículo 73, fracción XVI) y los estados, sobre “salubridad local”, y de las vías de comunicación (artículo 73, fracción XVII),²⁷⁷ en el que la Federación legisla sobre vías generales de comunicación y las entidades federativas, sobre vías locales.

273 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 67.

274 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 266.

275 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 83, p. 121. Este fenómeno parece responder a la necesidad de articular un federalismo más “cooperativo” que “dual” y se ha impuesto también en los Estados Unidos; *vid. Laslovich, Michael J., “The American Tradition: Federalism in the United States”, Comparative Federalism and Federation. Competing Traditions and Future Directions*, Londres, 1993, p. 189.

276 Carpizo no las ubica dentro de las facultades coincidentes, sino que las denomina “coexistentes”. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 266; Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 268, p. 956. Para mí, no existe una diferencia sustancial, ni terminológica, ni de regulación constitucional diferenciada, que justifique una división en esos términos, aunque no deo de reconocer que ambos pueden ser igualmente adecuados.

277 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 83, p. 123. Carpizo, *op. cit.*, nota 232, p. 486. Bernardo Bolaños señala que “las excepciones al federalismo clásico que otorgan concurrencia de funciones

C. Que sea la Federación, a través del Congreso de la Unión, la que regule una materia y las entidades federativas y los municipios se ajusten a lo dispuesto por la legislación federal.²⁷⁸ Tal legislación puede prever, entre otras, las siguientes dos posibilidades: a) que la normación de la materia quede a cargo por completo del Congreso de la Unión y que las autoridades locales se encarguen solamente de su ejecución, y b) que las autoridades locales puedan contribuir a la regulación mediante facultades de creación normativa, sin perjuicio de sus facultades de ejecución.

En la Constitución mexicana pueden citarse como ejemplos de este tipo los casos de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), educación (artículo 73, fracción XXV), asentamientos urbanos —artículo 73, fracción XXIX, inciso c)—, protección al ambiente —artículo 73, fracción XXIX, inciso g)— y en materia de culto religioso (artículo 130, último párrafo).

Todo el inciso anterior merece una consideración especial, pues en una de sus modalidades recoge el ejemplo más representativo del llamado “federalismo de ejecución”, en el que los órganos centrales o federales retienen las facultades de creación normativa a través del Poder Legislativo y los estados miembros de la Federación llevan a cabo la ejecución de esas normas a través, fundamentalmente, de la administración pública regional y local.²⁷⁹

Tanto para el caso de los asentamientos urbanos como en el de la protección al ambiente, la Constitución usa el término “conurrencia” para describir la articulación competencial entre Federación, estados y municipios, lo cual justifica, a mi entender, que se hable de facultades “concurrentes” en la Constitución mexicana, a pesar del desacuerdo de algún sector importante de la doctrina.²⁸⁰

Lo que es indudable es que, en materias concurrentes o coincidentes, la Constitución ha querido que sean las autoridades de los tres niveles de gobierno las que tomen parte en su puesta en práctica; es decir, el

de diferentes esferas de gobierno sobre una misma materia, se convierten de forma natural y progresiva en la división orgánica de funciones del todo estatal”. Bolaños, B., “Presidencialismo y posmodernidad”, en VV.AA., *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, 1994, p. 117.

278 En este caso, las leyes del Parlamento federal necesitan ser “generales”, pues solamente desde la dialéctica generalidad-singularidad pueden comprenderse los términos legislación y ejecución. *Vid.* Cabo, Carlos de, “Estado social de derecho y ley general”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 23, 1994, p. 39.

279 *Vid.* artículos 83 a 91 de la Constitución alemana.

280 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 266, p. 255; Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 268, pp. 957-958.

Constituyente ha estimado que, por la trascendencia o la singularidad de determinadas materias, su regulación y ejecución no debe quedar en manos de un solo nivel gubernativo, sino que participen autoridades con competencias territoriales de distinto alcance; en consecuencia, la legislación del Congreso de la Unión debe prever un ámbito de participación de las autoridades locales y regionales, no meramente nominal, sino efectivo. La determinación del umbral en el que se ubica ese ámbito y de la efectividad de atribución federal de facultades a las entidades federativas y a los municipios es imposible determinarlas de forma general y *a priori*. Para su concreción, deben estudiarse los casos concretos y, en el supuesto de que se observara que las disposiciones federales nulifican la concurrencia que ordena la Constitución, podrían ser anuladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En Alemania, respecto de los casos en los que la Federación debe dictar disposiciones marco —enunciados en el artículo 75 de la Ley Fundamental—, se entiende que tales disposiciones no deben ser autosuficientes, es decir, deben estar hechas de tal forma que precisen de ser desarrolladas por la legislación de los *Länder*; “[...] al regular la correspondiente materia el legislador federal debe dejar abiertas cuestiones de cierta trascendencia a la normación por los *Länder*”.²⁸¹

C. Posibles conflictos normativos entre el derecho federal y el local

Una cuestión interesante es cómo deben resolverse los conflictos que se susciten entre el derecho federal y el local en los casos de las materias en que, como las enunciadas en el primer inciso arriba explicado, existe simultaneidad reguladora absoluta entre ambos ámbitos normativos o en aquellas otras en las que la legislación federal sirva de base para el desarrollo de normas locales.

En el primer caso, pueden coexistir dos normas válidas, dictadas cada una en ejercicio de las respectivas facultades constitucionales de sus órganos creadores, y de distinto ámbito espacial de validez (una local y otra federal); es importante subrayar la *validez* de ambas normas, porque, en el resto de conflictos normativos (o pseudoconflictos, como se verá más adelante) que puedan presentarse entre las normas federales y las estatales, no vuelve a estarse en presencia de dos normas válidas, sino de nor-

281 Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 643.

mas que han invadido su respectiva esfera material de normación y que, en consecuencia, son anulables por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No es éste el caso de que ahora se trata, puesto que, en el presente, es la propia Constitución la que faculta tanto al Congreso de la Unión como a las legislaturas locales a legislar —sin ningún otro matiz o sin ninguno lo suficientemente clarificador— sobre determinada materia.

Se impone una aclaración de principio, y es que en cualquier Estado compuesto, al margen de la forma de descentralización y diferenciación de tareas y funciones que se haya hecho en cada caso concreto, no puede prescindirse de un conjunto de criterios para la solución de los conflictos entre normas de distinto ámbito de competencia —material u orgánico—; para decirlo con más claridad, en palabras de Francisco Rubio Llorente,

no hay teóricamente [es decir, por razones de teoría, pero también, claro está, en la práctica] un sistema de delimitación territorial de competencias que pueda prescindir, en una forma u otra, de una “cláusula de prevalencia”, ni es imaginable un sistema de delimitación material de competencias que pueda funcionar en ausencia de una relación de rango.²⁸²

Dicho lo anterior, cabe constatar que las soluciones en el derecho comparado no son, ni con mucho, homogéneas. Así, por ejemplo, en la Constitución de Alemania se dispone como regla general que: “el derecho federal prima sobre el derecho de los *Länder*” (artículo 31);²⁸³ más adelante, la misma Constitución matiza que “en el campo de la legislación concurrente los *Länder* tienen competencia para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haga uso de su competencia legislativa” (artículo 72.1).²⁸⁴ En España, la Constitución establece que, en aquellas materias que no hayan sido asumidas por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos autonómicos, en caso de conflicto entre el derecho estatal y el autonómico, prevalecerá aquél “en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas” (artículo 149.3).²⁸⁵

282 Rubio Llorente, Francisco, “Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley”, en Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, p. 332.

283 La explicación de este precepto en Vogel, *op. cit.*, nota 238, pp. 631 y ss., y en Bülow, *op. cit.*, nota 194, pp. 732-733, entre otros.

284 Cfr. las demás reglas sobre legislación exclusiva y concurrente en los artículos 70 y siguientes de la misma Constitución.

285 Parejo, Luciano, *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, Madrid, 1981; Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, pp. 281-282, entre otros.

En México, en el eventual supuesto de que se produjera un conflicto normativo entre el derecho federal y el local en materias en que existe concurrencia o coincidencia absoluta, debe imponerse, como sucede en Alemania, el derecho federal, dotado de un poder normativo “más intenso” que el de las entidades federativas,²⁸⁶ aunque tal opinión no sea compartida por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, Tena Ramírez, quien rechaza que el sistema alemán sea aplicable a México; sin embargo, el autor parece referirse al caso de que efectivamente exista una distribución de materias, sin explicar cuál es la solución en el caso de las facultades concurrentes absolutas, puesto que se limita a señalar que, en caso de conflicto, debe prevalecer la norma que esté de acuerdo con la Constitución, con lo cual no se resuelve el problema planteado. En términos parecidos a los de Tena, Jorge Carpizo, sostiene que

en estos casos [que el propio Carpizo llama coincidentes y que define como aquellas materias en que “tanto la federación como las entidades pueden realizar por disposición constitucional y que coexisten”], aunque el contenido de las normas fuera opuesto, no hay problema, pues la legislación federal no priva sobre la local sino que coexisten y se aplicará una u otra disposición según el ámbito de validez de la norma y según el tribunal que la vaya a aplicar.²⁸⁷

En mi opinión, el punto de vista de Carpizo no resuelve el problema, puesto que, de aceptarlo, podría llegarse al absurdo de que no se aplicara una ley local que regulara una materia concurrente (aún en el caso de que no existiera en esa materia regulación federal), si se hiciera valer en un juicio de que estuvieran conociendo tribunales federales o viceversa, que no se pudieran hacer valer disposiciones federales referentes a materias concurrentes en juicios locales. En la práctica, los ejemplos concretos podrían ser relativamente abundantes.

De hecho, la solución creo que debe ser ligeramente distinta a la propuesta por Carpizo; es decir, en estas materias, en tanto no exista un

286 El concepto de “mayor intensidad” se toma de Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 67. Lucas Verdú señala incluso que la primacía del derecho federal sobre el local, respetando siempre las competencias constitucionalmente establecidas, es un “principio connatural al Estado federal”. Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 70, vol. II, p. 395; tal principio, además, “tiene vigencia, aunque no haya sido recogido expresamente, porque corresponde a la naturaleza del Estado federal”. *Ibidem*, p. 396.

287 *Vid.* Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 3a. ed., México, 1991, p. 22, nota 45, y Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 266, p. 256.

conflicto normativo (porque si existe, como ya se ha dicho, prevalece el derecho federal), todos los tribunales —de cualquier nivel y ámbito jurisdiccional— deben aplicar las normas que existan, sean federales o locales, puesto que todas ellas son válidas. Esto significa que, por lo menos los tribunales locales, aplicarán todas las normas que regulen materias concurrentes, aunque las haya creado el Congreso de la Unión²⁸⁸ y, además, que los tribunales federales deberán aplicar normas locales que traten sobre esas mismas materias, respetando siempre su ámbito territorial de validez (el de las normas, se entiende).

También en los casos en que sea el Congreso de la Unión el que establezca las bases de una determinada materia y las desarrollen las entidades federativas, debe imponerse el derecho federal, aunque por razones distintas de las del caso anterior. Aquí ya no estaríamos frente a dos normas válidas, sino frente a una norma subordinada lógicamente a otra, pues la legislación federal actuaría como NSP de la legislación local al haber dejado la Constitución libertad al legislador federal para configurar la concurrencia entre los distintos niveles de gobierno.

D. Las contradicciones en materias exclusivas

Si quisiéramos sintetizar todo lo anterior, podría decirse que el sistema federal respecto de las fuentes del derecho representa un deslinde competencial “material” entre la Federación y los estados, creando una doble pirámide normativa, para usar la gráfica concepción gradualística kelseniana del ordenamiento: por un lado, la “pirámide federal”, integrada por aquellas materias enumeradas en el artículo 73, incluyendo las facultades implícitas, y por otro, la “pirámide local”, compuesta por el resto de materias no atribuidas constitucionalmente a la Federación.

Por encima de ambas pirámides se encuentra, obviamente, la Constitución federal²⁸⁹ y entre ellas existen normalmente relaciones de “latera-

288 En Alemania, los tribunales de los *Länder* aplican tanto el derecho federal como el regional. Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 661.

289 Así lo reconoce expresamente el artículo 41 constitucional, párrafo primero, al decir que las Constituciones locales “en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”. La supremacía de la Constitución respecto al derecho federal y, en general, al resto del ordenamiento se encuentra recogida en el artículo 133 constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido lo siguiente: “CONSTITUCIÓN FEDERAL. Las constituciones particulares y las leyes de los Estados, no podrán nunca contravenir las prescripciones de la Constitución Federal”. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, octava parte, p. 131.

lidad”. El único punto constitucionalmente posible de unión o interferencia son las mencionadas facultades coincidentes o concurrentes.

Si por cualquier razón un sector de alguna de las dos pirámides invadiera la otra produciendo una aparente colisión normativa (se entiende que esto no se aplica a los casos en que existe coincidencia o concurrencia material), se estaría frente a una inconstitucionalidad competencial, y no debería aplicarse el criterio de la norma superior (*lex superior derogat inferiori*)²⁹⁰ o el de prioridad temporal (*lex posterior derogat priori*) como solución de la antinomia, sino el de competencia orgánica;²⁹¹ pues, en tal caso, alguna de las normas aparentemente colisionadas se habría dictado sin tener facultades constitucionales para ello.

En este supuesto, en realidad, ni siquiera puede producirse una “colisión” entre el derecho federal y el local, sino una simple extensión indebida de una de las dos órbitas, que tendría que ser reparada en su caso por el Poder Judicial federal, ya sea a través del juicio de amparo o a través del mecanismo de las controversias constitucionales del artículo 105, fracción I.

Hay que subrayar el hecho de que no se requiere que exista esa aparente colisión normativa para que una norma que exceda su radio competencial sea inconstitucional, pues, como recuerda Ignacio de Otto,²⁹² si la Constitución reserva a un determinado órgano una materia, basta para que exista una norma que invada tal competencia para que se produzca la inconstitucionalidad, sin que sea necesaria la existencia de la norma expedida por el órgano constitucionalmente competente que produzca la colisión con aquélla y con independencia de su contenido,²⁹³ al revés de

290 Como recuerda Díez-Picazo, el principio de jerarquía sólo opera allí donde hay identidad de materia. Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 245, p. 1,184. En Alemania, la regla de la prevalencia del derecho federal sobre el de los *Länder* que preve el artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn solamente se aplica cuando el correspondiente derecho federal es válido; esto implica que el Tribunal Constitucional, en caso de conocer de un presunto conflicto relativo al caso que se explica, debe primero que nada examinar si “la regulación federal en cuestión ha sido aprobada en ejercicio de competencias atribuidas y si materialmente es compatible con la Ley Fundamental”. Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 633.

291 *Cfr.*, además de lo expuesto en el apartado, “La distribución de materias y el principio de competencia”, Franco, Amedeo, “I problemi della completezza dell’ordinamento”, en Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 21, p. 151. El autor apunta que el criterio de competencia necesita estar plasmado en un texto normativo, es decir, es un criterio positivo, no lógico. *Vid.*, también, Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 48-49 y 66-67, entre otros. Para el caso de México, Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 232, pp. 502-504.

292 Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, p. 91.

293 Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 245, p. 1,185.

como sucede con el principio jerárquico, que sí supone la existencia de dos o más normas encontradas, cada una de distinto rango.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha corroborado en su jurisprudencia algunos de los extremos anteriores. Tal es el caso de la siguiente tesis:

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución, el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.²⁹⁴

E. La participación de las entidades federativas en los procedimientos federales de creación normativa

Al margen de la mayor cooperación o división de competencias que pueda existir entre las entidades federativas y la Federación, en la mayor parte de Estados federales aquéllas intervienen en algunas etapas de la creación de normas federales.²⁹⁵ Desde luego, intervienen de forma continua desde las Cámaras de representación territorial, como el Senado en México,²⁹⁶ pero también se les otorgan ciertas facultades específicas que les permiten contribuir con los poderes federales en el proceso de cambio e innovación del orden jurídico nacional.

En México, las entidades federativas tienen intervención en el procedimiento legislativo federal y en el procedimiento de reforma constitucional.

294 *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo I (materia constitucional), México, 1995, p. 185.

295 En general, es común en los Estados federales un cierto grado de influencia recíproca entre la Federación y las entidades federativas, como recuerda Vogel, *op. cit.*, nota 238, p. 636.

296 Cabe recordar que en México los senadores no son mandatarios directos de las entidades federativas, sino sus representantes, por lo cual no se encuentran sometidos a mandato imperativo alguno. Para el caso alemán, *ibidem*, p. 629.

De acuerdo con el artículo 71 constitucional, “el derecho de iniciar leyes o decretos compete: [...] III. A las legislaturas de los Estados”. Según el artículo 120 de la propia Constitución, los gobernadores locales deben publicar y hacer cumplir las leyes federales. Iniciativa de ley y publicación de las leyes federales son, pues, la facultad y la obligación que tienen las entidades federativas —a través de su Congreso local y de su gobernador— en el procedimiento legislativo federal.

Por su parte, el artículo 135 dispone que, para llevar a cabo una reforma de la Constitución, se requiere, además de la aprobación de dos terceras partes de los miembros del Congreso de la Unión, la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales.²⁹⁷ Esta facultad puede en el futuro tener gran relevancia política, como se ha dicho más arriba, si el partido que cuente con mayoría en el Congreso federal no gobierna también en la mayoría de las entidades federativas.

De momento, tal situación no se ha producido, por lo que, en la práctica, las entidades federativas han tenido un papel más bien testimonial en los procedimientos de reforma constitucional, limitándose a cumplir con la formalidad exigida por el artículo 135, sin debatir las respectivas iniciativas de reformas —y sin presentar iniciativa alguna, desde luego—, ni agregarles cambio alguno a los textos aprobados por el Congreso de la Unión.

3. *El caso del Distrito Federal*

El caso del Distrito Federal es distinto al de las entidades federativas en cuanto al reparto competencial. Antes de 1993, todo lo relativo al Dis-

297 La participación de las entidades federativas en el procedimiento de reforma constitucional es una característica específica del Estado federal; Lucas Verdú, *op. cit.*, nota 70, vol. II, p. 362, aunque en otros tipos de Estado los entes regionales también participan en la reforma constitucional. Por ejemplo, en España, las comunidades autónomas tienen tres momentos para participar en ese procedimiento de creación normativa: a) pueden remitir a la Mesa del Congreso de los Diputados iniciativas de reforma constitucional para que pueda ser tomada en cuenta (artículos 166 y 87.2 de la Constitución española, y 126 y 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados); b) pueden provocar una convocatoria a referéndum para la aprobación de una reforma, agrupando para tales efectos a una décima parte de los miembros del Senado (porcentaje que equivale a poco más de la mitad de los Senadores designados por las propias comunidades autónomas), y c) pueden hacer valer los límites de la reforma constitucional para forzar a realizar una reforma por la vía dificultada del artículo 168, si se considerara que con tal reforma se afecta el núcleo esencial de la autonomía consagrado por el artículo 2o. de la Constitución. Sobre todos estos extremos, *cfr.* Trujillo, Gumer-sindo, “Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado”, *Documentación Administrativa*, Madrid, núms. 232-233, octubre de 1992-marzo de 1993, p. 113 y, sobre todo, Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85.

trito Federal era competencia del Congreso de la Unión en funciones de órgano legislativo local; pero, a partir de ese año, la Constitución introdujo un órgano representativo propio para ese territorio, que alteró el reparto competencial hasta entonces vigente,²⁹⁸ reformado de nuevo en 1996.²⁹⁹

El artículo 122, base primera, fracción V, constitucional enlista una serie de materias sobre las que puede legislar la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En el resto de materias, la competencia corresponde al Congreso de la Unión, pero no como órgano legislativo federal, que llevaría aparejado que sus facultades fueran las que enuncia el artículo 73 y ninguna otra, sino como órgano productor de legislación local con competencia abierta a cualquier materia³⁰⁰ salvo, obviamente, las que corresponden a la Asamblea (artículo 122, inciso A, fracción I).

298 Algunas cuestiones en torno a dicha reforma pueden verse en Cárdenas, Jaime F., "Reflexiones sobre la reforma política al Distrito Federal", *Actualización Jurídica*, México, 1994, pp. 21 y ss.; sobre la doble naturaleza del Congreso de la Unión como órgano federal y como órgano local, *vid.* Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 231, p. 644.

299 *Diario Oficial de la Federación* del 22 de agosto.

300 Al respecto, la Suprema Corte sostuvo, antes de las reformas de 1993 y 1996, la siguiente tesis: "CONGRESO DE LA UNIÓN. ÁMBITOS DE COMPETENCIA LEGISLATIVA DEL. Nuestra organización constitucional señala al Congreso de la Unión una doble competencia legislativa, que comprenden por una parte la normación general para todo el país y que es la propiamente federal, y por la otra, la relativa al Distrito y territorios federales, que es de índole local y se asemeja a la que corresponde a las legislaturas de los estados. Cumple al Congreso de la Unión respetar los límites de sus dos ámbitos, de manera que no podría ejercitar sus facultades de legislador local invadiendo su propia esfera federal, ni viceversa, todo ello de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución, que delimita la zona reservada a cada jurisdicción". *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. 80, p. 18.