

FEDERALISMO Y FE PÚBLICA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

José BARRAGÁN BARRAGÁN

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *El federalismo y sus interpretaciones*. III. *Lo federal como sistema para distribuir el poder*. IV. *Examen particular del artículo 124*. V. *Sobre el régimen constitucional de la fe pública*. VI. *Algunas conclusiones*.

I. PRESENTACIÓN

El propósito de este trabajo consiste en tratar de precisar cuál es el régimen constitucional previsto para la fe pública. Para su determinación, por un lado, vamos a partir del principio federalista, que es la forma adoptada por nuestro país; apoyándonos, por otro lado, y como es natural, en el principio federalista contenido en el artículo 124 del texto constitucional en vigor.

La aplicación del principio federalista al tema de la fe pública, como ocurriría con su aplicación a cualesquiera otras materias recogidas en la Constitución, no resulta fácil ni está exenta de controversias. Esto se debe a que dicho principio federalista es susceptible de ser interpretado de muy diversas maneras. Por tanto, es preciso explicar, primero, cómo se entiende dicho principio para nuestros propósitos, para, en un segundo momento, examinar su efectiva aplicación a la fe pública.

Algo parecido ocurre con la interpretación del enunciado del artículo 124 del texto en vigor. Este artículo dice que las facultades que no estén expresamente encomendadas a los funcionarios federales se entenderán reservadas a los estados.

Como se aprecia, se trata de un principio indispensable para hacer una correcta distribución de las facultades asignadas tanto al orden federal

cuanto al orden interno de las entidades locales. Sin embargo, al existir diversas interpretaciones sobre el significado y el alcance de este enunciado federalista, también es conveniente explicarlo brevemente, a fin de poderlo aplicar con corrección al tema que nos ocupa de la fe pública.

Una vez hechas estas explicaciones, el trabajo se facilita, pues basta con ir leyendo con cuidado cada uno de los artículos de la Constitución para ir, casi de manera automática, haciendo una correcta y precisa distribución de dichas facultades, lo que, a su vez, facilitará el trabajo de precisar cuál es realmente el mencionado régimen de la fe pública, tanto en las áreas de la Federación cuanto en las áreas de la soberanía interna de los estados y, en su caso, del mismo Distrito Federal.

Por tanto, para seguir un cierto orden, en primer lugar, vamos a explicar el significado y el alcance que tiene el principio federalista en México, haciendo un planteamiento general sobre el particular; en segundo lugar, pasaremos al examen del enunciado del artículo 124; y, en tercer lugar, concretaremos nuestro estudio sobre el régimen de la fe pública en México.

II. EL FEDERALISMO Y SUS INTERPRETACIONES

1. *Presentación de las diferentes doctrinas*

Hablando en general de la doctrina o de las doctrinas sobre el federalismo, podemos apreciar la existencia de dos grandes tendencias: por un lado, tenemos a los autores que consideran al federalismo como una forma de Estado, de manera que para estos autores la Federación es, para todos los efectos, un Estado, es decir, es el Estado federal frente a la presencia de otros estados, miembros de la Unión de que se trate y frente a terceros países.

Como bien sabemos, dentro de esta gran corriente se adoptan diversas posiciones, algunas muy extremas y excluyentes, ya que el tema de la soberanía queda atrapado en medio de los extremos: así, para quienes sostienen la existencia de una sola idea de la soberanía, por un lado, se la atribuirán al Estado federal, negándola, al mismo tiempo, a los estados miembros, que sólo serían autónomos. Pero, por otro lado, hay quienes sosteniendo la misma idea sobre la soberanía única, se la atribuyen a los estados miembros, negándosela, al mismo tiempo, al Estado federal. He

aquí dos posiciones extremas, capaces de provocar en los Estados Unidos la guerra de secesión.

Y, entre estos extremos, se mueven otras muchas tesis, como la que admite el que ambos estados sean soberanos, teniendo todas como elemento de coincidencia, lo repetimos, la consideración de lo federal como una forma de Estado.

Como veremos en seguida, en México predominan, con mucho, las doctrinas que consideran lo federal como una forma de Estado, y concluyen que la soberanía corresponde por necesidad de razón al Estado federal, y que las entidades locales solamente gozan de autonomía.

Por fortuna, el texto vigente de la Constitución mexicana, al igual que los textos históricos relativos, dice que lo federal es una forma de gobierno, y, como tal, se traduce en un simple, pero importantísimo, principio para distribuir el poder público en las diversas áreas, reconocidas por la Constitución, a saber: el área federal, el área interna de los estados y, con frecuencia, también se menciona el área municipal.

2. *Lo federal como forma de Estado*

Tomemos el manual de derecho constitucional que tengamos a la mano, y veamos cómo, por regla general, al estudiar el federalismo invariablemente se hace al amparo de un capítulo que habla de las formas de Estado.

Se nos dice muy explícitamente que existen estados unitarios y estados federales, y se insiste en que la base de esta clasificación no es otra más que la misma contraposición de una y otra clase de Estado. Así, lo federal, en sentido estricto, para estos autores, es una simple forma de Estado. Es decir, la Federación es un Estado, es el Estado federal. Veamos.

Ignacio Burgoa, en su libro *Derecho constitucional mexicano*,¹ en cualesquiera de sus muchas ediciones; por ejemplo, en la séptima edición de 1989, estudia el tema del federalismo en el capítulo quinto, que intitula “Las formas de Estado”; aquí se ocupa del federalismo mexicano a partir de la página 421.

Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, igualmente conocidos, han escrito muchas páginas sobre derecho constitucional. Por ejemplo, veamos lo

¹ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, 1989, cap. V, pp. 401-464.

que señalan en su *Derecho constitucional*, un manual editado por el Instituto Federal Electoral en 1993, en la página 91, bajo el epígrafe de 1.4 “El régimen federal”, donde dicen textualmente:

El artículo 40 constitucional expresa que México es un Estado federal y que dicho Estado está constituido por estados libres y soberanos; pero unidos en una sola Federación. La tesis que asienta nuestro precepto constitucional es la teoría de Tocqueville, es decir, la cosoberanía: tanto la Federación como los estados miembros son soberanos.²

A continuación los autores mencionados se refieren a las contradicciones aparentes entre el artículo 40 y el 39, ya que el primero admite la *cosoberanía*, mientras que el segundo la rechaza, al precisar que nada más hay una soberanía, y es la que reside en el pueblo. ¿Cómo resuelven los autores citados esta contradicción? Muy sencillo: concluyendo en que *las entidades federativas no son soberanas, sino autónomas*. Más adelante los autores completan su planteamiento asegurando que “La regla para la distribución de competencias en el Estado federal mexicano sigue el principio norteamericano”.³

Los citados son meros ejemplos, suficientes, sin embargo, para apreciar la crudeza de su planteamiento, el cual no reconoce ni siquiera los términos empleados, desde la creación del Estado federal mexicano en 1824, por la Constitución de estados libres independientes y soberanos, para dejarlos en una mera autonomía. Pueden más las doctrinas que los enunciados constitucionales.

3. *Lo federal como forma de gobierno*

Sin embargo, no todos los autores siguen esta misma doctrina de los maestros citados. Felipe Tena Ramírez,⁴ por ejemplo, mantiene una teoría diferente, pues para él, el federalismo mexicano *es ante todo un fenómeno histórico*, que debe ser examinado de manera particular tomando en cuenta la forma en que fue adoptado por México. Igualmente insiste en que se trata de un sistema “de distribución de facultades entre los dos órdenes

² Véase Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, Instituto Federal Electoral, 1993, p. 91.

³ *Idem*.

⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 27a. ed., México, 1993.

(llamado el uno federal por antonomasia y el otro regional o local)”. Más adelante, en la nota 29 de la página 126, precisa que: “Para nosotros, el reparto de competencias, es decir, una distribución clasificada de facultades entre órganos de poder, de ninguna manera cabe entenderlo como un fraccionamiento de la entidad sociológica llamada nación ni del orden jurídico nacional que a ella corresponde”.⁵

De manera que para el maestro Tena Ramírez el sistema federal, como nos dice en otro párrafo, no es sino una forma de gobierno, una técnica para organizar los poderes público. Por esta razón, le dedica todo un capítulo al examen de esta materia, intitulado “La forma de gobierno”.⁶

Nosotros hacemos nuestro el planteamiento de Tena Ramírez y lo tomamos como base de estas reflexiones. Creemos que es un planteamiento muy firme, entre otras cosas, porque todos los enunciados legales que existen al respecto dicen que lo federal en México es una forma de gobierno, sin que, por otro lado, exista texto alguno legal que autorice a calificarlo como una forma de Estado. Veamos con detenimiento este planteamiento, haciendo referencia a los hechos históricos, en primer lugar, para, en segundo lugar, examinar las formas jurídicas.

A. *Los hechos históricos*

Los hechos mandan. En las clases de filosofía nuestros maestros acostumbraban a recordarnos el peso del viejo aforismo: *contra facta non sunt argumenta*: es decir, en contra de los hechos no existen los argumentos. Los hechos no se demuestran por los sistemas de la argumentación. Los hechos se explican y se reconocen.

Nosotros, en varios de nuestros libros, hemos tratado precisamente de explicar los hechos que dan nacimiento al federalismo mexicano, como: *Introducción al federalismo mexicano: la formación de poderes en 1824*;⁷ *Principios sobre el federalismo mexicano*, *El pensamiento federalista mexicano: 1824*, *Historia del Senado*, en tres tomos, de los cuales somos autores del tomo primero, relativo al proceso de creación de la institución

⁵ Estamos citando su conocido Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, p. 126.

⁶ *Ibidem*, pp. 101-124.

⁷ Barragán Barragán, José, *Introducción al federalismo mexicano: la formación de poderes en 1824*, México, UNAM, 1978 y reimpreso por la Universidad de Guadalajara en 1994.

aparentemente más federalista,⁸ editado por la misma H. Cámara de Senadores.⁹ Además, han aparecido muchos otros artículos siempre sobre estos mismos temas, tanto para publicitar documentos cuanto para explicar los procesos mismos, todos de carácter histórico.

Nadie, que conozca medianamente el periodo histórico que va desde 1810 hasta 1824, se atrevería a sostener la mentira, que recogen muchos libros, de que el federalismo mexicano es exactamente igual al federalismo norteamericano, salvo en que ellos por el federalismo se unieron, y México por el federalismo se desunió. Y no se atrevería a sostener esa mentira, por la sencilla razón de que no existe ningún hecho, absolutamente ninguno, acaecido durante esa larga etapa de 1810 a 1824, que se parezca en nada a los hechos sucedidos en Norteamérica durante su proceso de independencia y de formación federalista.

Porque los hechos son diferentes, el federalismo mexicano no se parece en nada al federalismo norteamericano. Por esta misma razón, los estudios, tan preciosos y abundantes sobre el federalismo estadounidense, no necesariamente sirven para, sin más miramientos, explicar el federalismo mexicano. El mismo Tena Ramírez, incluso al referirse al ejemplo norteamericano, insiste en la importancia del factor histórico a fin de ver cómo se adapta a México dicho federalismo.¹⁰

Vaya como ejemplo la institución del Senado, cuyo proceso de formación nosotros hemos estudiado con el detenimiento necesario y el manejo de la fuente histórica correspondiente para concluir, como lo hacemos en el libro que acabamos de reseñar, que no se guarda relación alguna con la institución norteamericana, más allá del uso del mismo nombre y el hecho de haberse resuelto que fueran dos los representantes de los estados, sistema vigente hasta que recientes reformas han aumentado el número total de senadores a 128: dos electos por el voto directo; un tercero electo a favor de la primera minoría partidaria; mientras que los 32 senadores restantes serán electos según el principio de representación proporcional mediante el sistema de listas votadas en una sola circunscripción plurinominal nacional.

⁸ Otras obras del mismo autor, *Principios sobre el federalismo mexicano*, México, Departamento del Distrito Federal, 1984; Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 1984; *Historia del Senado*, México, Cámara de Senadores, 1987, t. I.

⁹ Este mismo libro fue publicado de manera independiente con el título *Proceso histórico de formación del Senado mexicano*, México, 2000.

¹⁰ Véase, *Derecho constitucional mexicano, cit.*, nota 3.

Otro ejemplo puede ser el del proceso de creación y, lo que es más valioso, el funcionamiento, durante más de un cuarto de siglo, de la Suprema Corte de Justicia, a la cual se le habilitó para que sustituyera a la vieja Audiencia virreinal de la ciudad de México; o el hecho de que su primer reglamento fue uno de 1813, dictado para el Supremo Tribunal de la Constitución española de 1812.¹¹

El parecido, por citar un ejemplo más, entre el presidente mexicano del Acta Constitutiva y Constitución de 1824, o el de 1857, o el de 1917, con el rey de la Constitución de 1812, es más que casual, es literalmente el mismo.¹²

Pueden citarse muchísimos otros ejemplos. No hay nada parecido a Iturbide en la historia de Estados Unidos. Pues bien, guste o no guste, Iturbide proclamó y consumó la independencia; con Iturbide se abrigó por unos instantes la idea del Gran Anáhuac, que iría desde Nuevo México al norte hasta la frontera con Panamá al sur. Para ello se convocó al llamado Primer Constituyente mexicano, integrado con representantes de toda esa inmensa, rica y variada extensión de tierras. El último diputado centroamericano que pidió permiso para retirarse de aquel Congreso fue José Cecilio del Valle, hondureño, gracias al cual se negoció la abdicación de Iturbide, su salida pacífica de la capital del país y su destierro a Londres.¹³

¹¹ Para una mejor comprensión de este tema recordemos que dicha audiencia virreinal había sido creada desde los tiempos de Hernán Cortés, pues su primera encomienda fue la de tomarle el juicio de residencia al propio conquistador. Recordemos, además, que la Suprema Corte mexicana sencillamente asumió las funciones de audiencia para el Distrito Federal y territorios federales, aplicando las leyes históricas coloniales, entre otras las Siete Partidas y las leyes expedidas por las Cortes españolas de Cádiz. Véase un estudio pormenorizado en Barragán, José, “El proceso de creación de la primera Suprema Corte de Justicia”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, vol. 1, pp. 15-74.

¹² Véase Martínez Sospedra, Manuel, “El rey en la Constitución de Cádiz: una monarquía presidencialista”, *Revista Estudios* del Departamento de Historia Moderna de la Facultad de Filosofía, Zaragoza, España, 1975, pp. 225-252.

¹³ Para un seguimiento detallado de los sucesos que se producen desde la Declaración de Independencia, hecha por Iturbide, en 1821, hasta la Constitución del 4 de octubre de 1824, véase Barragán, José, *Introducción al federalismo: la formación de los poderes en 1824*, cit., nota 7; así como la colección de *Actas constitucionales mexicanas 1821-1824*, preparadas por el mismo autor, 10 volúmenes, edición de 1980 por la UNAM, México; en esta colección están los diarios y actas de las sesiones de la Soberana Junta Provisional Gubernativa de 1821, del primer Congreso Constituyente Mexicano de 1822; de la llamada Junta Nacional Instituyente de finales de 1822 y principios de 1823 y del segundo Congreso Constituyente Mexicano de 1823-1824.

¿Qué parecido guardan estos hechos, narrados en cualquier libro de historia, con los hechos acaecidos en los Estados Unidos?

Y entre estos hechos, protagonizados por Iturbide, el Congreso disuelto por Iturbide, primero; el Acta de rebelión de Casa Mata contra Iturbide y otra vez el Congreso reinstalado, nace el movimiento hacia el federalismo mexicano.

Digámoslo otra vez: el federalismo mexicano, como proceso histórico, se inició el primero de febrero de 1823, que es la fecha del Acta de Casa Mata, y comenzó este movimiento por la propia fuerza interna de todos y de cada uno de los puntos de dicha Acta, que no era otra cosa más que un ultimátum a Iturbide, y una especie de programa críptico que sólo la historia tenía que descifrar de todos y cada uno de los pasos del proceso de formación del federalismo mexicano.¹⁴

Efectivamente, todo se reduce a hechos históricos sencillos de narrar: entre los puntos del Acta de Casa Mata estaba el de la inmediata reinstalación del primer Congreso Constituyente, disuelto por Iturbide a fines de octubre de 1822. La reinstalación tuvo lugar el 7 de marzo de 1823, como se dice en su *Diario de Sesiones*.¹⁵

También se exigía, en la misma Acta de Casa Mata, el que este Congreso, recién reinstalado, procediera a convocar a una nueva asamblea constituyente.¹⁶

He aquí la gran paradoja: el Congreso reinstalado no quiso acatar, en principio, este punto del Acta de Casa Mata y precisamente por oponerse a elaborar la mencionada convocatoria, procedieron varias diputaciones provinciales, primero, a negarle el apoyo y la obediencia a Iturbide por haber disuelto al Congreso; segundo, a adherirse al Acta de Casa Mata;

¹⁴ Véase el estudio detallado de estos hechos en Barragán, José, *Introducción al federalismo: la formación de los poderes en 1824*, pp. 113 y ss.

¹⁵ Una de las mejores fuentes de información de todos estos hechos son precisamente los libros de *Actas y Diario de Sesiones*, que nosotros hemos reimpreso facsimilamente en 1980 a través de la UNAM, bajo el título de *Actas constitucionales mexicanas: 1821-1824*, de los cuales se han reimpreso 10 volúmenes.

¹⁶ Este proceso histórico, además de encontrarse suficientemente documentado, fundamentó sus pretensiones políticas en las doctrinas de la escuela jurídica española sobre la *communitas perfecta et integra* y su capacidad para autodeterminarse soberanamente. Véase cómo se produce el proceso de formación del estado de Jalisco, o el de Zacatecas en nuestro libro *Introducción al federalismo...* el caso de Jalisco en p.147; el de Zacatecas en p. 165; el caso de Oaxaca, p. 139. En todos estos casos, el respectivo constituyente declaró, como propia y provisional, a la Constitución de Cádiz de 1812.

tercero, procedieron a reunirse en Puebla, a fin de elaborar ellas mismas la referida convocatoria; cuarto, ante la negativa del Congreso para autodisolverse, le retiraron su obediencia; y quinto, varias de estas diputaciones provinciales iniciaron un proceso interesantísimo de autotransformación en estados libres independientes y soberanos.

Estos hechos, es decir, todos los hechos relativos al proceso de autotransformación de las diputaciones provinciales en estados son, no sólo maravillosos, sino que en nada, absolutamente en nada, se parecen a los hechos sucedidos entre las colonias norteamericanas y su proceso de federación.¹⁷

Lamentablemente estos hechos aún son muy escasamente conocidos. Por ejemplo, apenas sabemos que ese proceso se inició con una consulta a los municipios, preguntándoles cuál era su voluntad al respecto, como se hizo en lo que era la Nueva Galicia, y en la región yucateca, y en Oaxaca; pero también en Quetzaltenango, Guatemala, y León, Nicaragua.

Incluso, para comparar el hecho y resaltar la importancia de los cabildos abiertos del municipio colonial, como se hizo años antes en Santa Fe de Bogotá, en Neiva o Mariquita, cuyos cabildos iniciaron un interesantísimo movimiento de autotransformación libre y soberana dictándose sus propias Constituciones municipales.¹⁸

En suma, nuestro federalismo se consolida con el voto favorable de los municipios para la transformación de regiones enteras en estados libres

¹⁷ Una prueba de esta diferencia es precisamente la continuidad de las instituciones coloniales y gaditanas: la Diputación Provincial se declara, al ser separada de Madrid, en libre e independiente de cualquiera otra diputación, y promueve la transformación de su territorio y de sus instituciones en Estado; la Audiencia se transforma en Tribunal Superior; el jefe superior político se convierte en gobernador, al grado que el último jefe superior pasa a ser nombrado gobernador provisional; los ayuntamientos no cambian nada, incluso son ellos, los ayuntamientos, los que, en consulta formal, resuelven transformarse en un estado, como sucedió en Jalisco, Zacatecas o Yucatán. Nada, absolutamente nada, guarda semejanza, ni relación remota, con los hechos y las instituciones del país vecino de Norteamérica.

¹⁸ Para el estudio del proceso de autodeterminación en libres, independientes y soberanas de las provincias, así como respecto del proceso de autodeterminación de algunos municipios hasta el punto de darse su propia Constitución, como el de Leiva, o el de Mariquita, en lo que era el Reino de la Nueva Granada, véase el acta de confederación del 27 de noviembre de 1811 de Santa Fe de Bogotá, en "Congresos de las provincias unidas", *Biblioteca de Historia Nacional*, vol. XXIII, recopilación de Eduardo Posada, Imprenta Nacional, Bogotá, 1924, pp. 1 y ss.

independientes y soberanos, dando nacimiento a los estados de Jalisco y de Zacatecas; lo mismo que a Yucatán y Oaxaca; al igual que nacieron los países centroamericanos. Todos nacen a partir de junio de 1823, mucho antes de que se reuniera el segundo Congreso Constituyente, el cual comenzó sus sesiones preparatorias el mismo día 30 de octubre, en que se estaba autodisolviendo, contra su voluntad, uno de los Congresos más esforzados de la historia parlamentaria de México, su primer Constituyente.¹⁹

En esta sucesión de hechos, y nada más que de hechos escuetos, provistos de su propia etiología, que en nada se parece a la etiología que provocó la formación del federalismo norteamericano, está la separación definitiva de Centro América. Separación de la idea del gran imperio iturbidista.

Y está también, por otro lado, la posición entendible de otras varias diputaciones provinciales, que se opusieron siempre a la idea federalista, hasta que el segundo Constituyente les ordenó su inmediata transformación en estados, al expedir al efecto una hermosa convocatoria, a fin de poder estar en condiciones de aprobar, con las solemnidades del caso, el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824.

He aquí, citados como ejemplos, los hechos que llevaron a Centro América a ser lo que comenzaron a ser desde 1823; que llevaron a México al federalismo. No los olvidemos. Mucho menos los despreciemos, diciendo cosas tan extremadamente inexactas, como aquella de que el federalismo mexicano es una nueva creación de la Constitución; o aquella otra de que la soberanía estatal no debe tomarse en serio, porque a lo sumo los estados son autónomos.

Si los enunciados constitucionales, como los que hablan de los más sagrados principios, entre los que está el de la soberanía (artículo 39); el de la existencia de estados libres independientes y soberanos (artículos 40 y 49), a muchos les suenan a palabras huecas e insinceras, ello no es debido a que los hechos históricos hayan perdido su vigencia, sino a que todos los demás enunciados, como los relativos a los derechos humanos, son igualmente palabras huecas, por causas ajenas también a los anhelos del pueblo mexicano, o por causas históricas, que tienen su propia y peculiar explicación, muy relacionada, por cierto, con el presidencialismo,

¹⁹ Véase el estudio pormenorizado de estos procesos en Barragán, José, *Introducción al federalismo*, cit., nota 7, pp. 115 y ss.

uno de los fenómenos más perturbadores del federalismo mexicano y de toda la vida nacional.

La autoconstitución en estado libre independiente y soberano de Jalisco, en junio de 1823, o la del estado de Zacatecas, la de Yucatán o Oaxaca, por mencionar algunos ejemplos, que pertenecen a las mismas fechas, es algo más que un formalismo de papel, sobre todo si recordamos que Jalisco y Zacatecas le hicieron frente con sus fuerzas al ejército, que desde el centro se despachó para “sofocar su rebelión”, vencéndolo, aunque esta batalla se haya llevado a cabo sobre una mesa de negociaciones en Lagos de Moreno.

Todavía, en este brevísimo repaso de acontecimientos históricos, debemos aquí recordar cómo existe una continuidad, no sólo de la legislación expedida por las Cortes españolas de 1810-1813, y con ella la pervivencia de algunas instituciones políticas, como sucede con la figura del jefe superior político, sino también la persistencia de instituciones coloniales, según sucede con la audiencia y la institución municipal.

Por ejemplo, respecto de la supervivencia de la legislación gaditana, podemos remitir al lector al primer tomo de la conocida colección de leyes de los autores Dublán y Lozano, en donde vienen muchas de estas disposiciones, porque, según se aclara en la introducción, o advertencia, están aplicándose todavía en el México de entonces; asimismo, podemos recordarle al lector, que apareció en la imprenta de Galván, en 1829, un tomo consagrado a recopilar aquellas leyes españolas que se declararon vigentes después de consumada la independencia.

Respecto de la pervivencia de la figura del Jefe Superior Político, podemos mencionar que existen varios casos en donde solamente se produce el cambio de nombre, llamándolo ahora gobernador del estado, pero sin que se produzca ni siquiera un cambio en la persona que estaba desempeñando dicho encargo: así vemos que Quintanar, que es el último jefe superior político de lo que fue la Nueva Galicia, continuará desempeñando las mismas funciones, pero ahora por virtud de un decreto del Congreso Constituyente del estado, con el nombre de gobernador. Esto mismo le sucedió a Múzquiz en el estado de México.

Continuando con estos ejemplos, debemos recordar que las audiencias, en los lugares en donde las había, sencillamente se transformaron en los nuevos tribunales superiores de los estados. Sobra advertir que la institución municipal siguió subsistiendo, no sólo en México, sino en todos los territorios de las antiguas colonias españolas.

B. *Las formas jurídicas*

No menos decisivos para el proceso federalista mexicano que los hechos históricos, brevemente ejemplificados en las páginas que anteceden, fueron y son las formas jurídicas, pero vistas, no con miopía, sino como lo que fueron y son realmente: como hechos históricos también.

Una Constitución, como la vigente de 1917, o como la de 1857 y la anterior de 1824, independientemente de su valor formal, el valor que privilegia Kelsen, por así decirlo, tiene otros valores, como pueden ser los históricos, los políticos y los sociales. Una Constitución, decía nuestro querido maestro, Diego Sevilla Andrés, es hija de su tiempo.

Más aún, nosotros afirmaríamos con otro de nuestros maestros en Valencia, Diez Picazo, y con otros muchos destacados juristas, como el mexicano Rolando Tamayo, que la Constitución de un pueblo está vinculada con su vida real, con su organización real, con su comportamiento histórico, aun en los casos en que ni siquiera dicho pueblo se haya podido dar un documento formal.

El propio Rolando Tamayo, que no es nada sospechoso de antikelseniano, ha estudiado estupendamente esta temática en su libro *Introducción al estudio de la Constitución*, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1989, fecha del libro que tenemos a la vista.

La norma jurídica, como regla general, es posterior a los fenómenos históricos: los filósofos suelen comentar que *primum est esse quam taliter esse* esto es, la existencia es primero que el ser de una determinada forma, lo cual, llevado al área jurídica, significaría que la existencia del hombre es anterior a las normas por las que se va a conducir.

En otras palabras, si bien es muy cierto que algunos territorios federales fueron creados desde la voluntad del poder revisor de la Constitución, otros muchos han tenido su existencia y su forma peculiar de ser, esto es, su existencia con todas y cada una de sus prerrogativas de libertad, independencia y soberanía, con bastante antelación a la existencia de la norma general.

Así pues, la forma jurídica, que fue la primera en el tiempo en este proceso histórico de formación del federalismo mexicano, tal vez fue el voto del primer Congreso Constituyente aceptando que hubiera una Federación, que era lo exigido por algunas diputaciones, ya constituidas en estados, y algunas otras que estaban en proceso de su autotransformación. Este voto lleva fecha del día 12 de junio de 1823, y decía: “El soberano

Congreso constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha tenido a bien acordar que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de su soberanía por el sistema de república federada, y que no lo ha declarado en virtud de haber decretado se forme convocatoria para nuevo Congreso que constituya la nación”.

Otras formas jurídicas, muy importantes, fueron las limitaciones expresas y terminantes puestas sobre el pliego de poderes con que llegaron muchos diputados al segundo Congreso Constituyente Mexicano, el cual inició sus sesiones preparatorias el 30 de octubre de 1823 y se declaró legítimamente instalado el 7 de noviembre del mismo año.²⁰

Las limitaciones en cuestión decían sencillamente que tales señores diputados nada más tenían poder de representación para constituir al país bajo la forma de una Federación. No podían ser más categóricas estas limitaciones.

En Yucatán la limitación fue impuesta por el mismo Congreso Constituyente, por decreto del 11 de septiembre de 1823, cuyo artículo 2o. decía:

Artículo 2. Que verificada la elección se autorice a los diputados electos con el poder, cuya fórmula prescribe la citada convocatoria, incluyendo en él, como cláusula esencial pronunciada por la voluntad general, la de que sólo pueden constituir a la nación en forma de gobierno republicano, representativo y federal.

En Michoacán o Valladolid, las limitaciones fueron decretadas por su junta electoral bajo la denominación de *Instrucciones*, de manera que su artículo 1o. decía lo siguiente: “Artículo 1. La provincia de Valladolid está toda pronunciada expresa y terminantemente por el sistema de gobierno popular representativo federado, y bajo de esta forma y no de otra alguna quiere y debe ser constituida”.

Las limitaciones impuestas por Jalisco y Zacatecas, que para estas fechas estaban ya constituidos en estados libres independientes y soberanos, se fijaron, entre otros documentos, en el convenio celebrado en Lagos de Moreno con los comisionados del general Bravo el 10 de agosto de 1823, en donde leemos textualmente:

²⁰ Para un estudio de estas limitaciones véase Barragán, José, *Introducción al federalismo*, pp. 153 y ss.

Los artículos adicionados de la ley de convocatoria señalados con los números 1o. y 2o. deben quedar en todo su vigor y fuerza, para que los diputados del futuro Congreso no puedan constituir a la nación como entiendan que le conviene; sino bajo el sistema de república federada conforme a su voluntad general.

Notemos bien cómo en todos estos documentos se habla de lo federal siempre bajo la idea de forma de gobierno, incluido el documento yucateco, en donde pareciera que en lugar de una federación se estaba inculcando una confederación de estados.

Con todo, el ejemplo más explícito y de mayor relevancia no puede ser otro sino la forma jurídica llamada Acta Constitutiva de la Federación, del 31 de enero de 1824. Sin duda, la forma jurídica más importante de todas, la más solemne, la de mayor rango dentro de la jerarquía normativa, anterior en el tiempo y formalmente superior a la Constitución que luego vendría (el 4 de octubre de 1824) y que debía acomodarse al Acta. No en vano en la breve exposición de motivos con que se presentó al pleno el proyecto de Acta se decía que: *primum est esse quam taliter esse*; esto es, antes que todo, debía formalizarse el acto de la existencia misma de la Federación que el discutir (lo que se hará en el proyecto de Constitución) los detalles específicos de la organización y funcionamiento de dicha Federación, siguiendo los principios del acta fundacional.

Esta Acta, que se presenta bajo la forma de una Constitución abreviada, es nada más y nada menos que el pacto de federación. Es un documento por medio del cual se formaliza la voluntad de los estados, que ya existían con anterioridad, de constituirse bajo la forma de una federación.

Antes de esta Acta no había federación. Más aún, casi diríamos que no había ni nación, toda vez que la gran geografía del intento de imperio iturbidista, desde Nuevo México hasta la frontera con Panamá, estaba en proceso de definición; Chiapas, por ejemplo, tomó su rumbo hacia la mexicanidad a fines de 1823.

Por ello, el federalismo mexicano, al contrario de lo que se afirma, unió lo que quedaba de una inmensa extensión territorial en descomposición política completa y que tan sólo tuvo, como ideal, la creación de un fabuloso imperio, que Iturbide no supo consolidar.

La Federación, en cuanto acuerdo o pacto de voluntades, nació con el Acta Constitutiva, como sucede con todas las entidades, que el derecho crea como personas morales. Pero no nace la nación mexicana ni el Estado mexicano por virtud de esta Acta.

La nación mexicana o el Estado mexicano no es producto del Constituyente que aprueba el Acta, sino que es producto de hechos y decisiones políticas de diversa naturaleza: la nación mexicana tiene su propio proceso histórico de formación, que comienza con las actas de independencia, pues hubo varias en esa región del gran Anáhuac de 1821; con la reunión del primer Constituyente y el intento de formar un gran imperio; pero también con el proceso de desincorporación del referido ideal imperial por parte de las mismas diputaciones provinciales, que lo intentaron formar, dando pie a los procesos de formación de estas diputaciones en estados libres y soberanos, tanto por el rumbo de Centroamérica cuanto por el rumbo del altiplano y el extremo norte.

A nosotros, pues, nos queda muy claro que el proceso de formación de la nación mexicana, del Estado mexicano, es un proceso esencialmente diferente del proceso de adopción de la forma unitaria, que tomaron los países centroamericanos, después de los escarceos federalistas, y es esencialmente diferente del proceso de adopción de la forma federal que adoptará esta misma nación mexicana.

Nos queda tan clara esta distinción que, precisamente por ella, consumado el proceso de federalización, es decir, aprobado el Pacto de Unión, el Acta y las Constituciones posteriores, incluido el texto de la de 1917, dejaban abierto el proceso de formación de la nación mexicana, aceptando la eventual incorporación a su Unión de alguna otra nación, como nos previene el artículo 73, fracción I.

¿A dónde queremos llegar? Queremos llegar a la conclusión obvia: la Federación. Lo federal no es más que el resultado y el efecto jurídico de lo que subyace como elemento esencial del acuerdo explícito de voluntades, que todos conocemos y llamamos pacto federal.

Todos los pactos, que tienen por objeto crear entidades distintas a las personas, tienen el carácter de ficticios, no en el sentido de falsos, sino en el sentido de que son ficciones jurídicas, como se dice desde el derecho romano. La expresión *ficciones jurídicas* se encuentra en los textos latinos como *ficta iuris*, cuya traducción apropiada es la siguiente: “cosas que son hechas por el derecho o creaciones del derecho”. Por tal motivo, las entidades, creadas por medio de estos pactos, reciben el nombre de entidades morales, es decir, no corpóreas, como lo es el ser humano, como lo es la nación, como lo es el Estado, como lo es el municipio, et-cétera.

Por eso el Acta Constitutiva se llamó así, y por eso mismo fue suscrita por todos los diputados en su carácter de representantes de sus respectivos estados, tal como puede apreciarse en la versión original que se conserva en el Archivo General de la Nación, reproducida en muchas ocasiones facsimilarmente, tal como lo hicimos nosotros en nuestro libro *Crónicas del Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*, editado por la H. Cámara de Diputados, México, 1974.

La entidad, pues, que creó dicha Acta, es una entidad moral o ficticia, en el sentido de que es una creación del derecho, que nunca debió confundirse con lo que es la nación mexicana ni con lo que es el Estado mexicano, tal como se confunde en los criterios de algunos de nuestros constitucionalistas, lo mismo que en muchas de las innumerables reformas de los textos constitucionales, por ejemplo del vigente de 1917.

Como bien sabemos, la nación y, en su caso, el Estado tienen entidad corpórea, porque constan, entre otros, del elemento de la territorialidad y de la población. En cambio, ninguna de las entidades creadas por el derecho tienen, como esenciales, ni al elemento territorial ni al elemento poblacional. Desde luego que, en cuanto personas morales por comparación con la persona física, necesitan no sólo una sede o domicilio, sino también una voluntad y, de hecho, todas las personas morales, llámense sociedades, asociaciones, sindicatos o federaciones, tienen su domicilio y su voluntad, conforme lo ordene su propia norma de creación.

Así ocurre con la entidad llamada federalismo mexicano, que siempre ha tenido un domicilio (que puede cambiarse cuando el Congreso lo decida) y una voluntad. El domicilio o sede ha sido siempre, desde 1824, la capital de la nación. Ahora bien, para formar su voluntad, algo fabuloso, se echó mano de la teoría de la división de poderes y se precisó que esa voluntad no se formalizaría en una asamblea general, tal como acontece en las sociedades y asociaciones, sino en la existencia de tres poderes, exactamente conforme a la teoría clásica, como los poderes de un Estado.

He aquí lo que ha confundido a nuestros estudiosos. Ellos opinan, dejándose arrastrar por las sencillas apariencias, que la entidad federal, por formalizar su voluntad al amparo de la teoría de la clásica división de poderes del Estado, de hecho y de derecho es una misma cosa que el Estado.

Y sobra añadir que esta falacia se ha convertido, no sólo en el elemento de la discordia entre nuestros constitucionalistas y, en general, entre los estudiosos de nuestro federalismo, sino que, además se ha convertido en el catalizador más potente de las tendencias unionistas y centralizado-

ras a lo largo de la presente centuria. Tanto es así, que en estos momentos puede reconocerse, sin exagerar, que el Estado mexicano, pese a su forma federativa, aparece mucho más centralizado que los países unitarios que han sido siempre fuertemente centralistas, como Francia, y no digamos España y su proceso de regionalización.

Esta permanente confusión entre la entidad federal mexicana, y el Estado mismo, o la nación misma, ha conducido a muchos estudiosos a los exudados cerebralistas, como los llamaría Unamuno, de pensar que en México puedan existir dos estados soberanos, uno federal y los estados miembros de la Unión: he aquí el origen de la teoría de las dos soberanías, planteada desde noviembre y diciembre de 1823 en el Congreso mexicano y, por tanto, doce años antes que Tocqueville. He aquí también el absurdo de su planteamiento actual.²¹

Este planteamiento erróneo y absurdo no debe conducirnos, como hacen algunos autores, al desconocimiento de la soberanía de los estados miembros, para salvar el principio doctrinario de la soberanía del Estado federal, sino sencillamente a reconocer que la entidad federal, creada por el Acta Constitutiva o pacto de Unión, no debe confundirse ni con lo que es la nación ni con lo que es el Estado mexicano.

Esto es, debe llevarnos a releer dicha Acta y, sobre todo, el debate que suscitó esta problemática, para entender que México emerge en el plano mundial como nación soberana, es decir, como Estado libre, independiente y soberano, como lo son el resto de Estados de la comunidad internacional, tal como vemos que lo están declarando los primeros artículos de esta misma Acta, y que la federación es nada más lo que une a dichas entidades internas. Veamos:

Artículo 1o. La nación Mexicana se compone de las provincias comprendidas en el territorio del virreinato llamado antes Nueva España, en el que se decía capitania general de Yucatán, y en el de las comandancias generales de Provincias internas de Oriente y Occidente.

Artículo 2o. La nación Mexicana es libre e independiente para siempre, de España y de cualquier otra potencia; y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

Artículo 3o. La Soberanía reside radical y esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece exclusivamente a ésta el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes, la forma de gobierno.

²¹ Véase, a mayor abundamiento, Barragán, José, *Principios del federalismo mexicano: 1824*, e *Introducción al federalismo mexicano*, cit., notas 7 y 8.

Artículo 5o. La nación adopta para su Gobierno la forma de República representativa popular federal.

Artículo 6o. Sus partes integrantes son estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, según se detalle en esta Acta y en la Constitución General.²²

La elocuencia de estos enunciados es muy superior a la arbitraria interpretación de nuestros constitucionalistas: ahí están perfectamente diferenciadas las ideas; ahí está el concepto de nación; el del Estado, y las ideas relativas a la forma de gobierno; ahí está lo federal reducido a un problema de distribución y de organización del poder público en México, exactamente como lo estudia el maestro Tena Ramírez, un poder que es uno en su concepción filosófica, que es uno en su raíz y origen (porque dimana de la voluntad popular), que es uno por su sede y por su fuente de legitimación, que está en el pueblo, pero que se distribuye, para su ejercicio, en dos órdenes jurisdiccionales diferentes y, dentro de cada orden, el poder es delegado a los respectivos órganos, empleándose para ello la teoría clásica de la división de poderes.

Por otro lado, cabe insistir en que lo dicho por el artículo 5o. del Acta es exactamente lo mismo que dicen todos y cada uno de los posteriores proyectos de Constitución y textos constitucionales, de carácter federalista, que hemos tenido durante el siglo pasado y el presente, incluyendo, por tanto, el texto vigente de 1917, según pasamos a ver.

Como es natural, en la Constitución del 4 de octubre de 1824 se repetirán los mismos principios que ya había consagrado el Acta, la cual, sobra decirlo, sirvió de base para elaborar dicha Constitución y permaneció vigente aún después de promulgada la referida Constitución. En efecto, en su artículo 3 se dice: “Artículo 3o. La nación adopta para su gobierno la forma de república, representativa, popular federal”.

Por la reacción centralista de 1835 y 1836 se buscó, ante todo, una reforma sobre la forma de gobierno vigente hasta entonces. Ésta fue la intención de la convocatoria del Congreso de 1835, y ésta fue, en esencia, la afectación trascendental que se enuncia en las Bases Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 23 de octubre de 1835, en las que, como dice la base tercera, el sistema guber-

²² Véase en Barragán, José, *Crónica de la Acta Constitutiva*, ya citada, en donde, en efecto, se reproducen el texto original manuscrito, así como el original impreso.

nativo de la nación es el republicano, representativo popular; es decir, se suprime única y exclusivamente la palabra “federal”.

Con la simple supresión de esta palabra pasamos de un gobierno federal, de una federación compuesta de estados libres independientes y soberanos, a un gobierno centralizado y unitario, que dividió políticamente el territorio nacional en departamentos, todo ello sin que se afectara para nada lo relativo a la idea de nación, o a la idea de Estado.

Más adelante, en julio de 1840, sobrevino la reacción por la vuelta a la restauración del federalismo, y se hizo un pronunciamiento enérgico, a impulsos, entre otros, de Valentín Gómez Farías. En esta ocasión se fracasó, y en medio de los problemas políticos, que todos conocemos, llegamos a los proyectos de 1842, conocidos, uno como “proyecto de la mayoría” y el otro como “proyecto de la minoría”.

Es decir, aquella Asamblea recibió de la Comisión de Constitución, dos proyectos, en lugar de uno solo, por existir una profunda división entre sus integrantes. En el fondo la división era motivada principalmente por la palabra “federal”, de manera que el proyecto de la mayoría no la incluía al enunciar la forma de gobierno; mientras que el proyecto de la minoría se pronunciaba a favor de la forma federal; por ello es que el artículo 20 de este proyecto decía que “el gobierno de la nación, es el sistema republicano, representativo popular federal”.

Ahí están ambas propuestas: un proyecto formula un gobierno unitario, y el otro establece la forma de gobierno federal. Ahí está perfectamente planteado el problema de lo federal en México, que nunca se pensó como forma de Estado, sino como una técnica, en palabras de Tena Ramírez, para distribuir las facultades de gobierno, no obstante que podamos encontrar diferencias muy grandes entre la forma de gobierno federal de 1824 y la forma de gobierno unitario y centralizado de 1835 y 1836.

Después de estos dos proyectos se hizo el encargo de redactar un tercer proyecto, que pretendía conciliar ambos extremos, en noviembre de 1842. En este tercer proyecto se recogió la tesis del proyecto de la mayoría, es decir, se decidió la adopción de la forma de gobierno “representativa popular”, rechazándose la forma federal. “Artículo 1o. La nación mexicana, en uso de sus prerrogativas y derechos como independiente, libre y soberana, adopta para su gobierno interior la forma de república representativa popular”.

Nada más claro: la idea de nación, que es una, que es libre y que es independiente y soberana, no se discute. Lo que, en todo caso, está a dis-

cusión y a debate es la forma de gobierno, optando en esta ocasión por el gobierno unitario en vez del gobierno federal.

Luego de esta insistencia por una forma de gobierno unitario vino la reacción federalista de 1847. Estamos ahora ante el documento llamado Acta de Reformas de dicho año, denominado así porque se concibió como un documento solemne para restablecer la vigencia del Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824 y la Constitución del 4 de octubre del mismo año, tal como lo decía el proyecto: “III. Que el Acta Constitutiva y Constitución federal, sancionadas en 31 de enero y 4 de octubre de 1824, forman la única Constitución Política de la República”.

A partir de esta fecha pasamos a la Constitución de 1857, lo mismo que a la Constitución vigente de 1917, en las que se repiten exactamente los mismos enunciados, considerando lo federal como una forma de gobierno, tal como lo expresa el artículo 40 del texto en vigor: “Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal...”²³

Por tanto, si lo federal, si la entidad federal es lo que dicen los textos arriba citados, resulta claro que a la entidad federal solamente se le usa como una forma para distribuir el poder público del pueblo mexicano, de la nación mexicana, que es la única depositaria de la única soberanía que pueda existir: la soberanía popular.

Efectivamente, los problemas particulares de adoptar una forma u otra de gobierno (entre las monarquías y las repúblicas, o entre las formas unitarias, unitarias-regionales, o las federalistas) son problemas que, supuestas las circunstancias históricas de cada caso, tienen que ser resueltos no por la nación entera, sino por una legítima representación de ella, llamada Asamblea Constituyente, según lo expresa el artículo 3 del Acta, ya citado; o el artículo 39 de la vigente Constitución.

De conformidad con lo dicho, el federalismo mexicano, en cuanto forma de gobierno, ha venido cambiando, ¡y hay que ver en qué forma! desde aquel año inicial de 1824 hasta el día de hoy. Más aún, precisamente por ser lo federal una simple forma de gobierno, tuvo lugar la reacción

²³ En nuestra opinión, este texto no permite ni puede tomarse como fundamento jurídico para afirmar “que México es un Estado federal por voluntad del pueblo”, así como hacen Carpizo y Madrazo en el sentido de que lo federal es una misma identidad que el Estado. Así como tampoco puede ser fundamento jurídico, como piensan Burgoa y otros, para incluir lo federal mexicano entre las formas de Estado, si con ello se insiste en confundir lo que son formas de gobierno con el Estado mismo.

o el cambio por una forma unitaria a la altura de 1836, sin que por este cambio se modificara el ser de la nación o del Estado frente a la comunidad internacional.

III. LO FEDERAL COMO SISTEMA PARA DISTRIBUIR EL PODER

Como es natural, el problema central en una federación tiene que ver con la distribución del poder del Estado entre la federación, por un lado, y los estados miembros, por otro. A estas dos instancias todavía puede sumársele, para ciertos casos, las áreas de lo municipal: se trata de un problema muy serio, muy difícil y complejo, sobre todo habida cuenta de los erróneos planteamientos que se han hecho por la doctrina sobre el particular. Vayamos paso a paso en nuestro examen, sin temores.

1. *La unidad del poder o soberanía*

Empecemos por reconocer que en México, y supuesto que lo federal es una forma de gobierno, el principio de la soberanía nacional, o de soberanía popular, según las expresiones constitucionales, se enuncia con absoluta precisión y propiedad: la soberanía es una sola; una sola su fuente de legitimación, pues dimana nada más del pueblo mexicano; y una sola su sede y su origen, que es el mismo pueblo.

Por nación y por pueblo debemos entender lo que entendieron los propios constituyentes, tal como se recoge en las actas de sesiones o diario de debates.

Algunos autores, siguiendo algunas tesis de jurisprudencia, piensan que tanto el concepto de la soberanía popular como el concepto de pueblo provienen y fueron tomados por los mexicanos de la doctrina de Rousseau. Sin embargo, no aportan, ni la Suprema Corte ni los autores, manejo de fuente alguna que demuestre la verdad de sus afirmaciones.²⁴

Por nuestra parte, rechazamos de plano esas afirmaciones, no sólo porque carecen de manejo de información apropiada, sino porque ambos conceptos, el de la soberanía, así como el de nación o de pueblo, se expli-

²⁴ En efecto, estas tesis figuran como opiniones categóricas y dogmáticas, cuando lo propio y lo científico tiene que ver con la necesidad de documentar nuestras afirmaciones.

caron amplia y suficientemente durante el debate que suscitó el artículo 3 del Proyecto de Constitución de 1812.

Este debate lo hemos examinado en varios libros nuestros, como en *Temas del liberalismo gaditano*, en *Introducción al federalismo: la formación de poderes en 1824*, en *Principios del Federalismo Mexicano*.²⁵ Nos remitimos a ellos para el examen detallado de esta cuestión.

Ahora únicamente queremos recordar que entre quienes hablaron sobre este tema, quien mejor se expresó fue Guridi y Alcocer, obispo de Tlaxcala, diputado a las Cortes españolas de 1810-1813, lo mismo que a las cuatro asambleas de aquel México de 1821-1824. Guridi y Alcocer decía que por nación debíamos entender a los habitantes asentados en un determinado territorio, y que por pueblo se debía entender a una sociedad organizada, que era la misma noción sostenida por los tratadistas de la llamada escuela jurídica española.

Se hablaba entonces de una *societas perfecta*, o una *communitas perfecta*, definida ésta como *Respublica temporalis*. Y la república temporal, a su vez, se definía también en latín como *respublica perfecta et integra*. *Ergo non est subiecta alicui extra se, alias non esset integra*. *Ergo potest sibi constituere principem nullo modo in temporalibus alteri sobiectum*.²⁶

Que en una comunidad perfecta era necesario un poder a quien perteneciese el gobierno de ella misma, porque el pueblo, según sentencia el Sabio de los Proverbios, quedaría destruido faltando quien gobernase. De aquí se deduce ser una propiedad que dimana del mismo derecho natural del hombre esta potestad de gobernar y que antes de elegirse determinada forma de gobierno reside dicha potestad en la unidad o congregación de hombres.

Son palabras del obispo de Calahorra. Por su parte, otro obispo, Lera, decía sobre el particular que:

²⁵ Barragán, José, *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978, pp. 31-48; del mismo autor, *Introducción al federalismo: la formación de poderes en 1824*, cit., nota 7, pp. 36-64; *Principios del federalismo mexicano: 1824*, cit., nota 8, pp. 121-150.

²⁶ He aquí su traducción: organización social perfecta; comunidad perfecta; república temporal (no espiritual); una república o Estado perfecto e integro; por tanto, una república no subordinada a alguna otra república exterior, porque de otra manera ya no sería integra. Por tanto, capaz de darse un príncipe (gobierno) independiente, o no subordinado en los asuntos temporales, bajo ningún modo, a otro príncipe o gobierno.

Toda comunidad perfecta, como es la nación española, por derecho natural, tiene en sí mismo este principado o soberanía y el derecho para establecer sus leyes fundamental, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga, como también para determinar la persona o personas por quién quiere ser gobernada; porque el derecho natural que da por sí e inmediatamente este poder a toda comunidad perfecta no le manda que ella lo ejerza por sí misma, sino que le deje en libertad de nombrar una persona que ejerza la soberanía, o que elija algunos sacados de los principales de la nación o que finalmente, se gobierno por toda la comunidad, lo que es muy fácil cuando ésta consiste en una sola ciudad.

Después de todo este debate, ilustrado aquí de manera muy abreviada, se puso a votación el artículo 3, ya citado, quedando de la siguiente manera: “Artículo 3o. La soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo mismo le pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga”.

Un pueblo así organizado, una nación así organizada es, por definición, libre, independiente y soberana. Es una República soberana. Es un Estado soberano frente a la comunidad de naciones, de repúblicas y de estados soberanos.

La soberanía, como cualquier otro poder, es delegable para su ejercicio, hoy en día siempre tiene que ser delegable, por la sencilla razón de que hoy en día ningún pueblo, ninguna nación, puede ejercer su soberanía de manera inmediata y directa, tal como sucedía entre los griegos y sus *poleis*. Precisamente por ello, a la hora de concretar lo relativo a la forma de gobierno, se dice que será representativa, popular y democrática: es decir, se ejercerá por medio de representantes populares electos democráticamente. Esto es, la soberanía es y tiene que ser delegable.

Sin embargo, el pueblo no siempre toma la decisión de delegar todo su poder o soberanía. Además de que jamás renuncia al principio de legitimación última e intransferible del poder soberano, en cuanto fuente legítima de su emanación. El pueblo puede hacer reservas expresas sobre materias determinadas, de manera que esas ciertas materias no puedan nunca variarse ni cambiarse, salvo por otra asamblea popular constituyente.

Por ejemplo, la Constitución de 1812 decretó la irreformabilidad de sus principios fundamentales, como el de la monarquía o el de la religión. Actualmente, en mi opinión, el enunciado del artículo 39 no sólo contie-

ne la proposición del principio de la soberanía, sino que también incluye la reserva formal y expresa para que nadie pueda variar ni alterar lo relativo a la forma de gobierno, salvo que se haga por otra nueva asamblea constituyente.

El poder revisor, malamente llamado “poder constituyente permanente”, querámoslo o no, es un poder constituido y, como tal, limitado u obligado a respetar, es decir, a no suplantar la voluntad de las asambleas populares constituyentes; a respetar las reservas expresas hechas a favor de la soberanía popular; a respetar, inclusive, los demás principios fundamentales, aunque no se hayan enunciado bajo las palabras expresas de reservas constitucionales. La razón es muy sencilla: un poder revisor ilimitado nos conduciría al absurdo de tenerlo que considerar como el genuino soberano, como la genuina fuente de emanación del poder público, desplazando por completo a las referidas asambleas populares constituyentes, como depositarias por representación del pueblo, de su legítima soberanía.

2. *La división del poder*

El poder público, o la soberanía, en ocasiones es ejercido de manera directa o inmediata por todo el pueblo. En estos casos, se afirma que estamos ante la forma más perfecta de la democracia: el gobierno del pueblo por el pueblo. Así era el gobierno de las famosas *poleis*, estudiadas por Aristóteles. Ejemplos parecidos se dieron en la Nueva España (1808) y la Nueva Granada, en donde inclusive se llegaron a aprobar unas Constituciones municipales.

En estos casos, el pueblo se reúne en asamblea abierta, o cabildo abierto, para tomar decisiones de gobierno de carácter fundamental. En 1808 ocurrió la invasión de Napoleón sobre la península ibérica; por eso algunos municipios, como el de la ciudad de México, el de Santa Fe de Bogotá y otros más, reunidos en cabildos abiertos, se declararon libres e independientes y reasumieron las prerrogativas de sus respectivas soberanías a fin de no seguir vinculados a una España ocupada por el ejército francés. Y, como decimos, esta reasunción de la soberanía llevó a los municipios de nueva Granada a darse sus propias Constituciones.²⁷

²⁷ En todos estos casos la soberanía equivale a la capacidad de una comunidad para tomar decisiones fundamentales, o la capacidad para autogobernarse. Y cuando se habla de reasumir la soberanía, solamente se está reafirmando el principio de la forma en esa comunidad en la sede de la soberanía: en ella reside originalmente, de raíz o esencialmente.

En los demás casos, la democracia tendrá el carácter de representativa popular. Es decir, entonces el poder soberano se divide para su ejercicio. El artículo 41 de la Constitución mexicana de 1917 precisa que el pueblo ejerce su poder por medio de los poderes federales y, en su caso, por medio de los poderes de los estados.

Tenemos en México, por razón de la forma federal de gobierno, una doble distribución del poder para su ejercicio: por una parte, se divide su ejercicio en dos órdenes: el federal y el de los estados; y, por otra parte, se divide en tres poderes para el ámbito federal y otros tres poderes para el ámbito de cada estado.

Por supuesto que el poder, en estricto sentido, es inmaterial, y como tal indivisible, en el sentido en que son divisibles las cosas materiales. Todas nuestras Constituciones hablan de la división del poder, o de la división de poderes, sin que a nadie se le haya ocurrido pensar que se está hablando de una división material de dicho poder. Se habla de otras formas y maneras de dividir las cosas, incluidas las espirituales o inmateriales.

Debemos insistir: cuando nuestras Constituciones consagran lo federal como forma de gobierno, de hecho y de derecho, están empleando lo federal como un medio para separar y para dividir el poder público en México: primero, para separarlo por órdenes, por órbitas, por niveles, o como se les quiera llamar, a fin de distinguir el área federal de otras áreas, como las estatales y, llegado el caso, las municipales; y, en segundo lugar, para precisar el alcance territorial de cada área: así, por ejemplo, en el área federal habrá un supremo poder de la Federación, el cual coexistirá en perfecta armonía con los supremos poderes de cada estado y con los modestos, pero soberanos poderes, encomendados a las áreas municipales.

Pero ésta no es la única manera de dividir o separar el poder, ya que pueden entrar en juego otros criterios a fin de precisar el contenido y el alcance del poder en cada área. Por ejemplo, el poder federal se extiende a ciertas islas, cayos, arrecifes, a la plataforma continental y mar económico, etcétera, conforme lo expresan los artículos 42 y 27 constitucionales; puede extenderse ese mismo poder federal a todo el territorio nacional si, por ejemplo, se trata de materias reservadas exclusivamente a la Federación.

Más aún, existe todavía otro criterio para dividir el poder, como indican nuestros textos constitucionales, cuando el supremo poder federal lo divide el artículo 49 en tres; y cuando los supremos poderes estatales igualmente se dividen en tres. Aquí el criterio en cuya virtud se dividen

es también un criterio inmaterial, pues se hace atendiendo al concepto poder; al concepto de función o facultad, o al concepto de atribución. Tanto vale uno u otro concepto.

3. *Las diferencias entre Estado, Federación y estados miembros*

Más importante que la cuestión sobre si el poder se divide o no, que resulta bizantina, toda vez que nuestros textos hablan de la división de poderes, es la cuestión de precisar cuál es la naturaleza del poder así dividido por áreas, por territorialidades, por materias, etcétera.

A. El Estado mexicano no es lo que es la Federación

Una de las consecuencias más importantes de considerar lo federal como forma de gobierno es la indispensable y la necesaria distinción entre forma de gobierno y forma de Estado. Nadie, que esté medianamente informado, podrá confundir las formas de gobierno con el Estado. Pese a que existe la claridad doctrinal, entre nuestros constitucionalistas y por obra consecuentemente del poder revisor, aparece la mezcolanza y la confusión entre lo federal, entre la Federación y el Estado mexicano, o la nación mexicana.

Tan lamentable confusión, desde luego, no se debe a que no existan los conocimientos suficientes sobre lo que son las formas de gobierno y lo que es el Estado o la nación, sino que es debido al empeño, o al empecinamiento de, llevándole la contraria a los enunciados constitucionales, seguir viendo lo federal como una forma de Estado, de manera que para toda esta doctrina la Federación mexicana se identifica plenamente con el Estado mexicano, con la nación mexicana.²⁸ Todo ello, repetimos, sin

²⁸ La afirmación frecuente que habla de estados federados y estados unitarios pareciera permitir concluir en la existencia de una forma especial de Estado, el federal, precisamente frente a la otra forma del Estado unitario. En nuestra opinión, no debe confundirse la categoría Estado con la forma en que el poder público pueda estar o ser distribuido hacia su interior. Esta categoría de Estado se sustenta sobre sus elementos esenciales, que le son propios, a saber: el territorio, la población y el poder. De manera que estos elementos se encuentran necesariamente tanto en el estado unitario como en el Estado federal. Por ello, los adjetivos de “unitario” y de “federal” no son definitarios del concepto Estado, sino que son simplemente descriptivos de la forma en que se distribuye el poder hacia el interior del Estado.

fundamento alguno legal, peor aún, llevándole la contraria a lo expresamente dicho por los textos fundamentales.

La confusión de la doctrina ha pasado ya a los enunciados de la Constitución: el poder revisor, que le ha hecho ya más de seiscientas reformas al texto original de 1917, no sólo no ha abusado de su encargo, sino que ha cometido graves errores e incurrido en flagrantes contradicciones, o, por decirlo con una palabra suave, incompatibilidades.

Tomemos la Constitución en las manos y vayamos leyéndola para, a modo de ejemplo, detectar pasajes, unos en donde veamos cómo la propia Constitución todavía diferencia perfectamente al Estado de la Federación; y, otros, para ver cómo el poder revisor incurrió ya en las lamentables confusiones, que comentamos.

En el artículo 3o. encontramos consagrado el derecho a la educación, y para ello dice que el Estado —Federación, estados y Municipios— impartirá educación preescolar, etcétera. He aquí el ejemplo, explícito, categórico, que diferencia al Estado de la Federación. Más elocuentemente no se podrían decir las cosas: el Estado es el todo, y abarca a la Federación, lo mismo que a los estados y a los municipios. Más aún, la Constitución, al hacerle la encomienda de responsabilidad de la educación al Estado, de manera directa e inmediata, por igual, les hace a la Federación, a los estados y a los municipios sendas asignaciones soberanas.²⁹

Un ejemplo de mezcolanza y confusión lo tenemos en el mismo artículo 3o., pero en las fracciones III y VIII, por las cuales se le encomienda al Ejecutivo federal determinar los planes y los programas de estudio en toda la República. ¿Por qué? ¿Acaso la asignación del primer párrafo no es lo suficientemente clara, categórica y explícita? Sí lo es, lo cual significa que si queremos mantener la congruencia entre lo dicho por el primer párrafo y lo dicho por las fracciones III y VIII, debemos interpretar estas fracciones en el sentido de que esos planes y programas tendrán que limitarse y circunscribirse al sistema educativo federal, respetando el poder estatal y el poder municipal para crear sus propios planes y programas dentro de sus áreas de jurisdicción. Sin embargo, el contrasentido es mucho más violento al expedirse la ley general de educación, como si México fuera un país unitario y fuertemente centralista.

²⁹ La soberanía del Estado federal mexicano en materia de educación se asigna por igual a la Federación, que tiene competencia en todo el territorio nacional; a los estados dentro de su respectivo territorio, y a los municipios, también dentro de su territorio.

En el artículo 4o. tenemos nuevos ejemplos: se emplea primero la voz “nación” y más adelante la voz “Estado”. Aquí ambas voces se emplean con el mismo sentido que se empleó el término *Estado* en el primer párrafo del artículo 3o. En el artículo 4o. se habla de que la ley es igual para el varón y la mujer; que la ley protegerá el desarrollo de la familia; que la ley definirá las bases para el libre acceso a los servicios de la salud, etcétera. ¿De qué leyes hablamos? Naturalmente que en el ámbito de la Federación, la ley en cuestión es la ley federal; pero en el ámbito de los estados, la ley en cuestión será la ley estatal; sin perjuicio del libre acceso a los servicios de salud, al registro de nacimientos, defunciones y matrimonios ante los municipios.

En el artículo 5o. encontramos otra vez la exacta distinción entre Estado y Federación y entre Federación, estados y municipios, aun sin mencionarse para nada la voz “Estado” ni la voz “nación”. Este artículo consagra la libertad del ser humano para realizar cualquier trabajo o actividad siendo lícita; pero precisa que “la ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título”.

En el artículo 10 se dice que en los Estados Unidos Mexicanos, que es el nombre oficial de México, del Estado y de la nación mexicana, todos sus habitantes tendrán derecho a poseer armas, con excepción de las prohibidas por la ley federal, etcétera. Ahí está el Estado, por un lado, como el todo, y lo federal como una parte del todo, no obstante que en este caso, por razón de la materia, estamos ante una competencia reservada exclusivamente a la Federación.

Podríamos seguir con las citas de ejemplos. No es el momento. Con todo, son más que bastantes para ilustrar la tesis de que lo federal o la Federación es algo diferente a lo que es el Estado o la nación. ¿Qué cosa son?

Al Estado se le define por sus elementos de que consta: un territorio, la población y el elemento poder. A la nación se le define asimismo por el elemento territorial y el poblacional. Esto está claro. ¿Y cómo se define a la Federación?

La respuesta es muy sencilla. Leamos lo que dicen los artículo 42 y 43 de nuestra Constitución, que cito:

Artículo 42. El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

III. El de las Islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el océano Pacífico.

IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional, y las marítimas interiores;

VI. y el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.

Artículo 43. Las partes integrantes de la Federación son los estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y Distrito Federal.

¿Qué cosa es la Federación, volvemos a preguntarnos? Muy sencillo, pues el artículo 42 nos dice que la Federación es la integración de todos y cada uno de los territorios de todas y cada una de las partes que la componen. Mientras que el artículo 43 nos da los nombres de esas partes componentes.

En cambio, territorialmente hablando, el Estado mexicano o la nación mexicana es algo más, pues comprende no sólo al territorio de las partes que integran la Federación (fracción I), sino también los territorios y los espacios de las restantes fracciones, que hablan de las islas, cayos, etcétera.

Eso es la Federación, desde el punto de vista territorial. ¿Acaso podríamos definirla también políticamente? Claro que sí, pues todos sabemos que la Federación es la entidad que fue creada por el pacto federal, formalizado histórica y originalmente por un documento público, solemne, más importante o tan importante como la Constitución, llamado así Acta Constitutiva de la Federación, del 31 de enero de 1824.

Esto es la Federación políticamente hablando. Es, volviendo al texto de los artículos 42 y 43, el componente político que aglutina a todas y cada una de las partes integrantes o signatarias de dicho pacto.

La Federación, en suma, es una creación jurídica, es una ficción del derecho, como dijeron los romanos de las personas morales. No tiene como esenciales ni al elemento territorial ni al elemento poblacional. Prueba de ello es que su sede o domicilio podrá cambiar en cualquier momento, según reza una previsión puesta desde 1824, sin que por este

cambio mengüen o se altere la esencia de lo federal ni ninguna de sus características.

B. *Sobre las soberanías estatales*

Ya sabemos que, para quienes lo federal es una forma de Estado y, para colmo de males, lo confunden con lo que es el Estado o la nación, no se puede decir que las partes integrantes de la Federación sean estados soberanos. No hay tal soberanía, porque entramos en el conflicto ese de si hay o no dos estados soberanos en una Federación, etcétera.

Cada día se unen más voces que consideran a los estados meramente como entidades autónomas. Incluso, ya tenemos el nuevo texto constitucional del estado de Veracruz, en donde se habla de un estado libre, independiente y autónomo. Sin más, el poder revisor promulgó una nueva Constitución, sin ningún rubor, sin ningún recato y, de paso, consagró esa peregrina idea de la autonomía, sin importarles el que el texto federal siga hablando de soberanías estatales, como parte de un pacto de federación, que no puede ser modificado a voluntad de un solo estado.

Jorge Carpizo, en el manual que venimos citando, lo expresa de la siguiente forma: en la página 97 lo enuncia como epígrafe 1.4.1: “La autonomía de los estados”. Luego aclara que:

Soberanía y autonomía son principios distintos, y si bien ambos se traducen en el acto de dar una Constitución, difieren en cuanto que, respecto al primero, no existen limitaciones jurídicas que condicionen o determinen el contenido de las decisiones constituyentes, mientras que, respecto al segundo, existe una zona de límites y de terminantes jurídicos creados por una voluntad distinta a la del constituyente local y que necesariamente deben de observarse en el acto de dar la constitución.

En otras palabras —sigue diciendo— el poder constituyente local no se encuentra ante la nada jurídica en el acto de hacer la constitución para la entidad federativa, sino que debe atender a las bases creadas por el Constituyente originario y plasmadas en la Constitución Federal.

Concluye el maestro Carpizo diciendo que nuestra Constitución vigente, en su artículo 41, recoge el principio de la autonomía de los estados. No es convincente este razonamiento. No aceptamos la idea de autonomía que ahí se afirma, ya que por regla general en las entidades autonómicas jamás se dan Constituciones, sino normas estatutarias, como puede apre-

ciarse en el caso de España, o en el caso de Italia, no sólo hablando de las regiones que gozan de autonomía, sino también de otras entidades, como colegios y corporaciones, que gozan también de autonomía.

Menos aún aceptamos que le haga decir al artículo 41 lo que no dice, porque el artículo 41 no puede interpretarse sin tomar en cuenta lo que dice el 40, a saber: “Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior”.

Nos parece inaceptable que se ignoren las palabras que se emplean a ciencia y conciencia en nuestra Constitución desde 1824, o que se les quiera dar un significado diferente al que el sentido común, y el sentido jurídico les ha dado desde siempre, como resulta inaceptable que si la Constitución dice que lo federal es forma de gobierno, algunos autores se empeñen en tomarlo como una forma de Estado, para lo cual no existe ningún fundamento legal.

No es convincente el razonamiento, porque en el fondo está contraponiendo la soberanía local a la soberanía federal. En efecto, ¿acaso no habla de una Constitución federal? Claro que sí. ¿Acaso existe en México en sentido propio una Constitución federal, es decir, del Estado federal, diferente a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos?

Carpizo está en la creencia de que lo federal, o la Federación, es la misma cosa que el Estado mexicano, y por ello es que afirma que no pueden coexistir dos Constituciones soberanas en el sentido pleno de la palabra, para concluir en que lo mejor es atribuirles a los estados, digan lo que digan los enunciados constitucionales, unas meras autonomías.

Tampoco nos convence el razonamiento, porque los hechos históricos lo desdicen. En efecto, primero existe Jalisco, Yucatán, Oaxaca y Zacatecas, por citar los casos por mí estudiados, como estados libres y soberanos, impuestos aún por vía de las armas, antes de que naciera la Federación.³⁰ Más aún, son los estados libres y soberanos los que decidieron

³⁰ En ocasiones, los pueblos tienen la capacidad suficiente para autogobernarse soberanamente, pero la circunstancia histórica puede no serle favorable, y así, se ven obligados a mantenerse subordinados a otro pueblo que los hace dependientes. Ahora bien, cuando a esa capacidad intrínseca de autodeterminar se suma una fuerza militar suficiente como para garantizar la independencia efectiva y real, entonces se deviene justamente a la plenitud de la soberanía. Pues esto sucedió con los casos de Jalisco y Zacatecas, aclarando que en otras ocasiones las circunstancias son pacíficas e igualmente favora-

soberanamente firmar el pacto federal o Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, de manera que la Constitución posterior, del 4 de octubre, no hizo más que apegarse a las bases impuestas por dicha Acta.

Pero salgamos de este laberinto tan tortuoso, creado por el empeño de considerar lo federal, lo repetimos una vez más, como forma de Estado, y confundir lo que es la Federación con lo que es el Estado mexicano. Las cosas cambian, si confiamos en lo dicho por los enunciados constitucionales, sin traicionar su significado.

Si lo federal lo vemos como forma de gobierno, es decir, como un sistema de distribución de la soberanía o del poder público en México; en primer lugar, no tenemos por qué entrar en la problemática de la soberanía, por la sencilla razón de que ya no tenemos dos estados soberanos, ni tenemos dos soberanías, sino, repetimos, un sistema de distribución de la única soberanía existente, en un solo Estado existente.

Claro que aún así tenemos cuestiones muy serias que aclarar, con el apoyo de los enunciados constitucionales.

Desde el punto de vista del Estado mexicano, los mexicanos formamos un todo, como comunidad nacional, como comunidad política, organizados en distritos electorales, fijados mediante el uso de criterios equitativos, es decir, según el número de habitantes. Mediante estos procesos se reunió la Asamblea Constituyente de 1822, la de 1824, la de 1857 y la de 1917, hablando en general. Y a través de dichos constituyentes nos configuramos políticamente, haciendo uso y afincando nuestra prerrogativa inherente de soberanía, una sola soberanía y un solo Estado y una sola nación.

Asimismo, es a través de esas asambleas constituyentes por las que, como un todo nacional, se tomó la decisión de organizar el poder público bajo la forma de gobierno federal. Y para ello se creó una entidad llamada pacto federal o Federación, diferente al Estado y diferente a la nación. Igualmente, a través de esas mismas asambleas se tomó la decisión de que, por ser Federación, sus partes integrantes fueran estados libres, independientes y soberanos. ¿Acaso repugna esta soberanía estatal respecto de la soberanía nacional? No, en absoluto. No hay repugnancia ni lógica ni jurídicamente hablando.

bles a la plena soberanía, que en lo ocurrido en el área de los países centroamericanos de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, vinculados originalmente con la idea del imperio iturbidista; y Panamá, vinculado con los sucesos acaecidos en la región de la Nueva Granada.

No existe repugnancia, porque lo federal simplemente es una forma de distribuir el poder único soberano del Estado, haciendo, mediante los mismos enunciados constitucionales, asignaciones o atribuciones soberanas tanto en el área de los poderes federales o el área de la Federación, cuanto en el área de los poderes estatales o estados miembros, e incluso en el área municipal en ciertos casos.

¿Por qué los poderes federales son soberanos o ejercen funciones soberanas? Muy sencillo, porque la Constitución les hace asignaciones o atribuciones soberanas. Luego, podemos concluir diciendo que, efectivamente, la Federación mexicana goza de soberanía sin contraponerse con el enunciado del artículo 39.

Ahora bien. ¿Y por qué los poderes estatales no son soberanos, si esa misma Constitución les hace asignaciones o atribuciones soberanas, del mismo modo a como lo hace con la Federación y, en su caso, con los municipios? ¿Acaso estas atribuciones, tanto las hechas a favor de la Federación cuanto las hechas a los estados no emanan de la misma única fuente, que no es otra más que la reconocida en el artículo 39?

La respuesta cae por su peso, es obvia. Y no puede ser, desde otro punto de vista, más categórica y contundente. Leamos otra vez lo que dice el artículo 40, desglosando el contenido del 39: que es voluntad del pueblo mexicano constituirse bajo la forma federal; es decir, en estados libres y soberanos. En otras palabras, es voluntad del pueblo mexicano distribuir su soberanía, mediante asignaciones expresas, entre el área federal y las áreas estatales. ¿En dónde quedaron las repugnancias lógicas y jurídicas?

En fin, ¿en qué consiste, en última instancia, la soberanía tanto la del área federal cuanto la del área estatal sino en poder ejercer funciones que son asignadas de manera exclusiva y excluyente?

Hay soberanía cuando un poder, federal o local, ejerce unas funciones sobre materias exclusivas y con exclusión de todo otro poder. El régimen interno de los estados, en cuanto que es un campo reservado exclusivamente a cada estado, se constituye en un campo soberano, y por este hecho la Constitución general dice que México se organiza bajo la forma federal, en la que sus partes integrantes son estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior. Y como todos sabemos, entre esas atribuciones soberanas está la de poderse dar una Constitución propia, que es cosa muy diferente y distante de las normas autonómicas.

Desde luego, dicha Constitución estatal no deberá sobreponerse al texto de la Constitución general, porque desde que se discutió y se firmó el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824 se aceptaron ésa y otras varias limitaciones, precisamente para que pudiera funcionar la Unión. En todo caso, una cosa es que haya algunas limitaciones al ejercicio de la soberanía de los estados, y otra cosa, muy diferente, es que no tengan ejercicio alguno de carácter soberano.

Y, en segundo lugar, no hay repugnancia en el uso de los términos, por un lado, del término “soberanía” del artículo 39, y, por otro lado, con respecto al uso del término “estados soberanos”.

En el artículo 39 se explica y se define el concepto profundo de la soberanía, y se dice en dónde reside. Mientras que, cuando se habla de la existencia de estados soberanos, o cuando se habla de las asignaciones soberanas a favor de los estados, se está hablando desde el punto de vista del ejercicio de dicha única soberanía. Es decir, una cosa es el concepto y la sede de la soberanía, y otra cosa muy diferente es el ejercicio de dicha soberanía. El artículo 39 expresa el concepto, mientras que el 40, el 41 y otros más, como el 3o., solamente hablan de su ejercicio, o de las referidas asignaciones en particular.

4. *Elementos que se toman en cuenta para el reparto del poder*

A. *Planteamiento general*

Avancemos un paso más en nuestro breve y rápido examen. Siendo lo federal una forma de gobierno, es decir, de distribución del poder soberano, queda pendiente el reto de examinar la forma particular en que se hace el reparto de ese poder. Es feliz lo dicho por Jorge Carpizo en varios de sus escritos, como por ejemplo en su libro *La Constitución mexicana de 1917*, cuando habla de la creación por parte de la Constitución, de dos áreas u órbitas: la federal y las estatales, como receptoras de las diversas asignaciones competenciales. Nada más añadiríamos que en algunos casos la Constitución también hace atribuciones directas a favor de los municipios.

El mismo autor explica con detalle cuál es el contenido de dichas áreas. Lo mismo hacen todos los demás autores de derecho constitucional. Y para ayudarse mejor en su explicación, con toda razón hablan de facultades expresas a favor de los poderes federales, apoyándose en el enun-

ciado del artículo 124 y demás correlativos. Además de éstas, también hablan de facultades concurrentes, de facultades implícitas; facultades coincidentes; facultades coexistentes; facultades de auxilio, etcétera.

Nosotros no aceptamos del todo este último planteamiento, entre otras razones, que en seguida iremos examinando, porque al tomar estos autores lo federal como forma de Estado, tienden a atribuir a los poderes federales todo aquello que se dice del Estado mismo, cuando ya hemos visto que el Estado mexicano es algo diferente a lo que es la Federación.

Bien, intentemos plantear esta materia de otra manera, siempre usando como apoyos los enunciados constitucionales. Hagámoslo fundándonos en el elemento territorial, por un lado, y por otro lado, en la naturaleza de las materias, de acuerdo con la cual la Constitución las sujeta a ciertos regímenes, el petróleo, por ejemplo, etcétera; todo lo cual nos ayudará a hacer una mejor lectura del artículo 124, que en nuestra opinión ha sido mal interpretado por la doctrina.

B. Desde la perspectiva territorial

Es obvio observar que la soberanía requiere de un espacio territorial propio. En otras palabras, el elemento territorial es y suele ser siempre un criterio indispensable a la hora de precisar los alcances del poder soberano. Pero no solamente, sino que es, lo territorial, un elemento esencial del Estado, lo mismo que de la nación.

En la Constitución mexicana se regula el principio de lo territorial, entre los artículos principales, que podemos mencionar ahora, en los artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, en relación con la idea de la soberanía y su correspondiente distribución, que se regula en los artículos 39, 40, 41, 115 y 116; y en relación con la propiedad de las tierras y aguas y en relación con el mar territorial, véase el artículo 26.

Ya sabemos lo que dicen los artículos 42 y 43. Veamos ahora el texto del artículo 44:

La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los poderes de la Unión y capital de los estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Gobierno Federal.

El mismo sentido aclaratorio tienen los textos de los artículos 45, 46, 47 y 48, que ya no transcribimos para no hacer tedioso nuestro examen. Pues bien, por las transcripciones que anteceden se percibe con absoluta claridad que el territorio nacional es algo diferente a lo que son las partes que integran la Federación, precisando que lo federal es nada más el componente espiritual, o el componente político de dichas partes, el componente integrador.

Resulta manifiesto que el territorio de la Federación solamente comprende o se integra, como lo indica el artículo 43, por los 31 estados y por el territorio del Distrito Federal. En cambio, el territorio nacional, que marca los verdaderos límites espaciales del Estado mexicano o de la nación mexicana, además de las partes integrantes de la Federación, comprende lo que se dice en las fracciones II, III, IV, V y VI del mismo artículo 42 arriba transcrito.

¿Qué cosa es la Federación, desde el punto de vista del elemento territorial? Ya lo sabemos también. Es un componente espiritual, pero no muerto, ni tampoco inanimado o inerte.

Es un componente vivo, porque tenemos luego una serie de artículos que le atribuyen vida a ese componente territorial. Se trata de vida política, al decir que tendrá unos poderes, tres poderes; es decir, que tendrá una voluntad política, como la que tienen todas las personas morales creadas por el derecho, desde las asociaciones, sociedades, hasta las entidades de carácter público, como es el caso de la Federación mexicana. Esa voluntad política adopta para expresarse, no los órganos tradicionales de las asociaciones y de las sociedades anónimas, sino la teoría clásica de la división de poderes. Esto viene en el artículo 39, en relación con el 40, el 41, primer párrafo y el 49. Ya los conoce el lector. Sin embargo, importa mucho para conservar la unidad de nuestro planteamiento que los recordemos ahora:

¿Qué dice el artículo 39? Ya los sabemos. Habla de la soberanía nacional, y la enuncia como sigue: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se constituye para beneficio de este. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

Es obvio que la soberanía nacional se extiende a todo el territorio nacional y abarca no sólo al territorio de las partes que integran la Federación, sino a los restantes espacios enumerados en las fracciones II, III, IV, V y VI del citado artículo 42. Con otras palabras, el concepto de la

soberanía nacional resulta ser mucho más amplio que la extensión que pueda dársele al poder de la Federación y al poder de cada una de sus partes integrantes. Y, además resulta diferente, entre otras cosas, porque dicha soberanía reside en el pueblo, y no en la Federación.

Tan claro y categórico como lo es el artículo 39, aparece el texto del artículo 40, que dice: “Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

He aquí lo que es en México lo federal: una simple forma de gobierno y no, como dice la doctrina general, una forma de Estado. Nunca, ningún texto histórico fundamental de México ha dicho otra cosa, más que lo que leemos: que lo federal es una simple forma de gobierno. Es decir, lo federal es una forma de organización del poder público en México, tal como lo precisan los artículos 41 y 49, que citamos para recordarlos y leerlos directamente, sin la perniciosa visión de la doctrina que ha leído en ellos lo que jamás han dicho:

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Veamos la forma en que se realiza esta distribución. Por un lado, tenemos el territorio de cada uno de los estados, aceptándose la creación o el reconocimiento de un régimen interno plenamente soberano, por cuanto que se inculca que ese régimen interno soberano deberá ser respetado tanto por los poderes federales cuanto por los poderes de los demás estados. De una manera parecida tenemos, por otro lado, el territorio co-

rrespondiente al Distrito Federal, y los llamados territorios federales, así como a las demás áreas espaciales mencionadas en las fracciones II, III, IV, V y VI del artículo 42 constitucional. Veamos lo que sucede en cada uno de estos supuestos.

a. El régimen interno de los estados

Con independencia de que varios de los estados de la Unión hayan existido con anterioridad a la convocatoria para reunir al segundo Congreso constituyente mexicano, sigue siendo cierto que se les configura como partes de lo que Tena Ramírez llama una *técnica para organizar a los poderes públicos* del Estado mexicano, de manera que esta caracterización guarda coherencia, y en opinión del constituyente y de quienes firmaron el Acta de 1824, resultó ser la forma de gobierno más adecuada para nuestro país. Dentro de cada territorio estatal se crea un área de reserva exclusiva de poder a favor de los estados, un área que no deberá ser invadida por ningún otro de los poderes existentes, ni del orden federal ni del resto de los demás estados.³¹

El reconocimiento de su poder soberano viene expresamente en el texto de los artículos 40 y 41, ya citado, así como viene inculcado en las disposiciones, que dan motivo al juicio de amparo y, en su caso, a las controversias y acciones de inconstitucionalidad, de los artículos 103 y 105, y todos ellos en relación con los principios establecidos en el artículo 124, que más adelante examinaremos.

La soberanía interna reconocida a los estados representa no sólo una concesión al sistema de descentralización del poder, que por este hecho se trata de una descentralización diferente a aquellas que pueden tener lugar en los estados unitarios, sino también como un reconocimiento a la inviolabilidad territorial y política propia de la naturaleza del Estado, que es parte componente de la Federación, y que dista mucho de la naturaleza de una provincia o de un departamento.

Nosotros decimos que hay soberanía, y que debe hablarse de soberanía, y no de autonomía, porque ésa es la palabra usada siempre por los

³¹ Para salvaguardar este espacio soberano interno de cada estado, el artículo 103 contempla el empleo del juicio de amparo en contra de “leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal”.

textos constitucionales y porque estamos convencidos de que son palabras impecablemente bien utilizadas. Una autoridad ejerce poderes soberanos cuando lo hace de manera exclusiva sobre un espacio determinado, excluyendo de manera categórica y absoluta la intervención de cualesquiera otras autoridades. Francisco de Vitoria decía: *alteri non subiecta*: porque no están subordinados los estados a ninguna otra autoridad.

Claro que las autoridades estatales deberán subordinarse a la Constitución general o del Estado, y que las Constituciones locales igualmente deberán respetar los principios de distribución del poder público enunciados en la primera.³² Ni más ni menos que como se subordinan las mismas autoridades federales a la Constitución general del Estado y, en todo caso, ni más ni menos que como todo el poder público está subordinado a la Constitución en un Estado de derecho.

b. El régimen de los territorios federales

Sabemos que ya no existen territorios federales, en el sentido histórico en que los hubo, porque se fueron transformando en estados. Sin embargo, los vamos a tomar en cuenta en este apartado a fin de aclarar que en estos territorios a la Federación se le encomendó siempre una plena e ilimitada competencia, con exclusión naturalmente de todos los demás poderes.

Esta competencia se reconocía a través del artículo 73, fracción VI, la cual decía que el Congreso tenía la facultad para legislar en todo lo concerniente a dichos territorios federales, reconociendo así de manera expresa, categórica e ilimitada, plenos poderes para el gobierno de estos territorios a favor de la Federación.

Con fundamento en esta competencia es que nacieron, en su momento, todos los códigos federales, que como podemos apreciarlo ahora mismo regulan de manera universal e indiscriminada las materias de comercio, las de carácter civil y penal, etcétera, advirtiendo, sin embargo, que su aplicación se hará con fundamento en la diferenciación de lo que en ello se llama materia común o propia para el Distrito y los territorios federales y para toda la República sólo en materias reservadas a la Federación.

³² Por ello, otra fracción, la III, del artículo 103, previene el mismo juicio de amparo contra leyes o actos de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

c. El régimen del Distrito Federal

Como sabemos bien, primero, por lo que se disponía en la misma fracción VI del mencionado artículo 73, y de conformidad con las reformas que últimamente se le han venido haciendo al artículo 122, se tiene el propósito de configurar al Distrito Federal con un régimen *sui generis*. De esta manera se procede a la formación de la Asamblea de Representantes, al principio otorgándole facultades de escasa significación, pero que sucesivamente se le han ido ampliando, abriéndose paso la idea de convertirla en un verdadero órgano Legislativo, aminorando la tradicional competencia del Congreso de la Unión.

Asimismo, a partir de 1997 cambió el régimen constitucional relativo al jefe del mismo Departamento, en lo relativo al procedimiento para su elección, incluyendo el cambio de nombre. Como quiera que sea, el Distrito Federal se nos presenta como una entidad especial, sujeta a estos diversos regímenes que históricamente se le han reconocido.

d. El régimen de las restantes áreas territoriales

Por último, debemos hacer mención del régimen, encomendado también a la Federación, como representante del Estado, según lo diría Tena Ramírez, que recae sobre las áreas espaciales contempladas en las fracciones II, III, IV, V y VI del mencionado artículo 42. No son, en sentido propio, territorios federales, o no les podemos atribuir el mismo carácter que tuvieron los territorios federales que posteriormente se transformaron en estados.

Son espacios sujetos a la jurisdicción federal por mandato constitucional, por ser la Federación la que representa al Estado mexicano y a la que se le encomienda el ejercicio de estas funciones soberanas sobre áreas que naturalmente no pueden asignarse a los estados, debido a que se trata de espacios colindantes con aguas internacionales o con límites internacionales, o simplemente con áreas contempladas por el derecho internacional, que deben quedar al amparo de los mismos órganos a quienes la Constitución les reconoce competencia en materia de relaciones internacionales. Incluso, se podría decir que son territorios que tampoco han pertenecido a un Estado en particular, motivo por el cual algunas islas, como la Isla del Carmen, sí pertenece al territorio estatal, en este caso, al de Campeche.

C. Desde la perspectiva de las materias

Además del principio de la territorialidad, la Constitución emplea otros principios para ir haciendo la asignación concreta y particular de competencias en ambos órdenes, el federal y el estatal, sin olvidarnos del orden municipal, al cual en determinados casos la Constitución le hace también asignaciones fundamentales.

En efecto, uno de estos principios o criterios es el que toma en cuenta la naturaleza de las materias, para, con fundamento en esa naturaleza, reconocer que determinadas materias corresponden de manera expresa y exclusiva a alguno de estos órdenes, prohibiendo la intervención a las autoridades de los demás órdenes.

Por ejemplo, la materia del artículo 5o., que contiene la libertad para dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo, siendo lícitos, será materia exclusiva de cada estado y del Distrito Federal (poderes federales), sin perjuicio naturalmente de la protección de estas garantías que dispensa el juicio de amparo federal.

La materia del artículo 10, por lo que respecta al uso, portación y tenencia de armas prohibidas, será una materia exclusiva de la Federación.

Lo mismo ocurre con muchas otras materias, todas importantes, como los hidrocarburos, la minería, la energía nuclear y, en general, las enumeradas en los artículos 25, 26, 27 y 28, entre otros, como materias reservadas exclusivamente al gobierno federal, de manera que la jurisdicción federal sobre estas materias se extiende a todo lo ancho y largo del territorio nacional, y en ese mismo sentido de la reserva se constituyen en áreas prohibidas para las autoridades locales.

En este apartado entrarían también otros atributos soberanos igualmente encomendados de manera exclusiva a la Federación, muy importantes, como las materias diplomáticas y consulares; la arancelaria; la materia relativa a la declaración de guerra y movilización del ejército regular, etcétera, que, bajo el mismo sentido de la reserva, se constituyen en áreas prohibidas para los estados.

Desde luego, las materias citadas son meros ejemplos, pues no tenemos el ánimo de pormenorizar y detallar el régimen de estas materias en este momento. Pero a la hora de llevar a cabo un estudio completo se deberá hacer un repaso íntegro de todos y cada uno de los pasajes de la Constitución.

D. Desde la perspectiva de la competencia atribuida a la nación y al Estado

Ya sabemos que la Federación es una forma de gobierno del propio Estado, y que, por ello mismo, no puede identificarse sin más con lo que es el Estado o la nación. Sin embargo, según lo advierte muy bien Tena Ramírez, la Federación debe representar a la nación y al Estado mexicano por mandato de la Constitución en muchos supuestos. No hay duda sobre este particular. Por ejemplo, no hay duda que la Federación y, en particular, el Poder Ejecutivo Federal, representa al Estado mexicano frente a terceros países.

Los problemas se presentan cuando por la falta de empleo de una técnica legislativa adecuada, la propia Constitución, dejándose llevar por las teorías que consideran lo federal como una forma de Estado, se llega efectivamente a confundir lo federal con lo que es el Estado, y se confunden las atribuciones de la Federación con las atribuciones del mismo Estado. Ésta es un área de problemas muy difíciles, a la cual Tena Ramírez se refiere diciendo que se emplea la voz “Federación” de manera impropia.

Más allá de estos supuestos, todavía tenemos otra clase de supuestos constitucionales en los que la asignación de poder se hace directamente al Estado o a la nación, aclarándose de manera inmediata en unos casos, que por Estado debe entenderse tanto a las autoridades federales o al orden federal cuanto al orden estatal, e inclusive al orden municipal.

Este es el caso del artículo 3o., el cual dice que todo individuo tiene derecho a recibir educación, y que el Estado —Federación, estados y municipios— impartirá la educación preescolar, primaria y secundaria. Aquí se aprecia muy bien la diferenciación que existe entre el Estado, así como la Federación, los estados y los municipios.

Se aprecia que la asignación de competencia se hace en términos de igualdad, de manera que la competencia que se atribuye a la Federación es de la misma naturaleza que la competencia que se atribuye a los estados, y que la competencia atribuida a la Federación y a los estados es de la misma naturaleza que la competencia atribuida a los municipios, de manera que si la Federación goza de un poder soberano en materia de educación, los estados y los municipios gozarán de esa misma prerrogativa.

Desde luego que somos muy conscientes que la redacción original de este primer párrafo entra en contraposición y flagrante contradicción con reformas posteriores que se le han hecho al mismo artículo 3o., como

respecto de la fracción VIII, por medio de la cual se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes a fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, contrariando el sentido original e igualitario del párrafo primero.

Existen otros muchos ejemplos, parecidos a lo que dispone el artículo 3o. Ahí está el principio de la propiedad originaria atribuido a la nación, y no al Estado, y por ello mismo, atribuible por igual a los estados y a los municipios, que son los que tienen como esencial el elemento territorial, constitutivo del objeto de la propiedad que ahí se anuncia.

La entidad federal es una simple persona moral, creada por un pacto de unión. No tiene que ver nada ni con la nación ni con el Estado. Lo federal se reduce a una forma de gobierno. Por ello, la propiedad de la nación mexicana es algo que pertenece a todos los mexicanos, que constituimos uno de los elementos esenciales de esa nación (la población). Y, es, desde otro punto de vista, de los municipios, de los estados, de los pueblos y comunidades que tienen, además de la población, al elemento territorial como parte de su esencia. No son, ni pueden ser nunca, bienes federales.

Distinto al de la propiedad originaria de la nación, es el problema de la competencia de la Federación, exclusiva o no, sobre materias del régimen de propiedad originaria, así como sobre materias puestas bajo el amparo de la soberanía del Estado. Propiedad y competencia son dos cosas muy diferentes, aunque eso sí, pueden coexistir sobre un mismo bien. Por ejemplo, un propietario de un bien inmueble puede arrendarlo a un tercero, puede hipotecarlo, puede darlo en usufructo, etcétera. Así, los bienes propiedad de la nación pueden estar al amparo de la competencia de la Federación, sin que por este hecho se pueda afirmar que pertenecen a la Federación, ni mucho menos se puede afirmar que la Federación goce de facultades exclusivas sobre el aprovechamiento y la explotación de todos los bienes pertenecientes a la propiedad originaria de la nación.

Por ejemplo, en materia de aguas, no todas las aguas del territorio nacional pertenecen a la Federación, ni siquiera son de su exclusiva competencia, según todos sabemos.

Lo mismo ocurriría con otras varias clases de bienes, pertenecientes a esa propiedad originaria de la nación, como son todos los recursos pesqueros de las aguas interiores y de los mares mexicanos; o como son los recursos silvícolas y boscosos de nuestro suelo patrio. En estos casos puede sostenerse, con mayor propiedad, que dichos recursos pertenecen y caen bajo la esfera de la propiedad, y, consecuentemente, de la com-

petencia, respecto de su explotación y comercialización de los estados y municipios en cuyos términos o cercanías se encuentren dichos bienes o recursos. Repetimos que esta es una cuestión muy difícil, muy compleja, que debe ser estudiada con mayor detenimiento.

Los citados son meros ejemplos sobre materias muy difíciles y complejas, que deben ser examinados con el detenimiento y el detalle que lo ameritan, tal como algunas de estas materias han sido estudiadas por nosotros mismos en otros trabajos ya publicados. En todo caso, estos ejemplos nos sirven ahora para fijar la metodología correcta con que deben ser estudiados, a fin de revertir las tendencias centralizadoras que han venido predominando en nuestro país.

E. Algunas conclusiones de este capítulo

La teoría clásica del federalismo no ha podido superar todavía algunas contradicciones que lleva en sus enunciados. Esto es, frente a la teoría de la soberanía única, que es esencial a la idea de Estado, los federalistas sostienen la tesis de la cosoberanía, como elemento válido para explicar la presencia de estados soberanos en el interior del Estado federal; y, frente a la teoría de la unidad del Estado, los federalistas sostienen la existencia de dos estados en uno.

Estas contraposiciones se explican de manera diferente de uno a otro autor. Tocqueville es un autor clásico, hablando del modelo norteamericano. En otro caso, según la preferencia de cada autor, se resolverán las contradicciones, bien afirmando que la única soberanía es la que corresponde a la federación, ya que los estados son meramente autónomos; bien, afirmando que la única soberanía es la que les corresponde a los estados miembros, ya que la Federación solamente es soberana por delegación o cesión del poder soberano de los estados asociados.

Los estudiosos del federalismo no salen de estos o parecidos planteamientos. Los más audaces, como Jean Dabin, hacen abstracción de tales contraposiciones, y prefieren aplicar al federalismo las teorías de la descentralización. Esto es, explican el federalismo a través de los procesos de la descentralización; o bien, prefieren hablar del federalismo cooperativo; del federalismo participativo, etcétera.

Bueno, frente a estos planteamientos clásicos, nosotros hemos querido proponer un punto de vista, que no es nuevo, pero que sí ha estado en el olvido, o no se le ha tomado en cuenta. Este punto de vista es el de pre-

sentar el federalismo como una forma de gobierno, y no de Estado. Así se expresan, desde 1824, las Constituciones federalistas de México, tal como lo hemos indicado en este trabajo.

Nosotros creemos que el punto de vista de los textos mexicanos (para no aventurar opinión alguna sobre los textos de otros países), además de la importancia intrínseca que puedan tener para los mexicanos, resuelve adecuadamente esos extremos difíciles y contradictorios de la teoría clásica del federalismo: primero, no se entra en la discusión relativa a la soberanía, ni a los extremos de si pertenece a la federación y a los estados (tesis de la cosoberanía); o de si solamente pertenece a la Federación, y no a los estados, o de si más bien pertenece a los estados y no a la Federación; y, segundo, se plantea lo federal como un simple principio para distribuir el poder en dos ámbitos, el federal y el ámbito local: es decir, lo federal se toma como una forma de gobierno. Incluso, dicha distribución del poder puede llevarse al nivel municipal.

En suma, en mi opinión, el tomar lo federal como forma de gobierno en los términos de los textos mexicanos favorece mucho y no trae ninguna de las complicaciones de las teorías clásicas, las cuales, al menos, no pueden ni deben tomarse como explicación única posible del fenómeno federalista.

IV. EXAMEN PARTICULAR DEL ARTÍCULO 124

Con independencia de la distribución de facultades, ayudándose de la territorialidad o de la diversa naturaleza de las materias, la Constitución todavía consagra otras formas y otros criterios por cuya virtud se termina de realizar esa gran tarea de distribución del poder público en México entre estos diversos órdenes, ya mencionados. En particular, en este apartado vamos a pasar a examinar los modos y los criterios establecidos en el artículo 124, cuyo tenor no hemos acabado de comprender.

Leámoslo con el mismo cuidado, de manera directa e inmediata, sin atender las deformaciones que la doctrina general le ha hecho. He aquí textualmente lo que dice: “Artículo 124. Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.³³

³³ Esta disposición guarda una perfecta coherencia con las previsiones del artículo 103: es decir, los funcionarios federales solamente pueden ejercer aquellas facultades que

El primer principio, que aquí se enuncia, es consecuencia de lo establecido en los artículos 39 y 40. La voluntad del pueblo mexicano es que existan los poderes federales, y que estos poderes federales no hagan uso sino de las facultades que expresamente esa misma voluntad popular les atribuyó.

Hablamos de voluntad del pueblo, y no de la voluntad del poder revisor o reformador. Esto significa una prohibición expresa: dichas facultades no podrán serles ampliadas, o restringidas, a través del poder reformador. La razón es sencilla: porque si se permitiera su ampliación, o restricción, se afectaría al pacto federal, o al régimen interno de los estados.

Ahora bien, este principio establece una doble prohibición para los funcionarios federales, así como para el poder reformador. A saber: por la primera, no podrán hacer uso sino de las facultades expresas; mientras que, por la segunda, no podrán ejercer facultad alguna sobre todas las demás materias reservadas para los estados.

El artículo 124 decreta, pues, el principio de las facultades expresas para los poderes federales, así como el gran principio de que todas las demás materias, por estar reservadas a los estados, se constituyen en el contenido de sus propias soberanías.

Si explicamos esto mismo con otras palabras, llegaremos a las dos conclusiones fundamentales siguientes: la primera, es la prohibición para los funcionarios públicos de ejercer facultad alguna que no les esté expresamente encomendada; y la segunda, que los estados, además del natural ejercicio soberano en materia de régimen interior, no tendrán ninguna prohibición para el ejercicio de facultades sobre todas aquellas materias respecto de las cuales los funcionarios federales tengan facultades expresas. Es decir, que los estados solamente se abstendrán de hacer uso de facultades sobre materias que sean calificadas, además de expresas, como reservadas, exclusivas, o privativas de los poderes federales.

No cabe duda que el artículo 124 es la mayor de todas las salvaguardas del federalismo mexicano. Por su enunciado cobra vida y eficacia la soberanía estatal prevista en los artículos 40 y 41. Los estados, en efecto, son soberanos, porque el mencionado artículo 124 les impone tanto a los poderes federales cuanto al poder reformador, la prohibición de irrumpir sobre el régimen interno estatal.

expresamente les encomienda la Constitución y en los términos que les sean asignadas; de otro modo vulnerarán la soberanía interna de los estados, y procederá al juicio de amparo.

Por último, nada más para fortalecer el sentido inequívoco que le estamos dando al artículo 124, recordemos el texto del artículo 21 del Acta de Reformas de 1824, cuyo enunciado es como sigue: “Artículo 21. Los poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa designación”.

Como se puede apreciar, el artículo 124 no permite afirmar, como lo hace Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, y otros autores, que las facultades expresas tengan, al mismo tiempo, el carácter de facultades exclusivas encomendadas al gobierno federal. De su texto se infiere que lo expreso no necesariamente está reservado al gobierno federal.

El texto del artículo 124 ciertamente emplea la voz *reservadas*, pero lo hace a favor de los estados, y no del gobierno federal. Además, hay otro argumento, y es el siguiente: que cuando la Constitución quiere que una materia sea exclusiva de los funcionarios federales, o del gobierno federal, lo indica de manera expresa y categórica, o cuando menos la idea de la exclusividad a su favor se desprende, bien de la naturaleza misma de la materia, como cuando se habla del ejército mexicano o de la defensa del territorio nacional, etcétera, o bien de alguna otra expresión que tampoco deje duda de que estamos ante una materia reservada al gobierno federal, como es la materia de las relaciones diplomáticas y consulares.

Por ejemplo, el artículo 10, que habla de la portación de armas y de la prohibición de tener o portar armas reservadas al ejército, tiene carácter federal, ya que toda esta materia debe ser regulada por una ley federal. Aquí la expresión “ley federal”, aunada a la naturaleza de la materia, nos lleva a la conclusión de que efectivamente se trata de una competencia exclusiva del gobierno federal. Ahí están algunas materias del artículo 27, y ahí están las materias del artículo 28 y muchas más materias.³⁴

En suma, todo esto significa que las materias que no vayan acompañadas de la leyenda de materias exclusivas del gobierno federal serán necesariamente materias de competencia de los estados dentro de sus respectivos territorios: la razón es obvia, y se desprende del contenido del mencionado artículo 124.

³⁴ En estos artículos se enuncia el principio de la propiedad originaria de la nación, de la cual se desprenden las diferentes especies de propiedad reconocidas en México, como la privada, la social y la pública. Pero además se aclara que corresponde exclusivamente al Estado la explotación de la riqueza del subsuelo, la energía nuclear y la electricidad y otras importantes áreas estratégicas.

A los funcionarios federales se les prohíbe ejercer facultades que no estén expresamente encomendadas por la Constitución. En cambio, los estados no tienen más que la prohibición de abstenerse de hacer uso de facultades en las áreas reservadas exclusivamente al gobierno federal. Hecha esta salvedad, los estados pueden y deben tener como propias, como pertenecientes a su régimen interno soberano, la facultad para ocuparse de todas las demás materias no exclusivas del gobierno federal.

Por ejemplo, la materia de derechos humanos, aun en el área expresa que regulan las leyes del juicio de amparo, puede ser objeto del ejercicio directo o inmediato por parte de los estados, creando juicios de amparo de carácter local, y sin oponerse a la aplicación de la legislación federal. En suma, los estados únicamente son limitados por los enunciados de facultades exclusivas del gobierno federal.

Para completar nuestro examen, resta el estudio de las llamadas facultades coincidentes, que nosotros con un sector importante de la doctrina preferimos denominar “concurrentes”. ¿De qué facultades estamos hablando? Los autores patrios de derecho constitucional estudian con detenimiento esta clase de facultades concurrentes. Pero no todas sus conclusiones son aceptables.³⁵

Por ejemplo, en materia de educación: el gobierno federal podrá crear sistemas y planteles educativos, no sólo en el Distrito Federal y, cuando los tuvo, en los territorios federales, sino en todo el territorio nacional. Ahora bien, el ejercicio de esa facultad deberá hacerse sin menoscabo de la facultad de los municipios y de los estados para hacer lo propio dentro de sus respectivos territorios, de tal manera que, en un municipio dado, podrán coexistir una escuela federal, una estatal y una municipal, sin menoscabo para ninguno de los gobiernos que las haya creado.

Lo que ya sería discutible es el establecimiento de sistemas y planteles privados en un territorio estatal o municipal al amparo de una autorización federal, porque en este caso el gobierno federal no tiene facultad expresa para autorizar el establecimiento de escuelas y sistemas educati-

³⁵ Sobre todo no son aceptables cuando, entrando en contradicción terminológica, confunden facultades concurrentes (como las asignadas en educación, en donde hay concurrencias de Federación, estados y municipios) con facultades exclusivas de la Federación. De esta forma, se afirma que todas las facultades previstas en el artículo 73 como facultades del Congreso de la Unión son facultades exclusivas de dicho poder federal, lo cual es completamente falso, ya que la mayoría de dichas facultades tienen carácter de concurrentes.

vos en los territorios de los municipios y de los estados. Esto es, la única autoridad competente para autorizar una escuela privada en un municipio es la autoridad municipal, y no la estatal ni la federal.

Digámoslo con otras palabras: sería absurdo que el municipio de Quitupan, al cual pertenece su servidor, pretendiera crear un sistema educativo en el Distrito Federal, sujeto a su jurisdicción y excluido de la jurisdicción que las autoridades del Distrito Federal tienen por razón del territorio.

En suma, todas las materias concurrentes, coincidentes, coexistentes, etcétera, están sujetas al principio de la territorialidad, por un lado, así como a la naturaleza propia de cada materia. Es decir, los municipios no pueden crear escuelas propias sino en su territorio; los estados no podrán crear escuelas propias sino en su territorio, y la Federación podrá crear escuelas propias en todo el territorio nacional.

Sobre este particular, la reforma constitucional de 1921 a la fracción XXVII del artículo 73, publicada en el *Diario Oficial* del 8 de julio, precisaba que la Federación tendrá jurisdicción sobre los planteles que ella establezca, sostenga y organice, sin menoscabo de la libertad que tienen los estados para legislar sobre el mismo ramo educativo.³⁶

V. SOBRE EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA FE PÚBLICA

1. *Planteamiento general*

Como se sabe, a raíz de la aparición de la Ley Federal de Correduría Pública, promulgada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1992, se planteó una interesante controversia entre diversos sectores de la administración pública federal, como el sector de donde provino dicha ley, los destinatarios y posibles beneficiarios de ella y el notariado nacional. Incluso, la controversia ha desbordado ya el campo inicial en donde se planteó, e incidió para involucrar a registradores públicos, federales y estatales, así como a diversas instancias jurisdiccionales, como la contenciosa y la misma jurisdicción de amparo.

Estamos, pues, ante una importante controversia que, desde el punto de vista estrictamente jurídico y, por tanto, más allá o más acá de los intereses poderosos puestos en confrontación, involucra cuestiones de di-

³⁶ He aquí una excelente precisión muy en consonancia con lo mandado por el artículo 124 de la misma Constitución, aclarando que el ejercicio de las facultades concurrentes debe hacerse sin menoscabo de las atribuciones hechas a los estados.

versa naturaleza, todas ellas de la máxima trascendencia. Por ejemplo, se involucra a la materia federal *versus* el régimen interno de los estados; se involucra también, y más en particular, la cuestión relativa a la materia mercantil y de comercio y su verdadera posición (esto es lo que se cuestiona) entre el orden federal (unos dicen que es materia federal) y el orden estatal (otros dicen que no toda la materia de comercio es federal), así como el cuestionamiento de la naturaleza misma de la correduría pública federal, que pretende compartir y competir en el campo específico del notariado tradicional mexicano.

Magnífico reto. Nada sencillo, nada fácil. Bien, con el ánimo de contribuir a encontrar las luces para la solución de algunas de estas cuestiones, es decir, sin olvidar que los problemas están llegando ya a las diversas jurisdicciones, nosotros vamos a detenernos en el examen del régimen jurídico de la fe pública en general, para, desde esa generalidad, intentar precisar la naturaleza de la correduría pública federal *versus*, repetimos, el notariado nacional.

Como se puede apreciar, nosotros nada más nos ocuparemos, en este trabajo, de una sola parcela de las varias que se cuestionan, aunque reconociendo que la cuestión federal *versus* el régimen interno estatal será absolutamente inevitable, y tendremos que examinarla.

Esto es, de entrada se percibe que estamos ante una ley federal que, como tal, debe, debió o deberá moverse rigurosamente en el campo de lo federal, respetando, por tanto, el régimen interno de los estados.

Por desgracia y como efecto de una secular tendencia, casi invencible, protagonizada por el mal llamado poder constituyente permanente, cuyo sentido de constituyente es contrario al principio de la soberanía popular, consagrado en el artículo 39 constitucional como la única fuente de legitimación del poder, sobre todo del poder que tiene por objeto modificar la forma de gobierno y sus contenidos originales, por efecto de esta secular tendencia, decíamos, se han venido ensanchando incesantemente las facultades de los poderes federales en perjuicio de la soberanía interior de los estados.

Por ello es que las dudas y las controversias planteadas por la Ley Federal de Correduría Pública se deben, más que nada, a esa tendencia de invasión sistemática de las esferas estatales por parte del poder federal. Más aún, esa misma ley se nos presenta como un ejemplo típico de invasión, ya que ni siquiera en este mismo momento existe ninguna fracción, ningún precepto en la Constitución que diga más o menos así: “el

Congreso de la Unión tiene facultad para regular o expedir una ley sobre correduría pública”. No existe, insistimos, por ningún lado, la asignación expresa, como lo exige el artículo 124, de una facultad tal o parecida.

Desde luego que, como afirman los autores de derecho constitucional y, fundándose en esta doctrina, los defensores de dicha Ley Federal de Correduría Pública, existen las llamadas facultades implícitas, que son aquellas que se desprenden de las facultades expresas; como por ejemplo, si el Congreso tiene facultad para regular el comercio (artículo 73, fracción X) implícitamente tendrá facultad para regular una de las parcelas de la materia de comercio, como es la materia de la correduría pública.

He aquí, brevemente redactado, el estado de una de las cuestiones, que tiene que ver con la parcela que aquí vamos a estudiar. Cuestión diferente, pero vinculada con la anterior, es la materia de la fe pública: ¿acaso se puede investir de fe pública a los corredores mercantiles? Y suponiendo, sin conceder, que se les pueda investir de fe pública como a los notarios ¿cuál es el alcance de esta fe pública del corredor mercantil federal? ¿Puede extenderse hacia el interior del régimen estatal en materias que no caigan en la esfera federal de manera exclusiva?

Bien, para seguir un cierto orden en esta última parte de nuestro trabajo, primero, vamos a recordar qué cosa es la fe pública y cuál es su régimen jurídico, con la finalidad de recordar por qué cada estado tiene y ha tenido siempre su propia fe pública o un notariado particular y privativo y cómo la fe pública federal notarial, históricamente, se reducía al Distrito y territorios federales, así como al campo de las materias. Exclusivamente reservadas a la Federación, en segundo lugar, examinaremos a la institución de la correduría mercantil, para precisar sus límites derivados del principio de la territorialidad y los límites impuestos por la naturaleza de las materias, que son objeto de alguna competencia.

2. Examen particular de este régimen

Empecemos advirtiendo que la fe pública no es una materia que se reduzca, ni mucho menos, al campo específico de la actividad que actualmente llevan a cabo los notarios, de manera que la fe pública puede ir anexada, de manera consustancial, o de manera meramente adjetiva, al ejercicio por parte de una autoridad o funcionario público, o una persona particular, pero habilitada por la ley, de una función legislativa, judicial, administrativa, política, civil, registral, notarial y, por supuesto, también mercantil.

A. *Elementos definatorios*

¿Qué es la fe pública? La doctrina común afirma que la fe pública es una calidad que adquieren ciertos documentos después de ser elaborados cumplimentando ciertas y precisas formalidades y requisitos, en virtud de la cual (esa calidad) se garantizan como auténticos los hechos narrados y, por consiguiente, su validez y su eficacia jurídica.

Digámoslo con otras palabras: la fe pública es una presunción de autenticidad, de certidumbre y de validez, que por mandato de ley adquieren los hechos y los actos narrados en dichos documentos, al amparo de las formalidades de referencia.

La fe pública, además, tiene que ver con la misma acción de gobierno, no sólo con la publicidad intrínseca del acto de gobierno en general, sino con la publicidad de los actos de gobierno en particular, de manera que esa publicidad intrínseca unida a la legitimidad es la razón de la autenticidad y certidumbre (fidedigno, fidedignamente, fidelidad, fehacientemente) que tienen dichos actos de gobierno.

Ahora bien, el acto de gobierno por excelencia es la ley, la cual por definición goza de las prerrogativas de la coercitividad o *imperium* o *vis* y de la publicidad. Ésta es una definición y una caracterización que nos llega del derecho romano, y más exactamente del *ius publicum*, definido como el derecho que tiene que ver con la *res publica*, o con el Estado, como hoy diríamos.

La fe pública no es, ni puede serlo, anterior a la ley. De aquí que históricamente siempre se nos haya manifestado no sólo como una cualidad de la ley, sino en particular anexa o alijada a un oficio, cargo, o institución creada por la ley, anexa, precisaríamos, al oficio del escribano y del notario, por así decirlo a la luz de nuestra tradición jurídica, como lo recuerda Bernardo Pérez Fernández del Castillo en su conocido libro *Historia de la escribanía en la Nueva España y el notariado en México*, publicado en México en 1988, quien no recoge sino el sentir común de la doctrina italiana, francesa y la española al respecto.

a. El notario del derecho romano justinianeo

El Corpus Iuris y algunas Novelas de Justiniano ya se ocupan ciertamente de regular la actividad de los escribanos con funciones de notarios, es decir, de escribanos investidos de autoridad especial como para darles

plena validez a ciertos actos y contratos hechos a través de su intermediación, previéndose también el correspondiente registro en los respectivos “protocolos”. El libro de Bernardo Pérez Fernández del Castillo trae en el apéndice al capítulo I algunos pasajes en lengua española de esta regulación de Justiniano.

De mucha importancia debió haber sido esta actividad de los notarios del derecho justiniano, que fue determinante para que pasara esta misma figura al llamado derecho canónico, y, desde luego, para que se elaboraran los primeros tratados sobre esta materia, como la *Summa artis notariae* de Rolandinus Passaggeri, Bologna, 1255, así como este otro escrito del mismo autor, fechado también en Bolonia en 1258, *De officio tabellionati in villas et castris*, que dan inicio a una ininterrumpida y riquísima tradición doctrinaria sobre dicha institución del notariado, tal como se ejemplifica, con una amplia cita de los formularios más importantes en el libro de Pérez Fernández del Castillo.

b. El escribano y el notario en los documentos más antiguos de la tradición española

Sin duda alguna, de la misma fuente del derecho justiniano debemos desprender la secuencia histórica de los escribanos y de los notarios españoles, secuencia que podemos documentar, entre otros, en los llamados fueros municipales y cartas de población, correspondientes a los siglos VIII al XIV.

En estos documentos, en efecto, se puede apreciar en términos generales cuáles eran las fórmulas más solemnes entonces usadas en esta clase de documentos, que debían ser los documentos de mayor significación e importancia, no sólo porque se trataba de documentos emanados del rey, sino también porque se referían a materias trascendentes para los destinatarios y para todo el reino, ya que se contenían privilegios personales, así como donaciones de tierras y otras normas, como diríamos, para la buena organización de los pueblos. Pero que, sin embargo, están redactados bajo un formalismo muy singular, consistente en la firma de un gran número de personas de la alta nobleza y del alto clero, que a veces suman más de cien firmantes, entre los cuales, con alguna frecuencia, encontramos al final de esa lista de firmantes, la firma y el sello de un escribano o de un notario, como se puede apreciar en los ejemplos siguientes:

Veamos primero el ejemplo de un escrito o documento que lleva nada más la rúbrica del rey. Dice: “*Ego Alfonsus Dei gratia Hispaniae Imperator quod fieri mandavi, proprio robore confirmo*”.

En segundo lugar, tenemos documentos que llevan, además de la firma del rey, otras varias firmas de testigos:

Enteco Azenariz in Vichera, testis.
Sersia dominaron in Nagera, hic testis...

En tercer lugar tenemos documentos que llevan firmas de testigos y firmas confirmatorias, además de la firma del rey:

Gonzalo Pérez, confirma.
Pelayo Corbo, confirma.
Domingo Pérez, test.
Pedro Domingo, test.
Martín Notario del rey aquesta escritura confirma.
Vicente Heira, test...

Aquí encontramos, junto a la firma del rey, seguida de firmas de testigos y de firmas confirmatorias, la firma de un notario, que lleva la misma leyenda de “confirma”, que es la abreviación de la expresión latina *confirmat*.

En cuarto lugar, tenemos documentos en los que figura además de las mencionadas firmas de testigos y firmas de confirmación, la firma de un notario seguida de la firma de un escribano:

Signum Regis Alfonso. Rodericus Garcias Majordomus
Curiae Regis conf. Comes S. De Marannone, Alferiz.
Regis conf. Petrus de la Cruce Notarius Regis.
Reimundo existente Chancellario scripsit.

En quinto lugar, tenemos documentos que llevan leyendas más expresivas aún: *Petrus de Almerge, qui hoc traslatum fideliter scripsit et hoc signum fecit*.

Aquí vemos que el escribano (*de scripsit*) claramente deja constancia de haber hecho una transcripción fidedigna, y para que así conste nos dice que puso a continuación su sello. Todo ello por orden expresa del rey.

Se podrían citar muchos otros ejemplos, pues en realidad todos ellos, a excepción de unos pocos, que llevan nada más la firma del rey, como el ejemplo citado en primer lugar, llevan largas listas de firmantes, pre-

cisamente en calidad de testigos, de firmas confirmatorias, entre las que encontramos con mucha frecuencia la firma de algún escribano o la de algún notario.

Nosotros pensamos que esta clase de fórmulas en el fondo sólo buscan la conveniencia de dejar la más amplia, la más firme garantía de la validez del documento, así como de su indestructible seguridad o fecha ciencia, muy ampliamente testimoniada con esa larga lista de firmantes, que en ocasiones sobrepasan las cien firmas, además de la manifiesta solemnidad del mismo acto.

Como vemos, en esta clase de documentos ambas figuras, del escribano y la del notario, aparecen de manera indiferenciada, a veces en un mismo escrito. Pero, eso sí, aparecen ya no como meros “relatores”, sino en ejercicio de la función propia o intrínseca a su oficio, no obstante que firmen en el mismo sentido de “confirmación” o de “testigos”, en que lo hacen los altos dignatarios del reino. Es decir, los escribanos y los notarios no firman en calidad de altas dignidades como los otros firmantes, sino en cuanto que han recibido un oficio especial de manos del rey, el oficio de pasar a limpio, como preveían las *Novelas* de Justiniano, o el de transcribir un mandato expreso del rey, de manera fiel y exacta, firmándolo para constancia y poniendo el sello correspondiente, que no es un sello propio del notario o del escribano, sino que se trata del sello de alguno de los varios sellos que usaba el mismo rey.

Se trata de una práctica, perfectamente documentada, de la actividad notarial. No existen todavía normas reguladoras de dicha actividad. Éstas vendrán más tarde, como disposiciones aisladas, o como capítulos incorporados ya a los cuerpos famosos de leyes, que todos conocemos, como es el Fuero Real, o las Siete Partidas.

Una práctica compleja, que nos permite apreciar no sólo esta actividad específica del notariado, sino también la actividad complementaria del registro, así como del encargado del sello (o *chancellorio*) y del mismo refrendo. Actividades diferentes, que puede desempeñarlas una sola persona, al principio, y que terminarán siendo instituciones a oficios diferentes con el paso del tiempo, encomendándose, en todo caso, a los escribanos y a los notarios, casi indistintamente.

Como vemos, los oficios de la escribanía, así como del notariado, se originan por mandato de la ley o por algún acto del rey en ese contexto de propósitos de conferir seguridad y certeza al tráfico jurídico. De estas experiencias históricas muy pronto se pasó a una muy amplia regulación

tanto de la escribanía y del notariado cuanto de los registros mismos, del carácter de públicos y de la publicidad de sus certificaciones.

Esta regulación la encontramos, en efecto, en las Leyes de Partidas, así como en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, por citar los cuerpos de leyes que estuvieron en vigor, no sólo durante la etapa colonial, sino sobre todo, durante todo el siglo XIX en México, es decir, hasta que fueron apareciendo nuestros códigos federales y estatales. Véase, por ejemplo, la segunda partida, título IX, leyes séptima y octava, y la tercera partida, título XIX y título XX. Respecto de la Recopilación de las Leyes de Indias, véase el tomo 1 de la edición de 1791, libro II, título VIII, de la página 144 a la 154; y del libro VIII, título V de la página 446 a la 449.

Vamos a detenernos en esta regulación, ya que sus principios se recogen fielmente en las leyes federales y en las estatales sobre notariado. Veamos lo que dicen, a modo de ilustración, las leyes federales, como la del 19 de diciembre de 1901, la del 29 de enero de 1932, la del 23 de febrero de 1946, o la ley del 8 de enero de 1980.

i) Relación con la materia registral

No es fácil determinar el momento en que nace, en la tradición del derecho español, la institución registral. Por lo que hallamos en la tercera partida, vemos que a los registradores se les define como escribanos, encargados de transcribir en unos libros especiales, las cartas del rey. Dice textualmente la ley VIII del título XIX de esta tercera partida: “Registradores son dichos otros escrivanos que ha en casa del Rey y que son puestos para escrevir cartas en libros que han nombre registros, e nos queremos aquí decir, porque han nombre assí estos libros, e que proviene dellos”.³⁷

El término de “escribano”, que ya encontramos en los fueros municipales y Cartas de Población, está tomado de la acción misma que se realiza: escribano es el que escribe: *qui scripsi*, así como notario proviene de la expresión *qui notavit*, en terminología, repito, de las Cartas Pueblas y fueros municipales, pertenecientes a una etapa más antigua (hacia el año 730 y posteriores). Quizá por ello la tercera partida asocia a los registradores con una clase especial de escribanos que “son puestos para escrevir

³⁷ Véase en la obra, que hemos usado nosotros, de Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1985, t. I, p. 444.

en los libros”. Mientras que, se llama “registro” a los mismos libros en los que se hacen los asientos de las cartas.

Con todo y cualesquiera que sea el origen y su proceso de formación a la altura de las Partidas y, desde luego, para la Nueva Recopilación, la institución registral se nos muestra como una institución compleja y perfectamente caracterizada.

Se trata de un oficio autónomo, creado por disposición real. En este oficio se distingue a la persona que es agraciada o que recibe la merced del oficio mismo, de los libros y el lugar material en donde éstos se guardan o archivan. Tenemos, entonces, a uno o varios registradores; uno o varios libros, en donde se hacen los asientos de cartas y documentos y un archivo a donde se remiten cada año los libros en cuestión para su conservación.

El título XV del libro segundo de la Nueva Recopilación, que comentamos, lo dice expresamente. En efecto, existe o se crea el oficio de registrador cuando el rey así lo determina: “...a quien nos hicieremos merced del dicho oficio de registro”.³⁸ La persona que resulta agraciada con la merced de este oficio se llama registrador, y su función consiste en hacerse cargo de escribir los asientos registrales, custodiarlos, otorgar certificaciones: “porque se pueda dar razón de todo ello, cada que nuestra merced fuere de mandar catar en los dichos registros; y cuidar su remisión, cada año para su archivo en el lugar señalado”.

La operación del registro consiste, por un lado, en poner su nombre en el documento mismo, que se presenta para tal efecto: “ponga su nombre enteramente en la carta que registrare”,³⁹ y, por otro lado, en dejar constancia de dicho documento en los libros del registro y volver a poner allí su nombre.⁴⁰

Tal operación deberá hacerla por sí mismo el registrador, o por su lugar-teniente. Una y otra persona, en su caso, deberán residir en la Corte: “...que resida personalmente en la Nuestra Corte”.⁴¹

El oficio se otorga a persona fiel y proba, previamente “aprobada i jurada en el nuestro Consejo”.⁴²

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

Los efectos que produce el registro son los de validez, y los de ejecutividad o ejecutabilidad, pues una carta o disposición que no hubiera cumplimentado el requisito del registro, tal como quedaba ordenado, será nula y no debía cumplirse: “sea en sí ninguna, i no sea cumplida”.

Eran objeto de registro, según viejas leyes de Valladolid, de 1447, y de Toledo, de 1462,⁴³ todas las cartas y toda clase de provisiones; las causas de los fiscales y de los asuntos reservados al rey. Todo lo cual debía luego remitirse, para su conservación y custodia, a un archivo especial, que se ordena sea creado en la Chancillería.

El texto de la ley VIII de la tercera partida contenía ya todas estas provisiones de la institución registral. Por ejemplo, se define al registro como “libro que es fecho para remembranza de las cartas e de los privilegios que son fechos”.

El registro, además, servía para reponer aquellos documentos que se pudieran haber pedido por los interesados, que se hubieran desvanecido o echado a perder, y para evitar cualquier duda que se pudiera suscitar por el mal estado de conservación del texto original. Además, el registro, mediante la compulsación o cotejo, hacía prueba plena de autenticidad. Decía, textualmente esta ley VIII, sobre la materia registral:

E tiene pro porque si el privilejo, o la carta se pierde o se rompe, o se desfaze la letra por vejez, o por otra cosa: o si viniere alguna dubda sobre ella por ser dayda, o de otra manera cualquier: por el registro se pueden cobrar las perdidas, e renovarse las viejas. E otro sí por el pueden perder las dubdas de las otras cartas de que han los omes sospecha. E aun yaze y otra, porque si alguna carta diesen como non devan, por el registro se puede provar quien la dio: o en que manera fue dada.⁴⁴

Respecto a los deberes del registrador, se ordenaba que:

escrivan las cartas lealmente como gelas dieren, non menguando nin añadiendo ninguna cosa en ella, e non deven mostrar el registro si non al notario, o al sellador, o a otro alguno pormandado del Rey, o destos sobredichos o alguno de aquellos que han de poder de judgar, o de fazer justicia.⁴⁵

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

En suma, el registro es semipúblico, ya que si bien no está al alcance de todas las personas, indiscriminadamente, sí se permite tener acceso a los interesados, titulares o favorecidos por alguna carta o privilegio, así como a los selladores, notarios, escribanos y jueces que, por razón de sus oficios tuvieren que esclarecer algún problema relacionado con el registro. Y, por supuesto, tenía acceso al registro cualquier otra persona, que fuera autorizada por el rey.

Estupenda caracterización de la institución registral, la que nos hace la tercera partida y la propia Nueva Recopilación.

La materia registral se relaciona con la del refrendo, no sólo porque puedan tener origen común, con respecto a la fuente que estamos manejando, sino también por lo que tienen que ver, refrendo y registro, con la figura del escribano, que es el que transcribe materialmente las cartas y privilegios del rey o la reina (éste, evidentemente, no los escribe de puño y letra, ya que se limita a firmarlos, en el mejor de los casos), y es el que se encarga de pasarlos a los libros o registros, y es, en algunos casos, el encargado de refrendarlos. Hablamos, claro está, de la institución de la escribanía, de la que conocemos varias clases o a la que se le encomiendan funciones diferentes.

ii) *Relación con la materia del sello*

La institución del sello (*siilo, siillo, siello, o signum*), es muy remota, y se encuentra ya en los documentos; por ejemplo, de las Cartas Pueblas y fueros municipales más antiguos. En estos documentos, así como en los cuerpos legales posteriores, encontramos desde las voces latinas de *signum, signare*, hasta las de *siilo, siillo, siello*, referidas tanto a una señal visible o material, que puede ser un sello de oro, un sello de plomo, etcétera, cuanto a una rúbrica o firma *signum feci, signavi*.

La partida tercera, que dedica todo el título XX a esta materia, define al sello en la ley I, de la forma siguiente:

Sello es señal que el Rey, u otro ome cualquier manda fazer en metal, o en piedra para firmar sus cartas con el. E fue fallado antiguamente, porque fuesse puesto en la carta como por testigo de las cosas que son escritas en ella, e tiene pro a muchas cosas: ca por el las donaciones, e las tierras, e las heredades que los Señores dan a sus vasallos las han firmes, e seguras. E otro sí las mandaderías, que ome embia por sus cartas son mas e van en

mayor paridad por la cerradura del sello. E otro sí todas las cosas que ome ha de librar, por sus cartas, libranse mejor, e son mas creydas quando su sello expuesto en testimonio dellas.⁴⁶

Propiamente, sello es la señal material, hecha de metal o piedra, que era empleada como firma personal del rey o su equivalente o de cualquier otra personalidad. Por lo que ya conocemos de las Cartas Pueblas y de los fueros municipales, existen casos en los que el rey ponía expresamente su firma. Después, tal como sucede con los supuestos de las *Cédulas*, que recoge Vasco de Puga, el monarca se limita a decir “yo el rey”; “yo la reina”, complementándose, en todo caso, la rúbrica o la expresión de referencia, con el sello correspondiente que ponía el encargado de este oficio.

El sello es, ante todo, para estas fechas en que se promulga la nueva Recopilación, un oficio complejo, como el de la institución del registro. Más aún, parece que durante la primera etapa de la vida de estas instituciones, el encargado del sello era, al mismo tiempo, el encargado de llevar el registro o de registrar los documentos del rey, toda vez que la tercera partida, en el título XX y en la ley IV, manda previamente a los selladores: “Que fagan registrar las cartas, cada una en el registro que le conviniere”.⁴⁷

Y, antes decía esta misma ley: “E deven guardar los registros, que non si pierdan”. Los responsables del sello, según la partida tercera, tenían amplísima facultad para examinar las cartas que se les presentasen, y poder así verificar su autenticidad, de manera que sólo en los casos en que se tenía la certeza de dicha autenticidad se pasaba a su registro y, posteriormente, a colocar el sello correspondiente. En caso contrario, el sellador procedía a romper la carta, a inutilizarla o, en palabras de la ley VI de la misma tercera partida, “a quebrantar, e cancelar las cartas que fueren mal fechas”.⁴⁸

Según esta misma ley VI, la institución de la *Canchellería* tuvo su origen en esta acción de inutilizar las cartas mal hechas (falsas), “por ende dezimos que cancellería es lugar do deven aducir toda las cartas para sellar... E por esto la llaman cancellería, porque en ella se deven quebrantar,

⁴⁶ *Ibidem*, p. 446.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 446 y 447.

e cancelar las cartas que fueran mal fechas”.⁴⁹ No en vano, el sello, en principio, se le daba nada menos que al *Chanciller* mayor de los reinos de Castilla y de León.⁵⁰

Había varias clases de selladores: selladores de palacio o de la Casa Real; selladores de ciudades y selladores de villas. El sello debía recibirse de manos del rey, ante quien se le jura honradez y lealtad. Y lo recibían el Canciller o el notario, y éstos podían, a su vez, ponerlo en manos de sus lugartenientes o de terceras personas, a buen juicio, de aquéllas.⁵¹

A su vez, había varias clases de sellos, no sólo por razón del material de que se hacía (metal o piedra), sino también por razón de otros diferentes motivos, y así se habla de “sello dorado o de oro”; de “sello plomado o de plomo”; de “sello de piedra”; “sello de confirmación”; “sello de paridad”; de “sello mayor”, etcétera.

Son objeto de la acción de sellar, tanto los documentos públicos como los privados, por así decirlo. En todo caso, en tratándose de documentos públicos, que son aquellos procedentes del rey, de sus Consejos, y aun de las diferentes autoridades de las ciudades y villas y las mismas justicias, para tener plena validez y fuerza debían presentarse al sellador, quien después de examinarlos cuidadosamente ordenaba su registro, y posteriormente se le colocaba el sello de que se tratara.

Los cuerpos legales, como las Partidas y la Nueva Recopilación, hablan de cartas, de providencias, de privilegios, por regla general; pero en realidad toda clase de documentos podían hacerse valer por medio de una carta real, o de una providencia o de un privilegio, indistintamente.

Por carta real se despachaban los fueros municipales y las cartas de población; por carta real se otorgaban todas las clases de privilegios, desde el otorgamiento de tierras hasta el permiso para celebrar ferias, o para dejar de pagar algún impuesto. Por medio de la carta real, o del privilegio, cualquier documento privado se podía transformar en público, y así gozar de esa infalible garantía del sello real. ¿Por qué se buscaba siempre obtener el sello real? Sencillamente porque el sello real producía efectos plenos de validez y de plena eficacia *erga omnes*.

El sello real representó siempre la máxima garantía de validez y de eficacia. Yo suelo recordar, a modo de ejemplo, por la profunda impre-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 447.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

sión que me causó su lectura en Bernal Díaz del Castillo, la anécdota que allí se narra, sobre que Hernán Cortés, al recibir a los componentes de la primera Audiencia, que iba a establecerse en la Nueva España, y que lo iban nada menos que a residenciar, cuando éstos le mostraron sus cartas y vio los sellos reales, los besó en señal de humilde acatamiento. ¡Un gesto verdaderamente admirable, de un hombre que ya se había atrevido a desobedecer al gobernador de Cuba! El sello real es la máxima garantía del tráfico jurídico, en general. Las cartas reales, sin embargo, para su validez, debían ser registradas siempre, y luego selladas. Sin estos requisitos eran nulas.⁵²

El sello era señal, por excelencia, de autenticidad, validez y eficacia. El sello suponía el examen previo del contenido del documento y de la autenticidad de su origen, y de los firmantes; el sello suponía siempre, la acción registral y, sin duda alguna, cuando aparece, la acción refrendataria. ¿Acaso el sello no es una forma de refrendo?, ¿no lo dice expresamente la ley I de la tercera partida, ya citada?

“Sello, dice, es señal que el Rey, u otro ome cualquier manda fazer en metal o piedra para firmar sus cartas con él”.⁵³

El sello equivale a una rúbrica, a una firma personal; es el testimonio de la autenticidad del documento. Dice más adelante la ley citada: “E fue fallado antiguamente, por que fuesse puesto en la Carta como por testigo de las cosas que son escritas en ella...”.⁵⁴

Como vemos, el sello es la mejor señal de la autenticidad del documento; es una especie de firma personal, por así llamarla, que se pone en los escritos “como por testigo” de su contenido, para darles carácter de “firmes e seguras”. El sello, en fin, se transforma en una especie de refrendo, cuando el que pone el sello es una persona diferente a aquella que dictó el escrito de que se trate.

En efecto, cuando la carta o documento procede de manos del rey o de persona por él autorizada, y se presenta al sellador como documento real, las acciones encaminadas a su examen, a su registro, en su caso, y al sellado, son acciones sencillamente refrendatarias. Y son acciones refrendatarias porque, al poner el sello, o al registrar el documento, el tenedor

⁵² Tal es el sentido, en efecto, de la ley XV, en donde se consagra el refrendo, el cual, bajo el punto de vista de esta secuencia, juega el papel de requisito, igualmente necesario para la validez de los documentos.

⁵³ Véase en el libro citado: *Códigos antiguos españoles, cit.*, nota 36, p. 446.

⁵⁴ *Idem.*

del sello y el encargado del registro, que durante la primera etapa era la misma persona, debía no sólo poner su firma, sino que debía escribir su nombre completo en la carta, como lo disponía de manera expresa una ley de Madrigal, de 1476, firmada por los reyes Católicos, en relación con otra cédula de 1502, firmada en Toledo, el 17 de septiembre, por la reina doña Isabel.

iii) *Relación con la institución de la escribanía y del notariado*

Según ya hemos adelantado, el término “escribano” proviene del radical que hallamos en el verbo latino *scribere*. En algunas cartas pueblas, como hemos visto, ya aparecen las primeras expresiones romanceadas de este vocablo, combinándose con sus correspondientes expresiones latinas.

La tercera partida, título XIX, ley I, define al escribano como el hombre que sabe escribir: como “ome que es sabidor de escrevir”.⁵⁵

Desde antiguo se ha hecho una doble clasificación de los escribanos. Por un lado, se agrupa a los escribanos que ponen por escrito las disposiciones del rey, a través de las cartas, los privilegios “e los actos de casa del Rey”, como reza la ley mencionada hace un momento. Mientras que, por otro lado, se agrupa a los escribanos encargados de dar fe de hechos, prestar testimonio, cotejar documentos, en las ciudades y en las villas y otros lugares, que desempeñan el papel, más o menos, que posteriormente se les encomendaría a los notarios. Ambos grupos reciben el nombre de escribanos, y tienen el carácter de públicos; es decir, reciben su nombramiento de manos del rey y actúan en su nombre o por su mandato.

La institución notarial, aunque el término proceda de una raíz diferente a la del término de “escribano”, el legislador histórico la ha vinculado mucho con la institución de la escribanía. De hecho, la segunda especie de escribanos cumplen funciones notariales, quienes toman conocimiento (notario proviene del supino del verbo *gnosco*, cuyo supino es *notum*, de donde *notitia*, *notarius*, etcétera). Y dejan constancia o fe pública sobre el mismo.

Con todo, se les da un trato separado en las Partidas. De los notarios se ocupa la partida segunda, título IX, ley VII, en donde se les define como “oficiales reales que fazen las notas de los privilegios e cartas, por man-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 443.

dado del rey, o del Chancellor”. Son nombrados unas veces por el rey, y otras por el mismo *Chancellor*. Se dice también que los notarios deben hacer sellar las cartas antes que sean “vistas”, o pasen a manos del rey o del mismo *Chancellor*. Es decir, tienen el deber de pasar sus escritos por la oficina del sello, para cumplimentar el requisito de validez.

Como sabemos ya, por la referencia a los oficiales del sello y del registro, estamos ante figuras muy próximas unas a otras. El *Chancellor* sellador, el registrador, el escribano y el notario, probablemente era la misma persona en los primeros tiempos. Después, esta misma persona comenzó, así se lo autorizaban las leyes, a nombrar lugartenientes y ayudantes que realizaban estas labores, bajo la supervisión y responsabilidad de aquél.

Más tarde, en fin, se institucionalizan las funciones y nacen los oficios, de manera autónoma o separada. Sin embargo, algunas de estas funciones siempre permanecieron concomitantes y casi correlativas: el notario y el escribano se encargaban de poner por escrito los mandatos reales; al registrador correspondía transcribir literalmente esos escritos a sus libros y custodiarlos en un archivo; después, el sellador colocaba el sello de autenticidad que tocara; y, por último, venía la firma refrendataria, se empleara o no esta expresión, que tal es, en paridad, la firma de los secretarios del rey, que no son otros sino los propios notarios de la tradición histórica.

La escribanía, lo mismo que la institución notarial, tienen carácter público, y su firma goza de la prerrogativa de la fe pública, “cuyas cartas deven ser creydas por todo el reyno”,⁵⁶ en palabras de la ley III, título XIX, de la partida tercera. El escribano, a su vez, gozaba del respeto y miramiento públicos como oficial del Rey, de manera que se agravan especialmente los tipos penales, cuando se hacen en perjuicio de un escribano, ley XIV.⁵⁷

Los escribanos, pues, como oficiales reales, recibían el encargo de hacer las cartas que les mandara el rey, por sí mismos, o de sus manos mismas, como se aclara en la ley V del título XIX, de la tercera partida, salvo casos de enfermedad o de trabajo, en cuyo supuesto el escribano podía pedir el auxilio de otra persona. En todo caso, la carta deberá ir firmada por la persona que la haya hecho, con la leyenda de que lo hizo por orden del escribano, y deberá ser revisada por éste, poniéndole, además, la

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 445.

leyenda de que la mandó escribir por tercera persona.⁵⁸ De otro modo, la carta será falsa, y se puede ser acreedor a las penas correspondientes.⁵⁹

Los cuerpos legales que comentamos nos dejan la impresión de que en aquellas etapas históricas se gobernaba a través de las cartas; la justicia se impartía a través de las cartas llamadas de simple justicia;⁶⁰ el gobierno de los pueblos se hacía por medio de las cartas de población, cartas de privilegios o fueros municipales, que eran otra especie de cartas reales.

De igual modo se hacía entre los particulares, cuando querían éstos dejar constancia pública de sus actos, como compraventas, tenencias, etcétera; se acudía a estos escribanos para que, a nombre del rey, se les expidiera la correspondiente carta. Las cartas son el gran género que da nombre a todos los escritos del rey. Por encima de la carta, pero no necesariamente de mayor valor o supremacía, estaban la ley, la cédula o la pragmática, como disposición de carácter general y universal. Las cartas parecen, más bien, disposiciones particulares, para un pueblo, para un individuo.

Los escribanos también hacían las funciones de registradores. “Registadores”, dice la ley VIII de este mismo título XIX de la tercera partida: “son dichos otros escrivanos que ha en casa del rey que son puestos para escrevir cartas en libros que han nombre registros”.⁶¹

iv) *Ejemplo de las leyes más recientes*

La Ley de 1901 no define en su articulado lo que es la fe pública, sino que esta definición venía en su exposición de motivos publicada junto con la ley. ¿Qué es la fe pública para esta ley? Dice textualmente su exposición de motivos: “La fe pública no es, no puede ser más que un atributo

⁵⁸ Esta previsión, sin duda, ya existía en la etapa de los fueros municipales y cartas de población, toda vez que en las fórmulas refrendatarias, ya examinadas, se encuentra la indicación expresa de que se escribió por órdenes de un escribano o de un canciller, señalándolo por su propio nombre.

⁵⁹ Esta leyenda, por tanto, formaba parte del requisito formal del registro, y su defecto producía nulidad.

⁶⁰ Se entiende que la resolución del juez o tribunal se emitía con fundamento en una carta real, previamente otorgada, capacitando al destinatario para impartir justicia. Recordemos cómo cuando llega la primera audiencia a la Nueva España, para, entre otros casos, tomar residencia a Hernán Cortés, lo primero que hacen los miembros de ella fue mostrarle las cartas reales correspondientes a Hernán Cortés.

⁶¹ Véase en el libro citado: *Códigos antiguos españoles, cit.*, nota 36, p. 44.

del Estado, supuesto que es una manifestación de Derecho aplicada a la validez y credibilidad de actos concernientes a la vida civil”.

La fe pública, diríamos nosotros parafraseando el concepto transcrito, y recogiendo el sentir de la doctrina común, es una calidad que el derecho atribuye a ciertos documentos, aplicada a la validez y credibilidad, es decir, certidumbre y autenticidad en relación con los hechos y actos en ellos narrados.

Más abajo, como es natural, ya que se está regulando la fe pública notarial, aclara que el individuo que les da fe pública a dichos actos actúa a nombre del Estado, y es un funcionario público: “Por esta razón el individuo que conforme a la ley hace constar esos actos, que los reviste de solemnidad y les da fe pública, no hace otra cosa que obrar, en nombre del Estado, ejercer una función de este, y es, por tanto, un funcionario público”.

Poco después, en la misma exposición de motivos se precisa que el notariado constituye una función de orden público, principio éste que se recoge en el artículo primero de dicha ley, de la siguiente manera: “Artículo 1o. El ejercicio del notariado es una función de orden público que, en el Distrito Federal y Territorios Federales, únicamente puede conferirse por el Ejecutivo de la Unión en los términos que establece esta ley”.

Se añade, como vemos, una nota nueva: la de ser el notariado y, por ello, la fe pública notarial, una materia de orden público, volviendo, sin duda, a resaltar el viejo sentido del *ius publicum* de los romanos. Además, se dice en el artículo 2 que por la fe pública se da autenticidad a los actos y hechos que los particulares quieran o deban darles este carácter de la autenticidad.

El principio de que la fe pública sea un atributo del Estado, tal como lo declara la ley de 1901, ciertamente se mantendrá como una constante en todas las demás leyes federales, incluida la ahora en vigor. La declaración formal se enuncia diciendo que es una función del Estado, y se remarca en todos los casos precisando que tiene el carácter de orden público. Es una función del estado de orden público.

El artículo primero de la ley de 1932 lo consagró en los siguientes términos: “Artículo 1o. El ejercicio del Notariado en el Distrito Federal y Territorios Federales, es una función de orden público que únicamente puede confederarla el Ejecutivo de la Unión”.

La ley de 1946 decía en su artículo primero: “Artículo 1o. El ejercicio del Notariado en el Distrito y Territorios federales es una función de

orden público. Estará a cargo del Ejecutivo de la Unión quien lo ejercerá por conducto del gobierno del Distrito o Territorio federal correspondiente”.

Por su parte, la ley de 1980, una vez que desaparecieron los territorios federales, se limita a decir que: “Artículo 1o. La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal”.

En suma, la fe pública es, como dice José Hiram Posso, de Argentina, o Castán Tobeñas, de España, una calidad que presentan y tienen unos documentos determinados, “suscritos por unos funcionarios cuyas aseveraciones, cumplidas las formalidades del caso, tienen la virtud de garantizar la autenticidad, la certidumbre de los hechos narrados y por consiguiente su validez y eficacia jurídica”.

B. Clases de la fe pública

Siendo un atributo del Estado, o una función del Estado, es natural que la fe pública se manifieste o pueda manifestarse en todos los ámbitos del poder público. Más aún y siendo intrínsecas al acto de gobierno, no sólo la característica de la publicidad, sino también las de la autenticidad y de la certidumbre, podría concluirse en que la fe pública es una calidad del acto de autoridad que se emite dentro de sus respectivas competencias.

De esta manera, la fe notarial solamente sería una especie más de entre otras varias que existen, como la fe pública judicial, la fe pública en el ámbito del Poder Legislativo; la fe pública civil, las certificaciones tan diferentes de carácter registral; la fe pública en materia política, en materia de derechos humanos y, por supuesto, también en materia mercantil y de comercio.

C. Sobre el régimen de la fe pública del notariado federal

Ya sabemos que la fe pública en el campo del notariado es una concreción particular de ese atributo genérico del Estado reconocido por la Ley del Notariado de 1901, y es, en palabras de las subsecuentes leyes del notariado, una función específica encomendada al Ejecutivo federal.

Es una función del Estado que se encomienda a personas particulares, o a profesionales del derecho, como dice la ley de 1946, calificados en

otras ocasiones como funcionarios, según lo hacía la ley de 1901 y la ley de 1932. Se discute un tanto sobre si el notario tiene o no carácter de funcionario, toda vez que las leyes dan pie para ello, pero nadie pone en tela de juicio el sentido propio y estricto que corresponde a la función misma.

Es una función del Estado que tiene carácter de orden público, como se repite en los textos legales que venimos citando.

Ahora bien, como todas las funciones del Estado, la función notarial está sujeta al principio de la territorialidad sobre la cual el Estado en cuestión extiende su poder público. Las leyes del notariado siempre han fijado con toda puntualidad estos límites espaciales: se encomendaba dicha función al Ejecutivo Federal, y nada más se ejercía sobre los espacios del Distrito Federal y sobre los territorios federales, cuando estaban bajo su jurisdicción.

Como sabemos, ya no existen los territorios federales, como se conocían hasta antes de 1974. Incluso, para los efectos de este trabajo, debemos recordar que el Distrito Federal ha venido cambiando de régimen, de manera que muchas de las facultades que originariamente se reconocían a los poderes federales sobre el Distrito Federal, y en particular las facultades del Congreso, ya se han transferido a la Asamblea de Representantes. Es decir, se derogó la fracción VI del artículo 73 constitucional, que era el fundamento de dichas facultades.

Por otro lado, también debemos reconocer que por virtud del artículo 42 constitucional el Ejecutivo federal goza de competencia sobre ciertas islas, cayos, arrecifes, etcétera, que no formen parte de algún estado.

Igualmente debemos señalar que las facultades del Poder Ejecutivo Federal, en particular, o el poder federal más en general y tratándose de la función notarial, a la luz de las leyes históricas, no podían ser ejercidas fuera del espacio territorial del Distrito Federal, tal como lo señalaba el artículo 5 de la ley de 1980.

Es decir, y esto es capital en México, ese atributo del Estado, debido a que estamos organizados bajo la forma de gobierno federal, ese atributo será ejercido por cada una de las instancias soberanas reconocidas por nuestro pacto de Unión: en el Distrito Federal le toca ahora a la Asamblea de Representantes; al Ejecutivo federal le toca en todo el territorio nacional, pero nada más sobre las materias exclusivamente reservadas a la Federación, así como en las islas, cayos y demás territorialidades sujetas a la jurisdicción federal; y, por último, en cada estado será ejercido

por sus propias autoridades como un atributo indiscutible de su régimen interno soberano.

Así es como siempre se había venido entendiendo y ejerciendo esta función hasta la aparición de esa cuestionada Ley Federal de Correduría Pública de 1992, la cual sufrió una gran merma con la supresión de la fracción VI del artículo 73, ya mencionada.

Por otro lado, cabe añadir que la función de notario tiene ciertas incompatibilidades, las cuales nos ayudan a determinar su régimen jurídico.

La ley de 1901, en su artículo 2, declaraba incompatibles las funciones del notario con el desempeño de “todo empleo, cargo o comisión públicos, que no sean de la enseñanza; con los empleos o comisiones de particulares, que pongan al notario en dependencia de una persona; con el desempeño del mandato y el ejercicio de las profesiones de abogado, comerciante, corredor o agente de cambio y con el ministerio de cualquier culto”, aunque sí podía ser mandatario de su esposa, ascendientes y descendientes en línea recta.

La ley de 1932, al hablar de las incompatibilidades, en su artículo 3 se refirió a todo empleo, cargo o comisión públicos, remunerados o no, con excepción de la enseñanza. En cambio, la ley de 1946 volvió a recoger con mayor detalle todas las incompatibilidades de la ley de 1901.

La materia relativa a las incompatibilidades ya no se actualizó en la ley de 1980 ni en las sucesivas reformas de que ha sido objeto. Parece haberse debilitado mucho, al grado de que en la mayoría de los estados no parece haber incompatibilidades con el ejercicio de las profesiones de abogado, por citar un ejemplo. Con todo, este debilitamiento o flexibilidad no deberá conducirnos al extremo de la no existencia de incompatibilidades.

Completaría esta breve descripción del régimen jurídico de la función de notario la referencia a la materia objeto de dicha función.

La ley de 1901 refería el ejercicio de la función notarial “a los actos concernientes de la vida civil”, en palabras de su exposición de motivos. Por su parte, la ley de 1932 traía una referencia más explícita, al establecer en su artículo 7 que el Ejecutivo federal quedaba autorizado para crear nuevas notarías “según lo exijan el aumento de la población o el ensanche de posnegocios civiles y mercantiles”.

Las demás leyes, inclusive la vigente, no se ocupan en llegar a una determinación de la materia sobre la cual se ejerce la función notarial, ya que se hace una remisión genérica a lo que digan las leyes. Sin duda sigue

siendo válido lo que decía dicha ley de 1901 y la de 1932, y son materia objeto de la función del notariado los actos concernientes a la vida civil y mercantil y todas aquellas materias que las leyes señalen, tal como hacen, por ejemplo, las leyes electorales, etcétera. Es decir, versa sobre todo lo que los particulares deban o quieran formalizar a través de esta función de la fe pública, como decía la ley de 1901.

Dichas leyes, hablando en general, en muchos casos exigen a los sujetos que determinados actos ciertamente deberán formalizarse ante la fe pública notarial, o les subordinan el alcanzar ciertos beneficios, como el de tener acceso a los registros públicos, a la intervención del notario.

Ahora bien, si por regla general los notarios no podrán ejercer función alguna fuera de su territorio, se deja abierta la posibilidad de intervenir en actos de personas que acusan a sus oficinas para formalizarlos aunque “puedan referirse a cualquier otro lugar”. Éste es un principio antiguo, que se recoge en la ley de 1901 y todas las leyes posteriores, incluida la vigente. Como es natural, se trata de actos pertenecientes a la esfera de autonomía de la libre voluntad de los sujetos, y están condicionados a las leyes internacionales, en su caso, lo mismo que a las leyes estatales mexicanas en el sentido de los artículos 5o. y del 121 constitucionales.

En efecto, conviene puntualizar que el ámbito de validez de la fe pública notarial se extiende a todo el territorio nacional por virtud de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución, el cual consagra esta validez de manera universal y recíprocamente respecto de los actos públicos, dice textualmente:

Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él;

II. Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación;

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente, o

por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio;

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros; y

V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un estado, con sujeción a sus leyes serán respetados en los otros.

Magnífico texto. En él compaginan, con mucho acierto, por un lado, la necesidad de aceptar como plenamente auténticos y válidos los actos públicos de manera recíproca por parte de todas las autoridades del país hacia el interior de sus regímenes interiores; y, por otro lado, el imperativo de respetar el principio de la vigencia espacial o territorial de los mismos actos públicos. Es decir, las autoridades no deberán traspasar el ámbito territorial propio; por eso se insiste en que las leyes de cada estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y no podrán ser obligatorias fuera de él, que era el mismo principio que se contenía en las leyes federales sobre la misma materia del notariado.

Vemos, pues, que existe una perfecta armonía entre este artículo 121 de la Constitución con los alcances formativos de las leyes federales del notariado. Sobra decir que este artículo 121 proviene desde la Constitución de 1824, cuyo artículo 145 decía exactamente lo mismo que la primera parte del vigente artículo 121. En efecto, leemos:

Artículo 145. En cada uno de los estados de la Federación se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los otros estados. El Congreso general uniformará las leyes según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos.

Poco después de 1824, hacia 1842, ya se había añadido detrás de la palabra “actos”, el adjetivo de “públicos”, que en rigor no hacía falta, pero que tampoco sale sobrando.

Todos los actos públicos, es decir, todos los actos de gobierno. A todos estos actos les es inherente esa calidad o atributo de la fe pública y, entre ellos, tenemos que incluir a los actos notariales, como es natural.

En todo caso, ahora insistiríamos en que las leyes de cada estado no tendrán vigencia fuera de su estado, principio que podemos aplicarle perfectamente a las leyes del Congreso de la Unión dictadas para el Distrito Federal y en general, a todos los actos de los poderes federales, los cuales

no podrán invadir el régimen interno de los estados, según lo proviene el artículo 124 constitucional, complementando lo dispuesto por el numeral 121 de manera muy atinada y correcta, y por el artículo 122, que es el que recoge los cambios últimamente aprobados para el Distrito Federal, y es lo que motivó la derogación de la referida fracción VI del artículo 73.

Tal parece que aún no nos damos bien a bien cuenta de la trascendencia de tales reformas. Esto es, por la derogación de la multicitada fracción, la Federación dejó de tener muchas facultades sobre el Distrito Federal, porque tales facultades fueron transferidas a la Asamblea de Representantes. Entre esas facultades cedidas están las relativas al ejercicio, no sólo de la fe pública de los notarios, sino también la fe pública de los corredores mercantiles.

E. *El fundamento histórico*

Insistimos, nada más para recordarlo y entenderlo mejor. La competencia de los poderes federales en materia de la fe pública notarial, lo mismo que en todas las demás materias, se encontraba en la ahora derogada fracción VI del artículo 73 de la Constitución, el cual decía lo siguiente: “Artículo 73. El Congreso tiene facultad: VI. Para expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y legislar en lo relativo al Distrito Federal, salvo en las materias expresamente conferidas a las Asamblea de Representantes”.

El Congreso estaba facultado para legislar en todo lo relativo al Distrito y territorios federales, como decía la versión original. Como vemos, en esos espacios territoriales, los poderes federales, a través del Congreso, eran competentes en todo, hasta que sobrevino su total derogación, y la transferencia de esas facultades a los nuevos órganos de gobierno del Distrito Federal, tal como lo establece el artículo 122.

En dichos espacios territoriales, los poderes federales eran, en el pasado, competentes para regular la vida civil, los actos de comercio y de carácter mercantil; los laborales, los hacendarios, etcétera, sin limitación alguna.

Repetimos que el fundamento constitucional de esta competencia se encontraba en esa facultad expresa y exclusiva del artículo 73, fracción VI, perfectamente avalada por la previsión de los artículos 121 y 124 de la misma Constitución.

F. *El nuevo régimen del artículo 122*

Como bien sabemos, el régimen constitucional, previsto para los territorios federales, dejó de aplicarse, al convertirse dichos territorios en estados. Ahora bien, constituidos los nuevos estados, el mal llamado poder constituyente (debiera decirse poder revisor de la Constitución), nunca se preocupó de adecuar las facultades de la Federación, encomendadas por razón de haber tenido bajo su jurisdicción tales territorialidades.

Algo parecido ha ocurrido con respecto al régimen para el Distrito Federal. Tal vez la intención de quienes han impulsado su sucesivo y lento cambio constitucional sea la de convertirlo en un estado más de la Unión. Sin embargo, por ahora está a medio camino. Esto es, ciertamente se han producido ya cambios constitucionales muy importantes, pero no se ha llegado hasta la meta deseada, entre otras razones, porque existe, retenido en el Congreso, un proyecto de Constitución, el cual, sin duda, cuando sea aprobado, traerá nuevas innovaciones.

Como quiera que sea, los cambios operados ya son de la mayor importancia, particularmente para los temas tratados en este trabajo. Y esos cambios, desde luego, como no podía ser de otra manera, vienen a fortalecer las tesis sustentadas por su servidor, pese a que el referido y mal llamado poder constituyente deja sus obras inconclusas.

En efecto, del nuevo texto, incorporado como artículo 122, vamos a copiar los pasajes, que tienen relación con nuestro estudio. Y, en primer lugar, copiamos el párrafo sexto, que es como sigue:

Artículo 122, párrafo sexto: La distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades del Distrito Federal se sujetará a las siguientes reglas:

A) Corresponde al Congreso de la Unión:

I. Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa;

Conviene ahora conocer cuáles son las facultades encomendadas a dicha Asamblea, respecto de cuyas materias se le prohíbe al Congreso de la Unión legislar, como acabamos de ver. Estas facultades se encuentran reguladas en el mismo artículo 122, bajo el mismo párrafo sexto, pero en la letra C, que dice:

Artículo 122, párrafo sexto:

A) El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases:

Base Primera: Respecto a la Asamblea Legislativa:

V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de gobierno, tendrá las siguientes facultades:

g) legislar en materia de Administración Pública local, su régimen interno y de procedimientos administrativos;

h) legislar en materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y del comercio;

i) normar la protección civil; justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; los servicios de seguridad prestados por empresas privadas; la prevención y la readaptación social; la salud y asistencia social, y la previsión social;

j) Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas y obras públicas; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal;

k) regular la prestación y la concesión de los servicios públicos; legislar sobre los servicios de transporte urbano, de limpia, turismo y servicios de alojamiento, mercados, rastros y abasto, y cementerios;

l) expedir normas sobre fomento económico y protección al empleo; desarrollo agropecuario; establecimientos mercantiles; protección de animales; espectáculos públicos; fomento cultural cívico y deportivo; y función social educativa en los términos de la fracción VIII del artículo 3o. De esta Constitución.

Ahí está la nueva regulación constitucional aplicable al Distrito Federal. Cabe destacar la prohibición expresa para legislar por parte del Congreso de la Unión en materias reservadas a la Asamblea, entre las cuales está la materia civil y penal y la del notariado y del registro público de la propiedad y del comercio. Y todas las demás que hemos transcrito.

En mi opinión, la materia mercantil cae dentro de esa reserva. Por tanto, la competencia del Congreso de la Unión solamente se aplicará a las materias exclusivamente reservadas, por un lado; y, por otro lado, a las materias coincidentes, como es el caso de la educación, salud, etcétera, en las cuales, como ya sabemos, pueden coexistir los dos sistemas al mismo tiempo:

esto es, puede haber un sistema federal y, al mismo tiempo, un sistema local, en educación, salud, etcétera.

La prohibición señalada tiene que surtir plenos efectos, de manera que, muy a pesar de que el texto del artículo 73 no se ha actualizado, o lo que es peor, pareciera ignorar la prohibición mencionada, legalmente el Congreso de la Unión dejó de tener facultades para legislar sobre las materias encomendadas a dicha Asamblea, las cuales, por otro lado, forman parte indiscutiblemente del régimen interno de los estados.

3. *Examen particular de la correduría mercantil*

A. Hacia un planteamiento correcto de las controversias

Ya hemos repetido varias veces que la fe pública se extiende también al campo del comercio y de lo mercantil, no sólo porque esas materias se encuentran señaladas como objeto de la función notarial, sino porque siendo la fe pública una cualidad inherente al acto de gobierno, deberá también extenderse al campo mercantil.

Esta observación preliminar, en efecto, nos ayudará a plantear mejor las controversias que ha suscitado la Ley Federal de la Correduría Pública, ya que el punto clave de la controversia no debe ser ni versar sobre el hecho de que una ley federal les asigne por primera vez, o les amplíe si ya la tenían, la calidad y el atributo de la fe pública a la correduría mercantil o de comercio.

Como la fe pública es un atributo del Estado, como tal, o de la autoridad en cuanto tal, la ley federal puede legítimamente determinar si a los corredores, agentes de cambio y agentes mercantiles se les deberá reconocer como autoridades o funcionarios, o si aunque no tengan ese carácter formal de autoridad, el que sus actuaciones gocen de la prerrogativa de tener la calidad de la fe pública, para todos los efectos del artículo 121, que ya hemos citado en páginas anteriores.

En nuestra opinión, la controversia originalmente levantada por la Ley Federal de Correduría Pública no cuestiona el hecho de que los corredores federales de comercio ahora tengan funciones de fe pública, que antes no tenían, o que no tenían con el carácter y la profundidad con que la nueva ley lo decreta, sino que esas funciones las ejerzan fuera del Distrito Federal, en general; y, en particular, que las ejerzan sobre bienes inmuebles que el artículo 121 expresamente declara sujetos a las leyes de los estados.

B. Según el nuevo texto del artículo 122

Ahora bien, al entrar en vigor el texto arriba citado del artículo 122, es manifiesto que la controversia debe replantearse de nueva cuenta, porque el Congreso de la Unión carece ahora de las facultades que antes tenía, con lo cual su competencia se contrajo a las materias exclusivamente reservadas a la Federación, respetando siempre los principios consagrados en el artículo 121 y demás correlativos, pues estos principios también vinculan necesariamente a dicho Congreso y, más en general, a toda la Federación.

No puede haber ninguna duda sobre la virtual y casi total derogación de la Ley Federal de la Correduría Pública por la virtud del cambio constitucional operado sobre el régimen del Distrito Federal. No se trata de un cambio menor. La lista de facultades legislativas otorgadas y reconocidas a la Asamblea de Representantes es muy extensa, sobre todo cuando termina el listado diciendo: “y las demás que se le confieran expresamente en esta Constitución”. En definitiva, para los alcances de este trabajo, se puede afirmar que el régimen del Distrito Federal tiene ya el mismo contenido que tienen los regímenes de los estados miembros de la Unión.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Aunque, desde el punto de vista del método, tuvimos que hacer un gran rodeo, antes de entrar al examen particular del régimen constitucional de la fe pública en relación con los diversos problemas planteados por la aplicación de la ley federal que creó la figura de la correduría federal con propósitos diferentes a los que ya tenía dentro del Código de Comercio, al final las cosas parecen mejor planteadas.

Además, el método empleado servirá para determinar el régimen de todas las demás materias contenidas y reguladas por la Constitución.

Primera. En este contexto teórico y metodológico, podemos sugerir, como primera conclusión general, la conveniencia de aceptar que en México lo federal es una forma de gobierno, y que, por ello, consiste en un principio muy útil para hacer una muy correcta distribución del poder público entre los diferentes niveles de gobierno reconocidos: el federal, el de los estados y el de los municipios.

Segunda. Los cambios constitucionales operados para el Distrito Federal ponen de manifiesto una verdad, no sólo olvidada, sino no aceptada

por los antifederalistas, que es la siguiente: que las facultades reconocidas al Congreso de la Unión y constantemente ampliadas por virtud de más de cuarenta y cinco reformas que ha recibido el artículo 73, se le otorgaron precisamente en atención al Distrito Federal y a los territorios federales, que desde siempre permanecieron subordinados a la Federación. Por tanto, una vez desaparecidos los territorios y hechos los cambios mencionados al Distrito Federal, dejó ya de tener facultades el Congreso de la Unión para legislar en materias reservadas al régimen interno, no sólo del Distrito Federal, como lo mandata el texto del artículo 122, sino también en materias del régimen interno de los estados, como siempre lo dijo el artículo 124.

Tercera. La fe pública, en los términos aquí estudiados, pertenece a la esencia del acto de gobierno. Por tanto, emana de cada gobierno, del federal, del estatal y, en su caso del municipal, incluido, como ya vimos, el Distrito Federal. Dicha fe pública está sujeta al espacio territorial, como están sujetos los demás actos de gobierno, con las particularidades ya estudiadas.

Cuarta. Por lo que hace al régimen del notariado, cabe advertir que ahora, es de carácter local en todos los casos, con prohibición expresa para el Congreso de la Unión, quien no podrá ya legislar sobre esta materia.

Quinta. Y por lo que hace al régimen de la correeduría federal, es evidente que ésta se contrajo a las materias que sean exclusivamente de la competencia de la Federación. Y, por ello, su ejercicio podrá extenderse a todo el territorio nacional.

Sexta. Queda pendiente la tarea para estudiar y, en su momento, precisar, cuáles son ahora las facultades que realmente puede ejercer el Congreso de la Unión sin invadir la soberanía interna de los estados y del Distrito Federal.