

<b>CAPÍTULO IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES . . . . .</b>	<b>143</b>
<b>A. Su desarrollo histórico.</b>	<b>143</b>
<b>B. La separación de poderes en el constitucionalismo mexicano.</b>	<b>159</b>
1. Su desarrollo histórico.	159
2. La distinción de las funciones del Estado.	180

## CAPÍTULO IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES

### A. Su desarrollo histórico

Dice Jesús Reyes Heróles:

La teoría de la división de poderes es uno de los principios de ciencia política que puede invocar más antecedentes en su formación. Es una de aquellas instituciones de derecho público que más hondas raíces tienen y en cuya necesidad han coincidido pensadores de muy distintas épocas y actitudes, revelando una trayectoria de continuidad sorprendente en este campo de estudio. En el fondo del principio de división de poderes late la idea de que la tendencia absorbente de poder que el hombre parece tener, su apetencia innata de poder, se ve restringida cuando en el propio seno del organismo político se dan poderes coexistentes que recíprocamente se equilibren y logren templanza y ponderación en el uso del poder.<sup>1</sup>

Adolfo Posada dice acertadamente que la cuestión de la división de poderes se ha planteado y considerado desde tiempos muy remotos en la evolución de las ideas políticas; considera que fue bastante anterior a Montesquieu, aunque fue él quien entre los modernos estructuró las bases sobre las que muchas constituciones se ocuparon de la forma de gobierno. Fue advertida ya por Aristóteles, Polibio, Cicerón y otros escritores antiguos.<sup>2</sup>

El antecedente más remoto lo encontramos en el mundo helénico; sin embargo, en la democracia pura en que el gobierno pertenece enteramente al pueblo, concebido éste como totalidad, no es posible una separación de poderes porque nada puede segregarse del poder del pueblo.

Platón, en *La República*, sostiene el derecho de los sabios para regir a la comunidad en beneficio de todos y no sólo del suyo propio; desde este punto de vista hace a los filósofos titulares irrestrictos de la soberanía, no admitiéndose, en consecuencia, tampoco una división de poderes.

En *Las leyes* Platón sostiene como formas principales de gobierno a la democracia y a la monarquía; piensa que todo sistema de gobierno debe participar de algún modo de ambas si ha de haber en ella libertad y concordia concertadas con la razón, y concluye expresando la conveniencia de un gobierno mixto.

<sup>1</sup> Jesús Reyes Heróles. *Tendencias actuales del Estado*, Buenos Aires, 1945, p. 17.

<sup>2</sup> Adolfo Posada. *Tratado de derecho político*, Madrid, 1935, t. I, pp. 452 y ss.

Es hasta Aristóteles, en *La política*, que aparece un antecedente más claro; dice el estagirita:

Todas las formas de constitución tienen tres elementos, respecto de los cuales el buen legislador ha de considerar que es provechoso para cada constitución; y si estos elementos están bien reglamentados, la constitución estará necesariamente bien ordenada, y la superioridad de una constitución sobre otra consiste necesariamente en la superioridad de cada uno de estos tres elementos; el primero es, cuál debe ser, el cuerpo que delibera sobre los intereses comunes; el segundo se refiere a las magistraturas, es decir, cuáles deben ser y cuáles son los asuntos que deben controlar y gobernar y cuál debe ser el método de elección en ellas, y el tercero es cuál debe ser el cuerpo jurídico.

Agrega, además:

El elemento deliberativo tiene soberanía acerca de la guerra y de la paz y de la formación y disolución de alianza, acerca de las leyes, acerca de las sentencias de muerte, del destierro y de las confiscaciones de las propiedades, y acerca de las rendiciones de cuentas de los magistrados. Y necesariamente, o bien todas estas decisiones deben ser asignadas a los ciudadanos, o bien todas a algunos de ellos —por ejemplo a alguna magistratura o a varias, etcétera— o unas a unas magistraturas, y otras a otras, o algunas de ellas a todos los ciudadanos y algunas a determinadas personas.<sup>3</sup>

Acerca del segundo elemento, dice Aristóteles que la determinación de las magistraturas

... posee también diversas variedades: cuántas deben ser las magistraturas, cuáles deben ser sus poderes, qué duración deben tener sus varios periodos ... e igualmente acerca de la designación de los magistrados, sobre quién será elegible, quiénes serán los electores y cuál es el modo de elección;

después agrega el discípulo de Platón:

... el título de magistratura, tomándolo simplemente, debe aplicarse de modo principal a aquellos cargos a quienes se ha asignado el deber de deliberar acerca de ciertas cuestiones y de obrar como jueces y de emitir órdenes y de manera especial esto último, ya que el dar órdenes es lo más característico de la autoridad.

Sobre la manera de designar a los magistrados, dice el preceptor de Alejandro de Macedonia:

<sup>3</sup> Aristóteles. *La política*, en: *Obras*. Traducción de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, S. A., Madrid, 1964, libro IV, capítulo II, pp. 1494 y 1495.

Las variedades dependen aquí de tres determinantes, las combinaciones de las cuales nos deben dar todos los modos posibles. Uno de estos tres puntos determinantes es: quiénes son las personas que designan los magistrados. El segundo, de entre quiénes. Y el restante es de qué manera. <sup>4</sup>

Por lo que toca al elemento jurídico, dice el autor de *La retórica*:

El punto de distinción entre los tribunales jurídicos descansa en tres determinantes: los constituyentes, la esfera de acción y el procedimiento de designación. En cuanto a sus constituyentes, se trata de saber si deben ser elegidos de todos los ciudadanos o a partir de una clase determinada; en cuanto a la esfera de acción, saber cuántas clases de tribunales de justicia hay; en cuanto al sistema de designación, si hay que designarlos por voto o por sorteo. <sup>5</sup>

El siguiente antecedente se encuentra en el periodo romano. Al respecto, dice Paul Janet:

para encontrar después de Aristóteles un tratado de política de alguna importancia, es preciso llegar a Cicerón. Su *De la República* ha llegado mutilada hasta nosotros, pero así y todo es un documento del más alto interés, si no por su originalidad propia, al menos como la única obra política que produjo el genio romano,

y agrega:

... la gloria de haber analizado el primero de los resortes de la constitución romana, no pertenece a un romano sino a un griego, a Polibio, el historiador de las guerras púnicas, que añadió este bello capítulo a la *Política* de Aristóteles. Cicerón, a juzgar por los fragmentos mutilados de su obra, no hizo más que apropiarse y traducir en su hermosa lengua las sólidas consideraciones de Polibio. <sup>6</sup>

Polibio sigue la clasificación de Aristóteles en lo referente a las especies de gobierno, reconociendo como formas puras: monarquía, aristocracia y democracia y, como impuras: tiranía, oligarquía y demagogia, degeneraciones de las primeras. Habla del ciclo en que caen las comunidades, que teniendo una forma pura, como la monarquía, al paso de las generaciones degenera en tiranía, la que se ve sucedida por la aristocracia cuando los mejores hombres quitan del poder al tirano; la aristocracia degenera en oligarquía, la cual es sucedida por la democracia, cuando el pueblo se

<sup>4</sup> Aristóteles. Ob. cit., libro iv, capítulo 12, pp. 1496-1498.

<sup>5</sup> Aristóteles. Ob. cit., libro iv, capítulo 13, p. 1499.

<sup>6</sup> Paul Janet. *Historia de la ciencia política*. Traducción de Carlos Cerrillo Escobar y Ricardo Fuente, Madrid, 1910, t. 1, p. 275.

revela y despoja del poder a los oligarcas. Finalmente, la democracia cae en el caos, el cual es resuelto por el gobierno de un solo hombre, lo que implica la vuelta a la monarquía y así sucesivamente. Por esto, como cada una de las formas puras necesariamente degenera, los más sabios legisladores han creído conjurar este peligro combinando los tres gobiernos primitivos a fin de corregir los unos por los otros sus mutuos defectos. “El gobierno de Roma es una aplicación más feliz todavía de este principio.”

Dice Janet:

Polibio nos ha dejado un admirable análisis de la constitución romana en la época de las guerras púnicas. Halla en ella los tres gobiernos combinados con tanto arte, que es imposible distinguir si la constitución es monárquica, aristocrática o popular: por los cónsules, se diría que es una monarquía; por el Senado una aristocracia; por el pueblo una república; pero no es nada de esto, sino una mezcla de las tres cosas y un reparto tan ingenioso de la soberanía entre los tres poderes, que cada uno es a la vez necesario a los demás y no podría prescindir de ellos.

Los tres poderes gozaban de facultades para destruirse

... y estas resistencias reunidas en un haz formaban un cuerpo compacto, activo e indisoluble. Esta es pues, la constitución que primero Polibio y después Cicerón, presentan como el modelo de las constituciones políticas.<sup>7</sup>

*De la República* de Cicerón pretende establecer los principios filosóficos del Estado y aplicarlos a un ejemplo real “... en un tipo en que se reúnen a un tiempo mismo lo posible y lo justo y que aprueban igualmente experiencia y razón”.

Considera también la existencia de tres tipos de gobierno, cada uno de los cuales tiene cualidades y defectos: “El gobierno democrático tiene la libertad, porque no hay libertad sin igualdad.” La aristocracia censura por su parte al gobierno democrático, sus tumultos, consecuencia de la libertad absoluta; “... su pretendida igualdad que pone al mismo nivel las más preclaras inteligencias y la multitud más despreciable y, por último, que para satisfacer los deseos del mayor número, dificulta las grandes acciones”. La aristocracia es intermedio entre el gobierno de uno y el gobierno de muchos y se pronuncia por la moderación. Según Paul Janet, a Cicerón parece agradaarle más la monarquía. La superioridad de la realeza se prueba por el ejemplo del universo, del alma humana y de la familia; empero, Cicerón condena severamente a la tiranía. No creemos que Janet esté en lo justo respecto del pensamiento de Cicerón; en *De*

<sup>7</sup> Janet. Ob. cit., t. 1, pp. 275-278.

*la República*, sostiene que la libertad es el mejor de los bienes y que, si no es igual para todos, no es libertad, y que "... solamente en aquellas sociedades en que el gobierno existe en el pueblo, se encuentra libertad".<sup>8</sup> Por otra parte, critica a la realeza misma cuando dice: "Muchas cosas faltan al pueblo bajo la autoridad real, y en primer lugar la libertad, que no consiste en tener buen dueño, sino en no tener ninguno..."<sup>9</sup>

El mismo Janet dice:

Cicerón gusta más, como Polibio, del equilibrio de un gobierno combinado en donde el poder supremo y real, unido a la autoridad de una clase distinguida y a cierta libertad del pueblo, satisfaga a la vez la necesidad de orden y de igualdad que se halla en la naturaleza humana,<sup>10</sup>

así pues,

... no son las formas de gobierno lo que hay que conciliar sino sus principios: la unidad de acción, propia de la monarquía; la superioridad del mérito, propio de la aristocracia; la libertad política y la igualdad civil, características propias de la democracia.<sup>11</sup>

En la Edad Media en general encontramos un orden jerárquico de poderes: los señores feudales, los reyes, el emperador y el Papa; no existiendo aquí la separación orgánica que sólo se presenta hasta después del nacimiento de los Estados nacionales.

En el periodo renacentista, los escritores políticos, como Maquiavelo, justifican el poder absoluto de un solo individuo, lo que no permite una separación de poderes; sin embargo, Posada cree encontrar en él una referencia a la distinción de poderes y funciones cuando dice: "... que los reinos que tienen buen orden no dan el imperio absoluto a su rey sino en los ejércitos; en las demás cosas nada pueden hacer sin consejo". No estamos de acuerdo con Posada, ya que Maquiavelo parece referirse más bien a que el rey debe ser asesorado para mejor cumplir sus funciones, pero ello no le resta poder, ni hay otro órgano capaz de disputárselo. La teoría de la separación de poderes alcanza un relieve significativo en el inglés John Locke, que distingue y separa los poderes ejecutivo y legislativo. Sin embargo, es preciso llegar a Montesquieu, dice el mismo Posada,

... para encontrar al filósofo constructor de la doctrina de división de poderes, con la plena significación moderna y característica del régimen consti-

<sup>8</sup> Marco Tulio Cicerón. *De la república*. Traducción de Francisco Navarro y Calvo, en: *Obras completas*, t. vi, Madrid, 1924, p. 37.

<sup>9</sup> Cicerón. Ob. cit., t. i, p. 86.

<sup>10</sup> Janet. Ob. cit., t. i, pp. 278-280.

<sup>11</sup> Janet. Ob. cit., t. i, p. 283.

tucional, aunque bajo tal régimen se haya interpretado de muy diverso modo.<sup>12</sup>

La doctrina de la separación de poderes ha sido estudiada ampliamente, y ya desde Locke se reconocía la imposibilidad de que la separación fuese radical, igualmente Blackstone admitía las ventajas de una mezcla circunstancial de las funciones legislativa y ejecutiva;<sup>13</sup> en fin, que todas las consideraciones anteriores a la Edad Moderna, constituyen precedentes y es hasta esta época en que encontramos las fuentes inmediatas de la doctrina de la separación de poderes.

Antes del desenvolvimiento principal de la doctrina a cargo de Locke y de Montesquieu se encuentran antecedentes en el pensamiento del inglés James Harrington, que publica en Londres, en 1656 su obra política: *La Oceana*, que pertenece, según opinión de George H. Sabine, al grupo de las utopías políticas: describe la formación de un nuevo gobierno para la república ficticia de Oceana.

Este gobierno se describe con mucho detalle fantástico, pero hay relativamente muy poco en el pensamiento de Harrington que pueda calificarse de utópico *per se*. Oceana era sin duda Inglaterra, y nunca hay la menor duda respecto a quiénes son las personas reales o los acontecimientos históricos a los que se refiere Harrington. El libro está dedicado a Oliver Cromwell y trataba de ser una obra de circunstancias; la dicción complicada y bastante fatigosa era acaso un medio de eludir la censura. En el método de teoría política de Harrington no había nada de imaginativo. Era un ardiente admirador de Maquiavelo, a quien consideraba como el único escritor político moderno que se aproxima a las cumbres del arte político antiguo. Como Maquiavelo y Bodino, empleó un método que era principalmente histórico y comparativo. Todos y cada uno de los rasgos del gobierno ficticio de Oceana estaban copiados de gobiernos antiguos o contemporáneos, en especial el de los judíos y los de Roma, España y Venecia; y Harrington los defiende por referencia a los modelos. Afirma que el único método mediante el cual puede aprenderse el arte del estadista es el estudio de la historia y la observación y comparación de los gobiernos existentes.<sup>14</sup>

Harrington fue el único de los teóricos políticos de su tiempo que comprendió que el gobierno está determinado en su estructura y funcionamiento por las fuerzas sociales y, sobre todo, económicas subyacentes. El pensamiento de Harrington

... es el de que la forma de gobierno que es posible con características de permanencia en un país, depende de la distribución de la propiedad y en

<sup>12</sup> Posada. Ob. cit., t. 1, pp. 455 y ss.

<sup>13</sup> Posada. Ob. cit., t. 1, p. 466.

<sup>14</sup> George H. Sabine. *Historia de la teoría política*. Traducción de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 367 y 368.

especial de la propiedad de la tierra. Cualquiera que sea la clase que posea un “equilibrio” o “balanza” preponderante de la tierra —por ejemplo tres cuartas partes— tiene por pura necesidad económica que poseer el control del gobierno.<sup>15</sup>

Así es como, basándose en su teoría de la propiedad de la tierra, Harrington hace su clasificación de las formas de gobierno, tomándola en principio de la aristotélica de tres formas puras y tres correspondientes impuras, modificándola diciendo que son: la monarquía absoluta, la monarquía feudal y la república (*commonwealth*), “... cada una de las cuales se basa en formas típicas de posesión de la tierra”.<sup>16</sup>

Harrington se pronuncia por la forma de gobierno republicana, de manera que deberá procurarse, en primer lugar, que la propiedad de la tierra esté en muchas manos, debiendo dividirse para ello las grandes propiedades feudales; en segundo lugar, evitar que, logrado lo primero, vuelva a producirse la concentración en pocas manos. “Lógicamente la piedra angular del sistema tiene que ser el modo de evitar cambios importantes en la distribución de la tierra”, de ahí se explica la importancia que da a su “ley agraria”, “... que equivalía meramente a una norma que impusiese la división de las grandes propiedades entre diferentes herederos en partes no mayores de una renta anual de 2 000 libras”.

La estructura de la república Oceana ideada por Harrington es resumida por Sabine:

cuando los cimientos de una república se han colocado sobre una ley agraria, el arte político ofrece tres medios para hacer que el gobierno responda a la voluntad popular. El primero es la rotación de los cargos, que Harrington compara a la circulación de la sangre. Los magistrados deben ser elegidos por términos breves, por lo general de un año, prohibiéndose la reelección inmediata. En segundo lugar, para conseguir que los electores decidan libremente, la elección debe ser secreta. Tercero, al crear un gobierno libre, consideraba esencial conseguir una separación de poderes. La división de poderes en que piensa Harrington no correspondía, sin embargo, a la que después hizo famosa Montesquieu, sino que seguía una línea sugerida por el estudio de la ciudad-Estado. Consideraba como necesariamente aristocrático la función deliberante o de formulación de la política, puesto que tiene que ser realizada por unas pocas personas que tengan experiencia y conocimientos prácticos. La aceptación o repudiación de una política propuesta, era a su juicio una función popular, que debía realizarse por un gran cuerpo destinado para este fin y que no tuviese poder deliberante. Es bastante curioso que: dada la experiencia inglesa inmediata anterior a las guerras civiles, no diga nada acerca de la independencia de la judicatura.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Sabine. Ob. cit., p. 368.

<sup>16</sup> Sabine. Ob. cit., p. 370.

<sup>17</sup> Sabine. Ob. cit., pp. 372 y 373.

En resumen, los principios estructurales de lo que Harrington denominaba “república igual”, son: una ley agraria, la rotación de los cargos, la votación secreta y la separación de poderes.

En el terreno práctico, después de la guerra civil inglesa, Cromwell en 1653 había expedido el Instrument of Government, en cuya exposición de motivos se refiere expresamente a una división de poderes. Dicho documento no pudo aplicarse por haber muerto Cromwell.

En 1690 John Locke publica dos ensayos sobre el gobierno civil, ocupándose en el segundo de ellos de la doctrina de la división de poderes. En el capítulo xi se refiere concretamente al poder legislativo diciendo:

El fin sumo de los hombres, al entrar en sociedad, es el goce de sus propiedades en seguridad y paz, y el sumo instrumento y medio para ello son las leyes en tal sociedad establecidas, por lo cual la primera y fundamental entre las leyes positivas de todas las comunidades políticas es el establecimiento del poder legislativo, de acuerdo con la primera y fundamental ley de naturaleza que aun al poder legislativo debe gobernar.

El poder legislativo, para Locke, es el sumo poder de la comunidad y permanece inalterable en las manos en que lo pusiera la comunidad.<sup>18</sup>

Sin embargo, aunque el poder legislativo sea el sumo poder del Estado no puede nunca ser arbitrario sobre vidas y fortunas de las gentes, ya que no es sino el poder conjunto de todos los miembros de la sociedad, traspasado a una persona o asamblea legislativa; por otra parte,

la autoridad legislativa o suprema no sabrá asumir por sí misma el poder de gobernar por decretos arbitrarios improvisados, antes deberá dispensar justicia y decidir los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas y jueces autorizados y conocidos.

En tercer lugar, dice Locke:

... el poder supremo no puede quitar a hombre alguno parte alguna de su propiedad sin su consentimiento. Porque siendo la preservación de la sociedad el fin del gobierno, en vista del cual entran los hombres en sociedad, supone y requiere necesariamente que el pueblo de propiedad goce, sin lo cual sería fuerza suponer que perdiera al entrar en la sociedad lo que constituía el fin para su ingreso en ella: absurdo demasiado tosco para que a él se atenga nadie.

Por último, el poder legislativo no puede transferir la facultad de hacer las leyes a otra persona o corporación, ya que es facultad que el pueblo le delegó, sin autorizarle para a su vez delegarla.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> John Locke. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Traducción de José Camer, México, 1941, p. 85.

<sup>19</sup> Locke. *Ob. cit.*, pp. 86-92.

## LA SEPARACIÓN DE PODERES

151

Según Locke en los Estados bien ordenados el poder legislativo reside en manos de diversas personas, las cuales, debidamente reunidas, gozan ellas solas o conjuntamente con otras, el poder de hacer las leyes; "...mas hechas éstas, de nuevo se separan y sujetas quedan a las leyes que hicieran ellas mismas, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce a cuidar de hacerlas por el bien público"; sin embargo, como las leyes hechas así en breve tiempo tienen fuerza constante y necesitan perpetua ejecución, es indispensable que exista un poder ininterrumpido que atienda a la ejecución de las leyes vigentes. "Así acaece que aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el ejecutivo." Aquí expone Locke claramente la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, como hacedor y aplicador de las leyes, respectivamente; esta distinción constituye una de las más valiosas aportaciones del autor del "Ensayo sobre el Gobierno Civil" a la ciencia política y al derecho constitucional.

Existe, según el pensador inglés, otro poder en cada Estado al que corresponde "el poder de paz y guerra", ligas y alianzas y todas las transacciones con cualquier persona y comunidad ajena a tal república; y puede llamársele federativo. Los poderes ejecutivo y federativo son diferentes y, sin embargo, se hallan casi siempre unidos; ello es debido a que ambos requieren la fuerza de la sociedad para su ejercicio, ya que de hallarse los poderes ejecutivo y federativo en diferentes manos y por tanto bajo mandos también diferentes, "podiera en algún tiempo causar desorden y ruina".<sup>20</sup>

Piensa Locke que, aunque el legislativo sea el poder supremo, "siendo poder fiduciario para la consecución de ciertos fines, permanece todavía en el pueblo el poder supremo de remover o alterar el legislativo, cuando descubriere funcionar éste contrariamente a la confianza en él depositada". Por otra parte, si bien no es necesario ni conveniente que el legislativo goce de existencia ininterrumpida, sí es indispensable que el ejecutivo la tenga, ya que siempre es necesaria la ejecución de las leyes. Lo mismo sucede con el poder federativo.<sup>21</sup>

Locke considera un cuarto poder que es el de la prerrogativa:

cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan en distintas manos, según acontece en todas las monarquías moderadas y bien ajustados gobiernos, el bien de la sociedad requiere que varias cosas sean dejadas a la discreción de aquel en quien reside el poder ejecutivo. Porque, incapaces los legisladores de prever y atender con leyes a todo cuanto pudiera ser útil a la comunidad, el ejecutor de éstas, teniendo en sus manos el poder, cobra por ley común de naturaleza el derecho de hacer uso de él para el bien de la sociedad, y agrega:

<sup>20</sup> Locke. Ob. cit., pp. 94-96.

<sup>21</sup> Locke. Ob. cit., pp. 97-100.

Ese poder de obrar según discreción para el bien público, sin prescindir de la ley y aun a veces contra ella, es lo que se llama prerrogativa.<sup>22</sup>

La prerrogativa, pues, consiste en el permiso otorgado por el pueblo a sus gobernantes para que hagan diversas cosas por libre elección cuando la ley no diga nada al respecto, y aun a veces también contra el texto de la ley. “. . . por el bien público y con aquiescencia de las gentes en aquella iniciativa”.<sup>23</sup>

El tratadista francés Carré de Malberg piensa que la teoría de la separación de poderes se vuelve uno de los principios esenciales del derecho público francés desde 1789 en que inclusive, es consagrado expresamente en la declaración del año citado, en su artículo 16: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.”<sup>24</sup>

De lo que se ha expuesto puede afirmarse que las doctrinas de Aristóteles, Polibio y Cicerón, constituyen antecedentes, mas no fuentes inmediatas del principio que estudiamos; el mismo Locke considerado como el primero que advierte la utilidad de la separación de los poderes, en el fondo expone simplemente una teoría de distinción de funciones, ya que de los cuatro poderes que destaca en su obra, el monarca, titular del ejecutivo, retiene tres de ellos y aun participa en la función legislativa, aunque se halla sometido a la ley.<sup>25</sup>

Es hasta Montesquieu que hallamos la verdadera formulación moderna de la separación de poderes, ya que no se limita a discernir los poderes por medio de una distinción abstracta o racional de las funciones.

De lo que Montesquieu se preocupa especialmente es de separar el ejercicio de ciertas funciones entre titulares diferentes, incluso, a decir verdad, no distingue las funciones sino desde el punto de vista de esta separación práctica, que según él debe reinar entre ellas. Su teoría es pues, franca, y quizá exclusivamente, una teoría de separación orgánica de poderes; y desde este punto de vista, no deja nada que desear en cuanto a su precisión.

Por otra parte, Montesquieu se refiere a un Estado ideal exponiendo un sistema de separación de poderes destinado a aplicarse, en principio, a cada Estado.<sup>26</sup> En el mismo sentido se expresa Adolfo Posada, para quien es preciso llegar hasta Montesquieu,

<sup>22</sup> Locke. Ob. cit., pp. 106 y 107.

<sup>23</sup> Locke. Ob. cit., p. 109.

<sup>24</sup> Tomada de *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, de Carlos Sánchez Viamonte, México, 1956, p. 59.

<sup>25</sup> R. Carré de Malberg. *Teoría general del Estado*. Traducción de José Lion Depetre, México, 1948, pp. 741 y 742.

<sup>26</sup> R. Carré de Malberg. Ob. cit., p. 743.

... para encontrar al filósofo constructor de la doctrina de la división de los poderes, con la plena significación moderna y característica del régimen constitucional, aunque bajo tal régimen se haya interpretado de muy diverso modo; Montesquieu razonaba la división de poderes atendiendo a la necesidad de garantizar la libertad: no bastaba la distinción de funciones, era preciso una distinción de instituciones colocando —garantía—, aquéllas constituidas en poderes en manos distintas.<sup>27</sup>

Montesquieu es calificado por Sabine como el filósofo político francés más importante del siglo XVIII después de Rousseau; comenta sus viajes por Europa y particularmente por Inglaterra, donde inclusive residió de 1729 a 1731, lo que constituyó la experiencia crucial de su preparación intelectual.

Su amor a la libertad era en su primera fase principalmente ético, hijo de su estudio de los clásicos y reflejaba una admiración por la república antigua semejante a la que se encuentra en Maquiavelo, Milton y Harrington. Este aspecto de su pensamiento perdura en el “espíritu de las leyes” en la teoría de que la virtud o espíritu público es una condición previa de esta forma de gobierno.<sup>28</sup>

Cuando trata acerca de las formas de gobierno Montesquieu se limita a decir que los gobiernos son de tres clases: republicano (considerado como fusión de la aristocracia y la democracia), monárquico y despótico; al parecer, el autor de *Las cartas persas* tuvo como guía al proponer esta clasificación, únicamente un interés subjetivo motivado por su reacción ética ante los problemas políticos de Francia.

Su república, impulsada por la firme virtud cívica de sus ciudadanos, era la república romana (o la idealización que de ella hacia Montesquieu), y no tenía relación alguna con las repúblicas modernas. Su despotismo era lo que temía que Francia hubiera llegado a ser con la política de Richelieu y Luis XIV, una vez privados de sus privilegios los gobiernos locales, los parlamentos y la nobleza. Su monarquía era lo que deseaba que fuese Francia o lo que más tarde llegó a creer que era Inglaterra.<sup>29</sup>

Su repugnancia hacia el despotismo le hizo buscar un procedimiento que acaso permitiera remediar los negativos efectos del absolutismo en Francia. Según él, encontró la fórmula en el gobierno inglés que le tocó ver durante su estancia en aquel país y así, según dice Sabine:

... el famoso libro XI del “espíritu de las leyes” en el que atribuía la libertad de que gozaba Inglaterra a la separación de los poderes legislativo, eje-

<sup>27</sup> Posada. Ob. cit., t. I, pp. 455 y ss.

<sup>28</sup> Sabine. Ob. cit., p. 409.

<sup>29</sup> Sabine. Ob. cit., p. 409.

cutivo y judicial y a la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes, estableció esas doctrinas como dogmas del constitucionalismo liberal. La amplitud de la doctrina ejercida por Montesquieu en este aspecto es indiscutible y puede verse en las declaraciones de derechos de las constituciones americanas y francesas.<sup>30</sup>

Así, pues, es el capítulo vi del libro undécimo del “espíritu de las leyes”, denominado “de la constitución de Inglaterra”, el que sin discusión, fundamenta la teoría moderna de la separación de poderes, teoría a la que va pues asociado el nombre de Charles Louis de Secondat, Barón de la Bréde et de Montesquieu; las interpretaciones que la doctrina ha dado a este importante capítulo de su obra, son muy variadas.

El capítulo se inicia así:

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero —continúa—, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y prevé invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último, poder judicial, y al otro, poder ejecutivo del Estado.

Más adelante agrega:

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad; porque puede temerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad —prosigue— si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado el poder legislativo se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido —concluye— si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.<sup>31</sup>

Según León Duguit el pensamiento de Montesquieu nunca fue el de que los poderes hubieren de estar plenamente separados, o sea, repartidos orgánicamente entre autoridades que representaran o expresaran tres voluntades estatales distintas. Su idea consiste en que la libertad desapare-

<sup>30</sup> Sabine. Ob. cit., p. 411.

<sup>31</sup> Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Traducción de Nicolás Estevanez, París, t. 1, pp. 224 y 225.

cería y la sucedería el despotismo si el ejercicio de la potestad del Estado dependiera de la voluntad de un solo hombre o de una sola asamblea; por su parte, Carré de Malberg piensa que la idea de la separación es evidente en la exposición del Barón de Montesquieu, porque según él (Carré de Malberg), nunca señala la necesidad de coordinación entre titulares de los poderes separados en sus actividades para asegurar la unidad de fines y resultados que demanda la misma unidad del Estado; piensa que, según Montesquieu, la misión de los diversos poderes de detenerse uno a otro contribuye a fortalecer la idea de su separación,

... pues implica, en efecto, que cada uno de ellos tiene un cambio especial de acción, constituido por un delineamiento de la potestad pública y que constituye para cada titular una fracción de dicha potestad, un terreno vedado dentro de cuyos límites sus derechos y sus facultades se oponen a los de sus titulares vecinos.

Los intentos de atribuir a las explicaciones de Montesquieu un significado que excluya toda separación verdadera datan, según Carré de Malberg, de la época en que se reconoció como falso el principio, ya que antes se consideraba a las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, como potestades soberanas o, por lo menos, como partes divisibles e independientes de la soberanía. Por otra parte, los tres poderes se atribuyen separadamente a tres autoridades especiales y diferentes, y por ello se ha deducido que cada una de éstas encarna y figura un poder determinado, una parte diversa de la soberanía.<sup>32</sup>

Para Carré de Malberg estas ideas deben ser rechazadas, pues son inconciliables con el principio de la unidad del Estado y de su potestad de dominio. “El concepto según el cual la persona estatal habría de comprender en sí, correlativamente con los tres poderes, tres sujetos o personas que expresaran cada una por cuenta del Estado una voluntad propia y diferente, es inaceptable.”<sup>33</sup> Además, en el Estado moderno no es posible distinguir tres poderes desde el punto de vista subjetivo, así como tampoco se pueden distinguir tres poderes desde el punto de vista objetivo, por ello para señalar esta unidad subjetiva del poder estatal es para lo que se ha formulado la teoría contemporánea del órgano del Estado; sin embargo, los titulares de la potestad del Estado, tan sólo componen un todo con éste, siendo simplemente sus órganos. “El individuo-órgano no es, como tal órgano, un sujeto jurídico, sino que ejerce los poderes de que se halla investido, no como aptitud personal sino como competencia estatal.” Así es como el Estado puede tener varios órganos sin que su unidad se afecte, “. . . ya que cada uno de ellos no hace sino ejercer en la esfera de su competencia la potestad unilateral de la persona única que

<sup>32</sup> Carré de Malberg. Ob. cit., pp. 757-760.

<sup>33</sup> Carré de Malberg. Ob. cit., pp. 760-761.

es el Estado"; así, no es posible hablar de separación de poderes, sino que estos múltiples titulares reciben, con variadas competencias, la misión de cooperación al ejercitar una potestad única y así también colaborar en la formación de una voluntad estatal única y común.<sup>34</sup> Resulta evidente, para Carré de Malberg, que el principio de separación de poderes, tal como se presenta en Montesquieu, "presupone esencialmente un concepto material de las funciones sin el cual carecería de sentido. El fin mismo de este principio, en efecto, es repartir las funciones entre los órganos diferentes según la naturaleza intrínseca de aquéllas". El sistema según el cual el órgano ejecutivo es el único que puede tomar medidas particulares de gobierno y de administración; y los jueces, los únicos que pueden aplicar las leyes a los casos contenciosos, que se ha considerado elemento esencial a la separación de poderes, es completamente irrealizable, ya que la distinción material de las funciones se establece según la naturaleza intrínseca de los diversos actos de potestad estatal; en cambio, la actividad de los órganos se ejerce en vista de fines estatales determinados, por lo que para alcanzar sus fines se requiere que el órgano que de ellos se encarga, realice múltiples actos, mismos que por su naturaleza, dependen de varias funciones.

Por otra parte, la separación o especialización orgánica de las funciones tropieza con un obstáculo por el hecho de que entre las funciones propiamente dichas de legislar, administrar y juzgar, en el sentido material indicado por Montesquieu, existen ciertos puntos de contacto y algunas zonas limítrofes que, por su naturaleza, participan simultáneamente de dos poderes funcionales. Ahora bien, la independencia de las tres clases de autoridades que señala Montesquieu se ve contradicha por la necesaria colaboración que debe existir entre los diversos órganos, sin la cual no podría funcionar ninguno de ellos.<sup>35</sup>

Sin embargo, existen otras interpretaciones del pensamiento de Montesquieu: al considerarlo Hauriou se refiere primeramente a que la separación de poderes posee un sentido más amplio cuando se distingue el poder político y gubernamental del Estado de otras formas de poder: entre poder político y poder económico, entre poder temporal y poder religioso, entre poder civil y poder militar.<sup>36</sup>

Según Hauriou, Montesquieu entendió el sentido de la separación de poderes en un sentido flexible, que entraña la colaboración de los mismos poderes en el cumplimiento de las mismas funciones. Montesquieu insiste mucho en la necesidad de separar el poder legislativo, el poder ejecutivo

<sup>34</sup> Carré de Malberg. Ob. cit., pp. 763-764.

<sup>35</sup> Carré de Malberg. Ob. cit., p. 770.

<sup>36</sup> Maurice Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional*. Traducción de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, 1927, pp. 165 y ss.

y el poder judicial; insiste igualmente sobre la idea de que la separación de poderes tiene por fin lograr una disposición de las cosas mediante la cual, el poder limite al poder y también sobre la idea de que cada uno de los poderes debe tener “facultad de moderar a los demás poderes, y de esta moderación de unos poderes a otros, lleva —según Hauriou—, a la idea de colaboración entre ellos”.<sup>37</sup>

El autor de la teoría de la institución piensa que en los años 1729-1731, en que Montesquieu estuvo en Inglaterra estudiando sus instituciones, el régimen parlamentario, que es la máxima expresión de la colaboración, no estaba completamente organizado, que en tal situación se justificaría si Montesquieu no hubiera adivinado que la resistencia entre los poderes conduciría a la colaboración, pero lo presintió en virtud de algunos indicios y ello, “. . . es una de las mejores pruebas de su genio”.

De la concepción flexible de la separación de poderes, resulta que mediante ella, se realiza un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el gobierno del Estado, una vida permanente y continuada al mismo tiempo que una garantía de la libertad,

prosigue diciendo Hauriou, quien propone como fundamentales las siguientes ideas: “a) Los poderes públicos separados constituyen por el hecho de su colaboración en las mismas funciones del Estado, un sistema de poderes ligados entre sí y equilibrándose mutuamente”. No se establece aquí, sin embargo, una jerarquía de poderes, sino que hay oscilaciones entre ellos; b) el juego de los poderes públicos, separados y relacionados a la vez, constituye para el gobierno del Estado una vida interna permanente y continua, al mismo tiempo que una garantía de la libertad”.<sup>38</sup> La base de la separación se establece, según las operaciones de voluntad, atribuyendo a cada uno de los poderes públicos una competencia especial para cada una de éstas, “. . . todas las cuales reconstruyen la unidad de una personal voluntad de gobierno”; esta idea permite definir los poderes públicos con independencia de la función principal que realizan, evitando así subordinarles a sus funciones.<sup>39</sup>

En términos parecidos se expresa Sabine acerca de la doctrina de Montesquieu, quien dice que no contemplaba verdaderamente una separación absoluta entre los poderes, sino que la separación de poderes se entrecruzaba ya con un principio contradictorio, el mayor poder del legislativo, “. . . que en realidad hacía de ella un dogma que tenía el suplemento de un privilegio, no definido, de crear excepciones”.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Hauriou. Ob. cit., pp. 377-379.

<sup>38</sup> Hauriou. Ob. cit., pp. 380-382.

<sup>39</sup> Hauriou. Ob. cit., p. 383.

<sup>40</sup> Sabine. Ob. cit., pp. 411 y 412.

En resumen, Montesquieu concibió la estructura de los gobiernos que plantea como un sistema que garantizara la libertad de los ciudadanos a través de la mutua limitación de los poderes para evitar que todas las potestades quedaran en un solo individuo o corporación, y que éste quedase, en consecuencia, en posibilidades de gobernar en forma tiránica. Pero los poderes que se limitan mutuamente necesitan cooperación entre ellos a efecto de que puedan cumplir sus fines con efectividad, por lo cual, la doctrina de Montesquieu podría interpretarse más que como una división o separación de poderes, como una separación de funciones asignadas a diferentes órganos del Estado, dentro de una esfera de competencia para cada uno de ellos.

En torno a la concepción de la división del poder público es que se elaboran las partes orgánicas de las constituciones modernas, distribuyendo competencias entre los diversos órganos del Estado, asignando a cada uno de ellos las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estableciendo entre ellos mecanismos de separación, de control, de colaboración o de mutua vigilancia;

... todo ello, en busca del gobierno moderado y limitado en donde la libertad humana pudiera quedar debidamente protegida como lo proclama el ilustre Barón de la Bréde y de Montesquieu, Carlos Luis de Secondat.<sup>41</sup>

Las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, así como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, consagraron el principio de la división de poderes, pero no siempre en la misma forma. León Duguit considera que la teoría de la separación de poderes adoptada por los primeros constituyentes franceses resultó una interpretación exagerada de las ideas de Montesquieu, quien no consideró que los órganos investidos de las tres funciones estatales "...deberían ser tres órganos dotados de una parte de la soberanía, absolutamente independientes uno de otro, y sin posibilidad de una acción recíproca"; como dice Mirkiné Guetzevich: "la teoría rígida, inflexible de la separación de poderes no es de Montesquieu, sino de sus intérpretes de la constituyente".<sup>42</sup>

El principio de la separación de poderes que, como se ha dicho, es tradicionalmente fundamental en las democracias occidentales, se encuentra desde hace algún tiempo y cada vez en mayor medida en crisis. En todas las épocas alguno de los órganos del Estado tenía una cierta preponderancia sobre los otros; en la actualidad puede decirse que en muchos países, entre ellos México, la preponderancia del ejecutivo es notable y

<sup>41</sup> Miguel de la Madrid. *División de poderes y forma de gobierno en la constitución de Apatzingán*, en: *Estudios sobre el Decreto constitucional de Apatzingán*, México, 1965, p. 503.

<sup>42</sup> De la Madrid. *Ob. cit.*, pp. 506 y 507.

tiende a acrecentarse cada vez más. La preponderancia del ejecutivo se manifiesta fundamentalmente por el hecho de que en numerosas constituciones su competencia desborda los límites tradicionales de la función ejecutiva o administrativa, e invade aspectos que teóricamente, siendo legislativos y jurisdiccionales, pertenecen a los órganos legislativo y judicial; sin embargo, las condiciones imperantes en la época contemporánea explican esta situación, pues debe reconocerse que en materia legislativa, por ejemplo, el ejecutivo cuenta muchas veces con mejores elementos y mayores recursos, así como también mayor conocimiento de los problemas. Otro aspecto importante que da preponderancia al ejecutivo es la pérdida de la independencia de criterio por parte de los otros órganos, la cual puede ser mayor o menor, según el país y la época que se considere; y es consecuencia, en algunos casos, del hecho de que el jefe del ejecutivo y la mayoría de los integrantes de los otros poderes, fundamentalmente el legislativo, ya que normalmente el órgano judicial conserva siempre una mayor autonomía, pertenezcan al mismo partido político, pues normalmente el hombre más importante de éste lo es precisamente el jefe del ejecutivo.

No puede negarse que la colaboración entre los órganos del Estado sea útil y aun deseable; es explicable y aun razonable que el ejecutivo tenga en nuestros días una competencia mayor y que, inclusive, sea titular de atribuciones formalmente legislativas y en menor medida jurisdiccionales; pero no puede nunca considerarse justificado que en aras de una disciplina de partido, o por cualquier otra causa, algún órgano del Estado sacrifique su independencia de criterio y la posibilidad de, en caso necesario, limitar la actividad de los otros órganos del poder, pues ello conduce, inevitable e innegablemente, a un régimen más lejano de la democracia y más cercano a la dictadura.

## B. *La separación de poderes en el constitucionalismo mexicano*

### 1. *Su desarrollo histórico*

En la Nueva España, dice Miguel de la Madrid,

... el virrey era la máxima autoridad política y administrativa; presidía las distintas secciones de las instituciones coloniales: capitán general, jefe de las fuerzas militares; gobernador del reino, carácter que le daba la jefatura del aparato político y administrativo; presidente de la audiencia, máximo órgano judicial; vicepatrono de la iglesia, autoridad religiosa y superintendente de la real hacienda, instancia suprema en materia fiscal. Era el virrey la encarnación colonial del monarca español. La actividad legislativa estuvo bajo el control del virrey, ya que él ejercía la facultad reglamentaria y de ordenanza que realizaba siguiendo o supliendo la ley. Las únicas limi-

taciones institucionales a los vastos poderes del virrey eran la facultad de revisión que sobre sus actos tenía la audiencia y la autoridad de los arzobispos en materia religiosa,

y agrega:

... las audiencias de la Nueva España fueron originalmente tribunales administrativos; sin embargo, alcanzaron después competencia para realizar los actos gubernamentales de los virreyes. Fueron también con el tiempo, encargados de suplir las faltas del virrey y llegaron a tener una destacada intervención en la organización política y administrativa novohispánica.<sup>43</sup>

Así, aunque hubo una cierta distribución funcional de atribuciones entre los órganos principales, no puede decirse que se hayan separado las funciones del Estado en órganos diferentes, ya que las instituciones anteriores tuvieron bajo su control funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales.

Por otra parte, la Constitución de Cádiz introdujo la técnica de la división de poderes, pues se le segregaron a la Audiencia sus anteriores funciones políticas y gubernativas, dejándola como una corporación exclusivamente judicial, y se efectúan procedimientos electorales para los cargos municipales, para las diputaciones provinciales y para los diputados de las Cortes ordinarias de 1813. Esta Constitución de efímera vigencia se inspiró principalmente en la Constitución de 1791.

El poder legislativo se depositó en las Cortes —asamblea unicamaral integrada por diputados electos popularmente mediante sistema indirecto de tres grados— aunque se otorgó al rey la facultad de iniciativa y un derecho de veto suspensivo. El poder ejecutivo hizo radicar en el monarca, quien al ser constitucionalmente irresponsable, era auxiliado en la función gubernativa por siete secretarios del despacho, a quienes el rey nombraba y removía libremente; dichos funcionarios tenían la facultad del refrendo y eran responsables ante las Cortes. Para la función jurisdiccional se establecía un sistema de tribunales en cuya cúspide se encontraba un Supremo Tribunal de Justicia.<sup>44</sup>

En México los *Elementos Constitucionales* de Rayón consideraban ya la división de poderes. En su artículo 5º establecían que la soberanía dimanaba inmediatamente del pueblo, que reside en la persona del señor don Fernando VII y que su ejercicio correspondía al Supremo Congreso Nacional Americano, llamado también Junta Suprema. En los *Elementos* el órgano legislativo era preponderante, como puede deducirse de la lectura de su artículo 21: “aunque los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo

<sup>43</sup> De la Madrid. Ob. cit., p. 512 y 513.

<sup>44</sup> De la Madrid. Ob. cit., p. 514.

y Judicial sean propios de la Soberanía, el Legislativo lo es inerrante que jamás podrá comunicarlo”.<sup>45</sup>

Un antecedente importante de la Constitución de Apatzingán es el reglamento para la reunión del Congreso de Chilpancingo, expedido por Morelos el 11 de septiembre de 1814, pues en él se consigna un esquema de la organización de los poderes. Efectivamente, su artículo 13 exigía la vigencia de la división de poderes, prescribiendo que tan luego que se integrara el Congreso Constituyente, en su primera sesión, se procedería a la distribución de poderes, reteniendo el Congreso sólo el legislativo. El ejecutivo se debía consignar al general que resultase electo generalísimo y el judicial a los tribunales entonces existentes. El generalísimo era titular tanto del derecho de iniciativa en el proceso legislativo, como del de veto.<sup>46</sup>

El punto quinto de los “Sentimientos de la Nación”, leídos por Morelos en la apertura del Congreso de Chilpancingo, decía:

La Soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes dividiendo los poderes de ella en Legislativo, Ejecutivo y Judiciario, eligiendo las Provincias sus vocales, y éstos a los demás, que deben ser sujetos sabios y de probidad.<sup>47</sup>

En la Constitución de Apatzingán apareció, naturalmente, la idea de atribuir las distintas emanaciones de la soberanía a tres órganos, evitando su concentración en uno solo. El artículo 11 establecía: “Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares.” Este parcelamiento de las potestades de la soberanía buscaba evitar su concentración y con ello la tiranía. El artículo 12 establecía: “Estos tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación.” Sin embargo, consideraba a la potestad de legislar como la más cercana a la soberanía y, por tanto, le daba una supremacía respecto de las otras dos; al respecto decía el artículo 18: “Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común, esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.” Las tres potestades eran depositadas en tres corporaciones: el Supremo Congreso Mexicano, cuerpo representativo de la soberanía, compuesto de diputados elegidos uno por cada provincia e iguales en autoridad (artículos 44 y 48); esta corporación era de naturaleza provisional ya que resignaría sus funciones en una representación nacional, la cual se integraría por diputados electos luego que se le liberara la

<sup>45</sup> Felipe Tena Ramírez. *Leyes fundamentales de México*, México, 1967, p. 26.

<sup>46</sup> Cfr. De la Madrid. Ob. cit., pp. 516-518.

<sup>47</sup> Tena Ramírez. *Leyes fundamentales...*, p. 26.

mayoría del territorio nacional (artículos 232 a 236). El Supremo Gobierno, corporación colegiada integrada por tres individuos designados por el Congreso, iguales entre sí en autoridad, alternos en la presidencia cada cuatro meses y por sorteo a efectuar por el Congreso; auxiliados por tres secretarios: el de Guerra, el de Hacienda y el de Gobierno. Finalmente, el Supremo Tribunal de Justicia, compuesto por cinco individuos, también designados por el Congreso e iguales en autoridad y alternos en la presidencia trimestralmente, por sorteo efectuado por el Congreso.<sup>48</sup>

En la Constitución de 1814 el Congreso aparecía como el órgano preponderante dentro de la aparentemente rígida separación de poderes que establecía. Los otros dos, el Supremo Gobierno, es decir, el ejecutivo, era manifiestamente restringido y débil, pues su única participación en la función legislativa era un derecho de veto del cual gozaba también el Supremo Tribunal; los secretarios, que también eran nombrados por el Congreso, tenían la facultad del refrendo sobre los actos del Supremo Gobierno, lo que los hacía responsables ante el Congreso; esta responsabilidad era juzgada en definitiva por el Supremo Tribunal, previa decisión del Congreso, lo que implicaba la suspensión del secretario procesado. Al Supremo Tribunal quedaban reservadas funciones de naturaleza jurisdiccional.<sup>49</sup>

Al decir de Miguel de la Madrid “la influencia de Apatzingán en el capítulo de división de poderes y forma de gobierno en las etapas posteriores del constitucionalismo mexicano ha sido escasa, casi nula”; por otra parte, según hemos ya apuntado, y volveremos sobre la cuestión, el sistema constitucional mexicano contrariamente a la tónica de la forma de gobierno que consagraba la Constitución de 1814, ha sufrido un fortalecimiento progresivo de la posición del ejecutivo.<sup>50</sup>

Héctor Fix-Zamudio opina que la Constitución de Apatzingán consagró el principio de la separación de poderes siguiendo las ideas de Montesquieu, si bien en ella predominaron las ideas de Rousseau, pues el Supremo Gobierno goza de una supremacía casi absoluta frente a los otros dos supuestamente supremos órganos de autoridad.<sup>51</sup>

En 1823 se expide el llamado Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, el cual establecía en su artículo 23: “El sistema del gobierno político del imperio mexicano, se compone de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que son incompatibles en una misma persona o corporación.” El legislativo residía en la llamada Junta Nacional Insti-

<sup>48</sup> De la Madrid. Ob. cit., pp. 519-521.

<sup>49</sup> Cfr. De la Madrid. Ob. cit., p. 524.

<sup>50</sup> De la Madrid. Ob. cit., p. 527.

<sup>51</sup> Héctor Fix-Zamudio. *Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917*, en: “Boletín del Instituto de Derecho Comparado”, núms. 58 y 59, México, 1967, p. 35.

tuyente; el ejecutivo en el emperador, cuya persona se consideraba sagrada e inviolable, responsabilizándose únicamente de los actos de su gobierno a sus ministros, los cuales autorizarían dichos actos para que tuvieran efecto. Finalmente, el judicial residía en los tribunales erigidos por la ley; el Reglamento se refiere expresamente a los tribunales de primera y de segunda instancia y al Supremo Tribunal de Justicia. Puede decirse que si bien el ejecutivo, o sea el emperador, aparece en cierta medida como el órgano preponderante, sus facultades están limitadas en forma importante por el cuerpo legislativo, de manera que no deja de estar presente en este Reglamento el espíritu de Montesquieu en el sentido de que la separación de funciones en distintos órganos llamados poderes tenía por finalidad suprema garantizar la libertad mediante la limitación del poder por el poder.

Los artículos 9 y 20 del Acta Constitutiva de 31 de enero de 1824, al decir de Mario de la Cueva, son una muestra más de que el constitucionalismo mexicano siempre ha entendido el poder estatal como único e indivisible, de manera que la división se refiere sólo a su ejercicio.<sup>52</sup>

La Constitución de 4 de octubre de 1824, primera que adoptó en México el sistema federal, consignó con una gran claridad la división, para su ejercicio, del supremo poder de la federación. Decía el artículo 6: "Se divide el supremo poder de la federación para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial." El sistema federal establecido por esta Constitución requería que la organización de los poderes fuera doble, como lo sigue siendo en nuestro actual Estado federal, pues debe hacerse tanto en la federación como en las entidades federativas; por otra parte, los principios fundamentales de la primera y de los segundos, deben ser los mismos. El poder legislativo federal, por necesidad dado el sistema federal, se depositó en un congreso general dividido en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores. Los diputados eran representantes populares, elegidos cada dos años; los senadores eran dos por cada entidad federativa, elegidos por las legislaturas locales por un periodo de cuatro años, pero renovables por mitad. El poder ejecutivo federal se depositaba en un solo individuo, denominado Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, aunque se nombraba también un vicepresidente para substituirle en caso de inhabilitación física o moral. Finalmente, el poder judicial federal residía en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito y en los juzgados de distrito. Los poderes de las entidades federativas debían integrarse en forma análoga, si bien el legislativo podía componerse de una sola cámara y el ejecutivo podía ser pluripersonal.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Mario de la Cueva. *La constitución de 5 de febrero de 1857*, en: *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, 1957, t. II, pp. 1244 y 1245.

<sup>53</sup> De la Cueva. *Ob. cit.*, t. I, p. 1245.

Debido a la unidad del poder, el cual solo se divide para su ejercicio, las constituciones contienen preceptos normativos que regulan las relaciones entre los distintos poderes y de esta regulación depende en buena medida el que un régimen sea presidencialista, parlamentario o mixto. Dice Mario de la Cueva:

La misión del congreso era hacer la ley, pero el presidente tendría la iniciativa y un veto suspensivo en el proceso legislativo. Al presidente correspondía la aplicación de las leyes y para ello designaría libremente a los secretarios de Estado; ni el presidente ni los secretarios de Estado serían políticamente responsables ante el congreso, lo que apartaba a la Constitución de la idea del gobierno parlamentario. El presidente sería únicamente responsable, durante su encargo, por traición a la patria, de delitos contra la forma de gobierno y otros delitos graves, en tanto los secretarios de Estado, igual que en la Constitución gaditana, serían responsables ante el congreso por delitos graves y *por los actos del presidente que autorizaran con su firma y que fueran contrarios a la Constitución, a las leyes del congreso y a las constituciones de los estados.*<sup>64</sup>

En documentos que pueden considerarse fundamentales, por haber regido o intentado hacerlo la vida del país, posteriores a la Constitución de 1824 y anteriores a la Constitución de 1857, continuadora de la tradición federalista y base indiscutible de la Constitución mexicana vigente, se consignó siempre el principio de la división o separación de los poderes. Fix-Zamudio, haciendo un resumen, cita las siguientes disposiciones como las relativas al principio que analizamos: el artículo 23 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823; el 9º del Acta Constitutiva de 31 de enero de 1824; el 6º de la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824; el 4º de las Bases Constitucionales de 14 de diciembre de 1835; el 6º del proyecto de reformas constitucionales de 30 de junio de 1840; los 5º, 27 y 33, respectivamente de los proyectos de 1842; el 5º de las Bases Orgánicas de 14 de junio de 1843 y el 50 de la Constitución de 5 de febrero de 1857.

En el proyecto de Constitución presentado al Congreso el 16 de junio de 1856 se consagraba expresamente el principio de la separación de los órganos supremos, dedicándose un título especial denominado: “De la división de los poderes”, que en su artículo 52 decía: “Se divide el Supremo poder de la federación para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial”; este precepto no fue discutido por los constituyentes, posiblemente por considerarle inherente al régimen democrático-republicano que se había adoptado; sólo propuso el diputado Joaquín Ruiz, en la sesión de 11 de septiembre de 1856, una adición: “nunca podrán reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el

<sup>64</sup> De la Cueva. Ob. cit., t. I, p. 1246.

legislativo en un individuo”, adición que fue aprobada, quedando así el texto definitivo con el número 50.

Fix-Zamudio advierte en esta Constitución un predominio del legislativo consagrándose, según él, algunos aspectos de tipo parlamentario, que le hacen calificar el sistema, siguiendo a Karl Lowenstein, como “parlamentarismo aproximado”.<sup>55</sup>

Mariano Coronado comenta con gran claridad el artículo 50 de la Constitución de 1857 diciendo:

la soberanía que ejerce la nación por medio de los poderes federales, o en otros términos, el Supremo poder de la federación, se divide para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial. La soberanía, el sumo poder, es uno e indivisible por sí; mas para ejercerse se dice que se divide entre varios poderes,

y agrega:

... el principio de la división de poderes, entrevisto por Aristóteles, fue claramente formulado por Montesquieu, y ha sido admitido en todas las constituciones modernas. La reunión de varios poderes en una sola persona o cuerpo pone en grave peligro la libertad la división hace que cada poder se mantenga en sus límites y sirva de vigilante y de freno para los otros, mientras que acumulados en una sola mano no hay quien impida o estorbe las decisiones injustas; una vez que la propia voluntad de la ley la ejecuta y la aplica, se establece la más abominable tiranía. Pero no es éste el único fundamento de tal división; hay principalmente una razón de método, o para hablar con más propiedad, de organización. El órgano creado para una función especial la desempeña con más perfección...

si bien no hay una separación absoluta que destruiría la unidad.<sup>56</sup>

Por otra parte, como ya se ha dicho, en principio está vedado que se reúnan dos o los tres poderes en una sola persona o corporación, ya que ello destruiría el equilibrio de las funciones públicas y produciría el despotismo. Del mismo modo, no puede depositarse el legislativo en una sola persona porque la importancia de esta función hace peligrosa esta situación. Sin embargo, la separación de poderes no es absoluta, ya que la Constitución establece algunas excepciones en las cuales un poder realiza una función que, en principio, correspondía a otro, así como también hay actos que realizan dos o más poderes en forma conjunta; hemos de volver sobre estos puntos; por otra parte, se facultaba al ejecutivo para expedir leyes en el caso de que se le otorgaran facultades extraordinarias y suspensión de garantías en situaciones graves, de acuerdo con lo que dispo-

<sup>55</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 35-37.

<sup>56</sup> Mariano Coronado. *Elementos de derecho constitucional mexicano*, Guadalajara, 1899, pp. 105 y 106.

nía el artículo 29 constitucional. Aún fuera de este caso se llegó a autorizar al ejecutivo para que hiciera verdaderas leyes, con el único requisito de que contara con la aprobación del poder legislativo, según se estableció en ejecutoria de 21 de enero de 1882; hemos de volver también sobre esta cuestión.<sup>57</sup>

Sobre la repetida afirmación de que en la Constitución de 1857 el poder legislativo era preponderante, Emilio Rabasa piensa que los constituyentes de 1856-1857, quisieron crear una dictadura del poder que hemos citado, que hacía imposible la actuación del poder ejecutivo, obligándolo a corromper al congreso y a gobernar al margen de la Constitución con un aparente respeto a las formas constitucionales.<sup>58</sup> A estas consideraciones se opone la opinión de Mario de la Cueva:

...la generación de la Reforma contempló serenamente nuestra historia, midió los efectos de las dictaduras, analizó con esmero la Constitución de 1824 y las que le siguieron y procuró organizar un régimen de gobierno en el que todos los poderes quedaran subordinados a la ley,

y agrega: "... el poder ejecutivo salió extraordinariamente reforzado, en comparación con la situación que tuvo en la Ley Fundamental de 1824". Efectivamente, los constituyentes suprimieron la vicepresidencia por razones que se justificaban históricamente, estableciendo que sería el presidente de la Suprema Corte de Justicia quien supliera las faltas del presidente, manteniéndose una independencia respecto del congreso. Nuestros constituyentes, por otra parte, entendieron la separación de poderes como una división en el ejercicio del poder estatal, "... solución que impuso un sistema de colaboración entre los poderes, para la mejor obtención de los fines públicos."<sup>59</sup> En el mismo sentido se expresa Miguel Lanz Duret, pudiendo decirse que entre nosotros no existía en la Constitución de medio siglo y, por tanto, en la actual, que sigue los mismos principios respecto a este punto, una separación de poderes, sino de funciones que realizaban los órganos del Estado en forma coordinada.<sup>60</sup>

La separación absoluta de poderes ha sido irrealizable, ya que en ninguna parte ha logrado sostenerse de una manera permanente, aunque la Constitución la establezca y la ordene. Esto es claro entre otros países como en los Estados Unidos, en donde a pesar de su Constitución federal, que en principio excluía las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, no se ha podido evitar que actualmente, en la práctica, se mantengan relaciones directas y aun estrechas, aunque hayan surgido fuera de la pro-

<sup>57</sup> Coronado. Ob. cit., pp. 106 y 107.

<sup>58</sup> Emilio Rabasa. *La constitución y la dictadura*, México, 1956, p. 65.

<sup>59</sup> De la Cueva. Ob. cit., t. I, pp. 1324-1326.

<sup>60</sup> Miguel Lanz Duret. *Derecho constitucional mexicano*, México, 1947, p. 115.

pia Constitución. Woodrow Wilson en su libro *El gobierno congressional* ataca la separación absoluta de poderes diciendo:

el principio de la Constitución americana es tener varias autoridades soberanas con la esperanza de que su número compense su inferioridad. El resultado práctico del fraccionamiento de la autoridad que se imaginó en nuestro sistema político, ha sido que cada rama del gobierno ha recibido una pequeña fracción de responsabilidad respecto de la cual la conciencia de cada funcionario puede substraerse fácilmente. Todo culpable puede hacer caer su responsabilidad sobre sus camaradas. No se puede negar que la autoridad así fraccionada y la responsabilidad disimulada de este modo, no sean capaces de paralizar grandemente al gobierno en caso de peligro. Tal como está constituido el gobierno federal carece de fuerza porque sus poderes están divididos; carece de prontitud porque los poderes encargados de obrar son demasiado numerosos; carece de eficacia porque su responsabilidad es vaga.<sup>61</sup>

Por su parte, Miguel Lanz Duret dice:

ni en el terreno de los hechos ni en el legal puede aceptarse la igualdad política de las funciones constitucionales de dichos órganos, sino que es preciso que exista un centro único de voluntad o sea, un órgano superior que tenga un papel preponderante, ya que sólo así se mantendrá la unidad del Estado, que quedaría destruida si coexistiesen en él dos centros principales de voluntad distintos e iguales. Sin embargo, no porque haya un órgano preponderante debe concluirse que el poder del Estado deba estar concentrado en un órgano único, sino que el ejercicio del poder de dominación del Estado debe confiarse a varios órganos y titulares tanto para el mejor desempeño de las funciones como para evitar la arbitrariedad de un poder único y absoluto dentro del Estado.

Piensa Lanz Duret que debe crearse en la propia Constitución un órgano superior con un poder preponderante en cuanto a que los actos más importantes del Estado no puedan cumplirse en contra de su voluntad, ya que aunque tal cosa no estuviere establecida en la Constitución, de hecho surgiría la preponderancia política de uno de los órganos establecidos. En resumen, la teoría de la separación de poderes, considerados como independientes e iguales, ha desaparecido por completo, según el tratadista mexicano que citamos, de la realidad de los hechos políticos.<sup>62</sup>

En México, según Lanz Duret, la supremacía del poder legislativo puede verse en la Constitución de 1857, sobre todo en su versión original y en mucho menor medida, en la versión original de la Constitución de

<sup>61</sup> Lanz Duret. Ob. cit., pp. 114 y 115.

<sup>62</sup> Lanz Duret. Ob. cit., pp. 120 y 121.

1917; sin embargo, en la realidad el órgano supremo y preponderante es el presidente de la República, es decir, el poder ejecutivo.<sup>63</sup> En términos semejantes se expresa Daniel Moreno, quien señala que el fortalecimiento del poder ejecutivo se presenta como un fenómeno general. Inclusive en países donde el principio de la separación de poderes se ha respetado mayormente,

... como en los Estados Unidos de Norteamérica, se advierte como, desde la época de Franklin D. Roosevelt cada día se le conceden más facultades a ese órgano. Y el reciente caso de Francia no es una excepción sino una tendencia. Se sostiene generalmente, que es una necesidad debido a que la mecánica legislativa tiene cada vez mayores complejidades, y que solamente un cuerpo especializado y ágil, dependiente del ejecutivo, puede realizarlo con mayor eficacia.<sup>64</sup>

Volveremos sobre esta pretendida justificación al preponderante poder del ejecutivo.

Son varias las causas del desproporcionado poder del jefe del ejecutivo sobre los otros dos órganos estatales: el abuso de las excepciones que las constituciones han establecido o las indebidas interpretaciones de las mismas, reformas constitucionales, una creciente intervención del Estado en la vida económica en donde se requieren decisiones más técnicas y rápidas, así como factores que pueden considerarse sociopolíticos.

Entendemos por excepciones aquellos actos que uno de los poderes realiza y que teórica y formalmente correspondían a otro. La Constitución de 1857 consignó como excepción a la prohibición del otorgamiento de facultades legislativas al ejecutivo, únicamente la que establecía el artículo 29 referido al llamado estado de emergencia y de suspensión de garantías. Por otra parte, según dice Fix-Zamudio,

... se introduce definitivamente la instancia del juicio de amparo, que significaba una sutil preeminencia del poder judicial federal sobre los otros dos, y se aceptó por el constituyente sin una conciencia clara del alcance de este control judicial.

Sin embargo, los diputados Ignacio Ramírez y Anaya Hermosillo se pronunciaron en contra del artículo 102 del proyecto, 101 y 102 del texto definitivo,

... estimando que la facultad que se otorgaba a los tribunales de desaplicar las leyes y anular los actos de autoridad contrarios a la Constitución, con-

<sup>63</sup> Lanz Duret. Ob. cit., p. 122.

<sup>64</sup> Daniel Moreno. *Síntesis de derecho constitucional*, en: *Panorama del derecho mexicano*, México, 1965, t. 1, pp. 33 y 34.

trariaba el principio de la división de poderes, ya que significaba la concentración de las funciones legislativa y administrativa en un solo organismo, el judicial.

Originalmente la Constitución de 1857 estableció una separación bastante marcada entre las funciones del legislativo y las del ejecutivo, con cierto predominio del primero, por medio de un sistema que combinaba el presidencialismo norteamericano con el parlamentarismo europeo, sistema que, por otra parte, no funcionó sino hasta 1867 en que triunfó la república, tras la guerra de Reforma y la intervención francesa, época ésta en la que se tuvo que vivir con apoyo en el uso de facultades extraordinarias en favor del titular del ejecutivo, para entonces Benito Juárez. El propio Juárez el 8 de diciembre de 1867, en su mensaje presidencial ante el Congreso, señaló la necesidad de reformar la Constitución. El 13 de diciembre Lerdo de Tejada, presentó la iniciativa que proponía el establecimiento de una segunda cámara, el veto suspensivo, los informes por escrito, la limitación de las facultades de la diputación permanente para convocar a sesiones extraordinarias y el sistema de substitución del presidente de la república ante la falta simultánea de éste y del presidente de la Suprema Corte de Justicia; hasta el 10 de noviembre de 1874 se aprobaron estas reformas, promulgándose por el ya entonces presidente Lerdo de Tejada el 13 de noviembre siguiente, consolidándose desde entonces el sistema presidencial mexicano. Empero, tampoco pudo funcionar este sistema debido a la caída de Sebastián Lerdo de Tejada a causa de la revolución de Tuxtepec, que llevó, finalmente al poder, al general Porfirio Díaz, en 1876.<sup>65</sup>

Durante el porfiriato la Constitución fue reformada en numerosas ocasiones, la última en 1904 elevando a seis años el periodo presidencial y estableciendo nuevamente la vicepresidencia. Además, el congreso, sin expresa reforma constitucional, fue cediendo facultades al presidente de la república "... hasta convertirse en un instrumento dócil y tolerante, rompiéndose el delicado equilibrio logrado en 1874, y concentrando casi todo el poder nacional en el presidente de la república", siendo uno de los aspectos más ostensibles de la concentración, la delegación de facultades legislativas fuera de periodo de emergencia. Se autorizó así a Benito Juárez en 1871, a Lerdo de Tejada en 1872 y al presidente Díaz en numerosas ocasiones, expidiéndose así un gran número de ordenamientos; además, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, siguiendo a Ignacio L. Vallarta, "consolidó esta transformación del espíritu del artículo 50 constitucional en varias ejecutorias...", esgrimiéndose el argumento de que la prohibición establecida en ese precepto, "... se refería

<sup>65</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 38-42.

a la fusión de uno de los tres poderes en los otros dos, o siquiera en uno de ellos de modo permanente”.<sup>66</sup>

En la Constitución de 1917 se ratificó expresamente, desde el proyecto presentado por Venustiano Carranza el 1º de diciembre de 1916, el principio de la separación de poderes, consignándose nuevamente un título, el tercero, formado por un solo precepto denominado “De la división de poderes”. Buscando evitar volver a caer en el vicio de la concesión de facultades legislativas al ejecutivo, fuera de los casos de emergencia, se aclaró expresamente que tal delegación no era procedente sino en los supuestos y condiciones establecidos por el artículo 29, que regula, en la Constitución vigente, al igual que en el artículo de igual número de la Constitución de medio siglo, los requisitos de las situaciones de peligro o grave conflicto para el país. Así, el artículo 49 estableció: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, y agrega:

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.

El 17 de enero de 1917 se aprobó el precepto por 143 votos contra 13.

El constituyente buscó el equilibrio entre los poderes que consideró alterado en la Constitución de 1857, reforzando al ejecutivo federal en varias direcciones; éstas son, según Fix-Zamudio:

- a) Estableciendo la elección directa de su titular.
- b) Modificando el sistema de responsabilidad oficial, tomando en cuenta, en forma particular, al presidente de la república.
- c) Limitando el funcionamiento del poder legislativo, reduciendo los dos periodos de sesiones que establecía la Constitución de 1857, a uno solo.
- d) Restringiendo la atribución de la comisión permanente para convocar oficiosamente a sesiones extraordinarias al supuesto de delitos oficiales o del orden común de los altos funcionarios, siempre que estuviere instruido el proceso por la comisión del gran jurado.<sup>67</sup>

Respecto al poder judicial, éste se depositó en una Corte Suprema de Justicia y en tribunales de circuito y de distrito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución de Querétaro. En lo referente al nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia el proyecto elaborado por Carranza y reproducido por la comisión del Congreso Constituyente establecía en su artículo 96:

<sup>66</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 42-44.

<sup>67</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 46-50.

Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán nombrados por las cámaras de diputados y senadores reunidas, celebrando sesiones del Congreso de la unión y en funciones de Colegio Electoral, siendo indispensable que concurren a aquéllas las dos terceras partes, cuando menos, del número total de diputados y senadores. La votación será en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Si no se obtuviere ésta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos. La elección se hará previa la discusión general de las candidaturas presentadas, de las que se dará conocimiento al ejecutivo para que haga observaciones y proponga, si lo estimare conveniente, otros candidatos. La elección deberá hacerse entre los candidatos admitidos.

El precepto provocó discursos polémicos; el diputado José María Truchuelo en la sesión de 20 de enero de 1917 atacó duramente el dictamen, diciendo que parecía inspirarse en el libro *La Constitución y la dictadura* de Emilio Rabasa, al que calificó de “libro reaccionario en muchos puntos”, además de atacar también directamente al propio Rabasa. Dijo que es este autor quien ha sostenido la absurda tesis de que el poder judicial no es tal poder, sino que es tan solo un departamento, alegando que nunca la administración de justicia es dependiente de la voluntad de la nación, que los tribunales “... no resuelven lo que quieren en nombre del pueblo, sino lo que deben en nombre de la ley”, y que la libre voluntad, esencia, según Rabasa, del órgano-poder, “... sería la degeneración y corrupción del órgano de la justicia”. En el libro de Rabasa se sostiene, además, que al órgano de la función judicial le faltan las condiciones esenciales de los órganos de poder: iniciativa, unidad y autoridad general. Según Truchuelo, esta teoría sólo tiene cabida en las monarquías absolutas y, finalmente, propone lo siguiente: a) que los magistrados de la Suprema Corte de Justicia sean electos popularmente y, b) que el número de ellos sea de uno por cada Estado.<sup>68</sup>

Los miembros de la comisión defendieron el dictamen negando haberse inspirado en Rabasa y alegando la universalidad de las ideas, pero sin entrar a discutir a fondo la cuestión de la naturaleza de poder o no, del órgano judicial. El texto del artículo, aprobado por 149 votos contra 1, el 21 de enero de 1917, fue el siguiente:

Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral, siendo indispensable que concurren, cuando menos, las dos terceras partes del número total de diputados y senadores. La elección se hará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Los candidatos serán previamente

<sup>68</sup> Emilio Rabasa. *La constitución y la dictadura*, México, 1956, pp. 188 y 189. Cfr. también: Cámara de Diputados, XLVI Legislatura del Congreso de la Unión. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. xii, pp. 656 y ss.

propuestos, uno por cada Legislatura de los Estados, en la forma que disponga la ley electoral respectiva.

Si no se obtiene mayoría absoluta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos.<sup>69</sup>

Este texto es en realidad una transacción entre el elaborado por los abogados de Carranza y ratificado por la comisión del Congreso y las protestas elevadas contra éste, así como en cierta medida las proposiciones de José María Truchuelo y que en realidad vuelve, en lo esencial, al sistema seguido por la Constitución de 1824.

Así, pues, puede concluirse: 1. Los diputados en general repudiaron expresamente el pensamiento de Emilio Rabasa; 2. el proyecto de Carranza, si bien recogió algunas ideas rabasistas, así como el proyecto de la comisión que sólo reproducía aquél, no coinciden con Rabasa, puesto que éste proponía que los ministros de la Suprema Corte fueran nombrados por el presidente de la república y con la aprobación del senado; 3. ninguno de los defensores del dictamen se atrevió a sostener, como lo hacía Rabasa, que el poder judicial no tenía la naturaleza de poder; y 4. la comisión acogió finalmente la proposición transaccionista que en última instancia fue aprobada.

Sin embargo, el artículo 96 fue reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 20 de agosto de 1928, en coincidencia, ahora sí, con las ideas de Emilio Rabasa,<sup>70</sup> como hoy se encuentra:

Los nombramientos de los ministros de la Suprema Corte serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores, la que otorgará o negará esta aprobación dentro del improrrogable término de diez días. Si la Cámara no resolviera dentro de dicho término, se tendrán por aprobados los nombramientos. Sin la aprobación del Senado no podrán tomar posesión los magistrados de la Suprema Corte nombrados por el Presidente de la República. En el caso de que la Cámara de Senadores no apruebe dos nombramientos sucesivos respecto de una misma vacante, el Presidente de la República hará un tercer nombramiento que surtirá sus efectos desde luego, como provisional, y que será sometido a la aprobación de dicha Cámara en el siguiente periodo de sesiones. En este periodo de sesiones, dentro de los primeros diez días, el Senado deberá aprobar o reprobar el nombramiento, y si lo aprueba o nada resuelve, el magistrado nombrado provisionalmente continuará en sus funciones con el carácter definitivo. Si el Senado desecha el nombramiento, cesará desde luego en sus funciones el ministro provisional, y el Presidente de la República someterá nuevo nombramiento a la aprobación del Senado, en los términos señalados.

<sup>69</sup> Cámara de Diputados. Ob. cit., t. VII, p. 776.

<sup>70</sup> Rabasa. Ob. cit., p. 202.

En los años posteriores a 1917 ha evolucionado el principio que examinamos; primeramente resurgió la costumbre constitucional de otorgar facultades legislativas al ejecutivo en situaciones normales, consolidando nuevamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación tal situación adoptada convencionalmente por los órganos legislativo y ejecutivo de la federación, sustentándose que la concesión de facultades “extraordinarias” al ejecutivo

... no significan la reunión de dos poderes en uno, pues no pasan al último todas las atribuciones correspondientes al primero, ni tampoco implica una delegación del Poder Legislativo en el Ejecutivo, sino más bien una cooperación o auxilio de un poder a otro.

Años más tarde se produce lo que Fix-Zamudio llama “la derogación de la costumbre derogatoria a través de una adición expresa al texto constitucional”; dicha adición, publicada el 12 de agosto de 1938, añadió al artículo 49 la siguiente frase: “En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.” Sin embargo, la complicación de la vida actual exigía ya, al decir de Fix-Zamudio, una mayor intervención del ejecutivo federal en las atribuciones legislativas, fenómeno que, por otra parte, es común en muchos países en la actualidad, de manera que

... una vez cerrado el camino a las facultades delegadas, se tuvo que abrir la puerta nuevamente a las mismas, pero en esta ocasión por razones plenamente justificadas, ya que el desarrollo económico de nuestro país en los últimos tiempos hace necesario que se regule dinámica y flexiblemente la política financiera y económica de la nación, y sólo puede hacerlo el Ejecutivo y no el Congreso de la Unión.

Es así como, por decreto publicado el 28 de marzo de 1951, se volvió a reformar el artículo 49 constitucional para agregar otra excepción a la prohibición de delegación de facultades legislativas al ejecutivo: “En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”<sup>71</sup>

El segundo párrafo del artículo 131 fue creado en el mismo decreto y dice:

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso y para crear otras; así como para restringir y prohibir las importaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior,

<sup>71</sup> Cfr. Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 52-54.

la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

Este párrafo fue reglamentado por una ley publicada en el *Diario Oficial* de 5 de enero de 1961.

Es oportuno hacer notar que en realidad las facultades a que se refiere el segundo párrafo del artículo 131 no pueden ser consideradas como extraordinarias, como se dice en el artículo 49, pues la delegación de las mismas por parte del Congreso de la Unión puede hacerse en cualquier momento y no exclusivamente en situaciones de emergencia como las previstas en el artículo 29 constitucional.

Por otra parte, se han aumentado las atribuciones jurisdiccionales de la administración. Efectivamente, desde el texto original de la Constitución vigente se establecía, en la fracción XX del artículo 123, que las diferencias o conflictos entre capital y trabajo debían someterse a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje de carácter paritario, es decir, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del gobierno. Estos cuerpos han evolucionado de simples órganos de arbitraje a verdaderos tribunales laborales de plena jurisdicción. Inclusive, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, originalmente sostuvo que las Juntas de Conciliación y Arbitraje no eran tribunales y carecían de imperio para ejecutar sus resoluciones.

El primero de febrero de 1924 cambió la Corte su criterio y afirmó que las Juntas de Conciliación y Arbitraje estaban constitucionalmente capacitadas para conocer y decidir todos los conflictos de trabajo, pues eran auténticos tribunales y tenían imperio para ejecutar sus resoluciones.<sup>72</sup>

El cambio de la jurisprudencia quedó consignado en la célebre ejecutoria *La Corona, S. A.*

Además, actualmente el ejecutivo federal cuenta con otras facultades jurisdiccionales que han rebasado con mucho la idea original del constituyente; existe, por una parte, el Tribunal Fiscal de la Federación y, por otra, el hoy llamado Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, que como dice Héctor Fix-Zamudio, "... ahora se han regularizado desde el punto de vista constitucional, pero cuya situación, particularmente del primero, fue bastante discutida en los primeros años de su establecimiento". El Tribunal Fiscal de la Federación, creado en 1936 por la Ley de Justicia

<sup>72</sup> Mario de la Cueva. *Derecho mexicano del trabajo*, México, 1966, (reimpresión), t. II, p. 904.

Fiscal, ha visto ampliada su competencia rebasando en mucho la materia exclusivamente tributaria, por la nueva Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, vigente a partir del 1º de abril de 1967, hasta abarcar una buena parte de la materia administrativa, como puede observarse en las distintas fracciones del artículo 22 de la citada ley. Este tribunal recibió muchos ataques por su dudosa constitucionalidad —se llegó a decir que violaba los artículos 49, 13, 14 y 17 constitucionales— a cuyo estudio no entraremos porque rebasaría nuestros propósitos en este trabajo,<sup>73</sup> pero hoy su situación se ha regularizado gracias, primero, a una reforma constitucional de 16 de diciembre de 1946 al segundo párrafo de la fracción I del artículo 104, el cual quedó en los siguientes términos:

En los juicios en que la Federación está interesada, las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de segunda instancia o contra la de los tribunales administrativos creados por ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos.<sup>74</sup>

Este párrafo volvió a ser reformado por decreto de 19 de junio de 1967, publicado en el *Diario Oficial* de 25 de octubre del mismo año, en vigor el 28 de octubre de 1968, en los siguientes términos:

Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

El tercer párrafo del artículo que comentamos se refiere a un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, que procede en algunos casos contra las resoluciones definitivas de los citados tribunales.

El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje fue constitucionalizado por decreto de 21 de octubre de 1960, que adicionó el artículo 123 constitucional con un apartado "B" que establece las bases que rigen las relaciones entre los poderes federales y gobiernos del Distrito y Territorios Federales con sus trabajadores.<sup>75</sup>

La estructura del poder legislativo no ha sufrido variaciones de importancia, las materias que han aumentado su competencia son el resultado

<sup>73</sup> Gabino Fraga trata ampliamente el problema en: *Derecho administrativo*, México, 1966, p. 471.

<sup>74</sup> Cfr. Andrés Serra Rojas. *Derecho administrativo*, México, 1959, p. 805. También Fraga. Ob. cit., p. 482.

<sup>75</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 56-58.

de la centralización de materias, que originalmente correspondían a las entidades federativas, situación que analizaremos con mayor detalle en capítulo posterior,<sup>76</sup> pero en cuanto a sus atribuciones respecto a los otros órganos no ha habido progreso notorio, sino por el contrario, ha perdido terreno como lo hemos visto al referirnos a la creación del segundo párrafo del artículo 131 constitucional. La Comisión Permanente ha visto aumentada su competencia: en 1923 se adicionó el artículo 79 con la fracción IV, devolviéndole, con limitaciones, la facultad de convocar oficiosamente al Congreso o a una de las cámaras a sesiones extraordinarias, exigiéndole para ello el acuerdo de una mayoría especial simple, es decir, dos terceras partes de los individuos presentes y el señalamiento del objeto u objetos de dichas sesiones; en 1928 se agregó la facultad de conceder o negar su aprobación a los nombramientos de ministros de la Suprema Corte de Justicia y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales; en 1933 se creó la fracción VI con objeto de atribuir al cuerpo de receso la facultad de otorgar al presidente de la república licencia hasta por treinta días y nombrar al interino que supla dicha falta; en 1966 se modificó la fracción III confirmando a la Comisión Permanente competencia para recibir durante el receso del Congreso las iniciativas de leyes y proposiciones dirigidas a las cámaras y turnarlas para dictamen a las comisiones de la Cámara a que vayan dirigidas, para que se despachen inmediatamente en el siguiente periodo de sesiones; se adicionó también la fracción VII que establece como atribución de la Comisión Permanente, la ratificación de los nombramientos que el presidente haga de ministros, agentes diplomáticos, cónsules, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales, atribución que dejó de ser exclusiva del senado como lo establecen aún la fracción II del artículo 76 y las fracciones IV y V del artículo 89 constitucionales que deben modificarse para ser congruentes con la fracción VII del artículo 79 que acabamos de comentar. Sin embargo, salvo la fracción IV adicionada en 1923, las demás facultades de la Comisión Permanente han sido restadas a las cámaras, por lo que el poder legislativo en conjunto no vio aumentada su competencia.<sup>77</sup>

En lo que toca al organismo judicial federal dice Fix-Zamudio:

su estructura se ha conservado sin un cambio apreciable por lo que se refiere a los otros dos sectores del poder, aunque el número de sus miembros ha ido aumentando paulatinamente de acuerdo con el creciente número de negocios que llegan constantemente a su conocimiento, particularmente a través del juicio de amparo, por conducto del cual, prácticamente todos

<sup>76</sup> Capítulo ix: El federalismo. Su decadencia.

<sup>77</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 58 y 59.

los asuntos judiciales del país se concentran en los tribunales de la Federación y bastantes de ellos en la Suprema Corte de Justicia.

La reforma de 1928 dividió la Suprema Corte en tres salas de cinco ministros cada una con diferente competencia por materia, elevándose su número de once que funcionaban en pleno, a dieciséis funcionando por salas y excepcionalmente en pleno. En 1934 hubo otra reforma creando la Cuarta Sala para conocer de los asuntos laborales, ascendiendo a veintiuno en número de ministros. La reforma de 1951 incorporó a cinco ministros supernumerarios y creó, buscando combatir el rezago, a los tribunales colegiados de circuito. Finalmente, en las reformas de 1968 se buscó aliviar el rezago de la Suprema Corte ampliando la competencia y el número de los tribunales colegiados de circuito.

La inamovilidad judicial ha sido objeto de vicisitudes,

se ha suprimido, restablecido, vuelto a suprimir, hasta que por fin se ha consagrado como una institución que ha obtenido una aprobación casi unánime de todos los sectores de opinión, pues sólo de vez en cuando surgen voces aisladas que la combaten.

En relación con este problema es importante considerar la adición al artículo III constitucional, por decreto publicado el 20 de agosto de 1928, facultándose al jefe del ejecutivo para solicitar a la Cámara de Diputados la destitución por mala conducta de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, de los magistrados de los tribunales de circuito y de los jueces de distrito, así como de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, debiendo decidir por mayoría de votos tanto la Cámara de Diputados como el Senado. En reforma posterior, en septiembre de 1944, se agregó que en ese supuesto el presidente de la República debe oír en privado al funcionario afectado, a fin de apreciar en conciencia la justificación de la solicitud de destitución.<sup>78</sup>

Un sector importante de la doctrina considera que este particular juicio de responsabilidad, por hechos que no necesariamente constituyen delitos comunes u oficiales, puede funcionar cuando los miembros de los poderes legislativo y ejecutivo subjetivamente estimen que un funcionario judicial ha observado "mala conducta", término éste completamente impreciso. Consideramos estas críticas completamente justificadas, pues como dice el investigador mexicano Lucio Cabrera, en un importante trabajo sobre el poder judicial federal mexicano,

... este peculiar juicio por mala conducta contra los funcionarios que integran el Poder Judicial de la Federación es completamente erróneo e inconveniente, porque puede ser el resultado de un juicio puramente subjetivo

<sup>78</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 60-62.

por parte del presidente de la República y de las Cámaras; no se define lo que se entiende por “mala conducta” —ni se debe constituir o no, un delito común u oficial—, es decir, no existe la posibilidad de tipificar el concepto y tampoco se establece una correcta oportunidad procesal de defensa del funcionario judicial inculcado, para ser oído y poder expresar sus puntos de vista públicamente ante las Cámaras, ni de allegar los medios de prueba conducentes. Ciertamente hay que concluir que este párrafo del artículo 111 constitucional, representa una grave limitación a la independencia del Poder Judicial Federal por parte de los otros dos poderes.<sup>79</sup>

En este sentido opinan Miguel Lanz Duret, Fausto E. Vallado Berrón, Jorge Trueba Barrera, Manuel Herrera y Lasso y José Becerra Baustista, entre otros. Fix-Zamudio, por su parte, no comparte la opinión que se ha expuesto, sin embargo reconoce que el procedimiento para decidir sobre el comportamiento de los funcionarios judiciales, no llena todos los requisitos de una defensa eficaz de los inculcados.<sup>80</sup>

La superioridad evidente del poder ejecutivo obedece también a causas sociopolíticas. Según Miguel Lanz Duret las tradiciones del virreinato español, las condiciones circunstanciales políticas que han prevalecido desde la independencia hasta nuestros días, las características de raza y educación de un pueblo como el mexicano, acostumbrado a esperarlo todo del Estado, sus hábitos de obediencia tolerando los desmanes y abusos de los gobernantes, su pobreza mantenida por malos gobiernos, han impedido un espíritu político auténticamente democrático en las masas; los pueblos latinoamericanos han preponderado el poder unitario del jefe del poder ejecutivo,

...supremo dispensador de canongías, de sueldos y de prebendas, el único capaz de hacer sentir su fuerza arbitraria o legal dentro del Estado, de cuya intervención benevolente se puede esperar la protección o el respeto de los derechos legales de los ciudadanos. Si a todo lo anterior se agrega para hacer valer estas enormes facultades, que no ha dado la Constitución sino el pueblo sumiso, con la renunciación de sus prerrogativas ciudadanas, existe el hecho de que el presidente de la república tiene a su disposición la fuerza, es decir, el ejército, la marina y la policía y el tesoro público a su alcance,

por tanto, concluye, hay un órgano preponderante en el Estado mexicano: el poder ejecutivo.<sup>81</sup>

Más adelante agrega que al mismo tiempo, y paradójicamente, el gobierno personal con sus apariencias de poder es el más frágil,

<sup>79</sup> Lucio Cabrera. *El Poder Judicial Federal mexicano y el constituyente de 1917*, México, 1968, pp. 113 y 114.

<sup>80</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 62 y 63.

<sup>81</sup> Lanz Duret. Ob. cit., pp. 122-124.

... porque asumiendo su jefe toda la responsabilidad, atrae sobre sí todas las críticas, todas las censuras, todos los descontentos y todas las agresiones, hasta que llega un momento en que el rey, presidente o gobernador, tiene que optar por uno de los términos de este dilema: renunciar al poder o conservarlo por la fuerza,

solución esta última la más frecuentemente adoptada. Aun la limitación que al poder del Estado representa la opinión pública se ve difícil de alcanzar en México, según dice el mismo autor,

... por falta de partidos, por la intolerancia política de los gobiernos, que no consienten ninguna actividad que provenga de la iniciativa de los ciudadanos, y sobre todo por la carencia absoluta de estos últimos de práctica y de educación cívica y de valor civil para reclamar sus derechos constitucionales.

En realidad en México puede decirse que la única limitación eficaz que, sin embargo, se ha vuelto relativa es la necesaria renovación de los titulares de los órganos representativos, pues su mandato tiene una duración pasajera y relativamente corta.<sup>82</sup> Sin embargo, esta limitación puede ser desvirtuada cuando es frecuente que un mismo individuo ejerza cuatro o cinco veces un mismo cargo, sólo dejando pasar un periodo intermedio, o bien cuando un determinado grupo se alterna para ocupar puestos de importancia impidiendo que exista una auténtica renovación.

La Constitución de 1917 dio al ejecutivo mayor fuerza de la que tenía al amparo de la Constitución de 1857, sin embargo, han sido las reformas posteriores las que definitivamente rompieron el equilibrio entre los órganos del Estado en favor, precisamente, del ejecutivo. Según Fix-Zamudio esto no constituye un retroceso hacia la dictadura, sino el resultado de una serie de factores técnicos, económicos y sociopolíticos, derivados de la creciente complicación de los problemas públicos, especialmente en los campos económico, financiero y de seguridad social, siendo el ejecutivo el más capacitado para resolver estas cuestiones y, además, el único que cuenta con los medios adecuados para hacerlo. El investigador dice:

... habiéndose superado en la actualidad el concepto clásico de la separación de las funciones, puesto que cada vez existe una mayor interdependencia entre los tres departamentos tradicionales y especialmente el llamado ejecutivo, que ha ido absorbiendo en mayor número atribuciones de los otros dos, el alcance actual del principio de la llamada "división de poderes" debe buscarse no tanto en la separación de las atribuciones, sino en el equilibrio y autonomía de los organismos que las realizan, de tal manera que se logre un equilibrio que impida un desbordamiento de uno de los departamentos que anule a los otros aunque teóricamente conserven su independencia.

<sup>82</sup> Lanz Duret. Ob. cit., pp. 124-126.

En el mismo sentido que Manzanilla Schäffer piensa Fix-Zamudio que la terminología debe cambiarse, ya que siendo el poder uno solo e indivisible, no puede hablarse en rigor de división o separación de poderes, sino más bien hay colaboración, equilibrio y autonomía de las funciones y de las ramas u organismos del poder público.<sup>83</sup>

Por nuestra parte, sin desconocer que las consideraciones de los investigadores citados son ciertas, considerando que el ejecutivo está constituido por toda una organización que tiene su base en las secretarías y departamentos de Estado, así como en los llamados organismos descentralizados, pensamos que, dado el inmenso poder del jefe del ejecutivo que ya hemos examinado, su control del poder judicial a través del artículo 111 constitucional, su responsabilidad ante las cámaras limitada a traición a la patria y delitos graves del orden común, de acuerdo con el artículo 108 constitucional, su control absoluto sobre los secretarios de Estado y jefes de departamentos administrativos a través del libre nombramiento y remoción de ellos en sus cargos de acuerdo con lo dispuesto en la fracción II del artículo 89 constitucional, que de paso hace nugatoria la institución del refrendo establecida en el artículo 92 de la ley fundamental, y la misma situación respecto a los más altos funcionarios de la mayoría de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, de acuerdo con sus respectivas leyes orgánicas, nos permiten afirmar que México vive un régimen de dictadura constitucional del presidente de la República, sin considerar, que en muchas ocasiones la superioridad de derecho hace que la de hecho sea aún mayor, es decir, que los otros dos órganos del Estado, particularmente el legislativo, suelen ceder voluntariamente ante el ejecutivo, en mayor medida de lo que en rigor estarían obligados.

## 2. *La distinción de las funciones del Estado*

La doctrina, tanto mexicana como extranjera, se ha ocupado de las funciones del Estado y su posible diferenciación. Tal cuestión es importante, pues dado que los tres órganos del Estado realizan funciones que no siempre les corresponderían, si se atendiera sólo a la naturaleza del órgano mismo, es necesario determinar la naturaleza de las funciones con independencia del órgano que las realiza.

Maurice Hauriou dice: "las funciones del Estado son las diversas actividades de la empresa de gobierno, consideradas con arreglo a las directivas que les imprimen las ideas estatales". Considera que las principales

<sup>83</sup> Cfr. Victor Manzanilla Schäffer. *El principio de la división de poderes y la Constitución de 1917*, en: "Revista de la Facultad de Derecho", núm. 50, México, 1963. Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 63 y 64.

funciones son: 1) la función de justicia; 2) la función legislativa; 3) la función gubernativa; 4) la función administrativa. Cada función no se reduce a un solo tipo de acto sino que puede comprender varios, en cambio los poderes públicos son, según Hauriou: “las diversas modalidades del poder de que se sirve la empresa-estado para realizar sus funciones”. Ahora bien, un mismo poder público puede intervenir en varias funciones, aunque realizará una de modo preponderante en cumplimiento de la cual, recibe cada poder el concurso de los demás.<sup>84</sup>

Gabino Fraga considera que la teoría de la división de poderes puede examinarse desde dos puntos de vista: *a)* respecto a las modalidades que impone en el ordenamiento de los órganos del Estado y, *b)* respecto de la distribución de las funciones del Estado entre esos órganos. Desde el primer punto de vista se ha separado a los órganos del Estado en tres grupos independientes unos de otros; desde el segundo punto de vista la separación de poderes impone la distribución de funciones entre cada uno de los poderes. Sin embargo, la legislación positiva no ha podido sostener el rigor de esta exigencia y por las necesidades prácticas se ha impuesto la atribución a un mismo poder de funciones de naturaleza distinta.<sup>85</sup>

Por ello hay que calificar, según Fraga, las funciones del Estado desde dos puntos de vista:

*a)* Desde el punto de vista del órgano que las realiza, es decir, adoptando un criterio formal, subjetivo u orgánico, que prescinde de la naturaleza intrínseca de la actividad, las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidas al Poder Legislativo, al Ejecutivo o al Judicial, y

*b)* Desde el punto de vista de la naturaleza intrínseca de la función, es decir, partiendo de un criterio objetivo, que prescinde del órgano al cual están atribuidas, las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales, según tengan los caracteres que la teoría jurídica ha llegado a atribuir a cada uno de esos grupos.

Generalmente hay coincidencia entre ambos puntos de vista, pero excepcionalmente puede no haberla, pudiendo un poder realizar funciones que subjetivamente no le corresponden; por otra parte, siendo lo general la coincidencia, la excepción debe estar prevista expresamente en el texto constitucional.<sup>86</sup>

Dentro de este orden de ideas, Fraga denomina “temperamentos”, a ... los casos en los cuales existe colaboración de varios poderes en la realización que materialmente considerada, sólo debiera corresponder a uno

<sup>84</sup> Hauriou. Ob. cit., pp. 372-375.

<sup>85</sup> Fraga. Ob. cit., pp. 25-27.

<sup>86</sup> Fraga. Ob. cit., p. 28.

de ellos, y por excepciones, aquéllos en los cuales falta coincidencia entre el carácter material y el carácter formal de la función.<sup>87</sup>

La distinción de las funciones desde el punto de vista formal no tiene problema; desde el punto de vista material, piensa el autor mexicano, la función legislativa sólo se tiene presente en la ley, la cual es un acto jurídico que crea, modifica o extingue una situación general;<sup>88</sup> la función jurisdiccional supone la declaración de la existencia de un conflicto y su resolución a través de la sentencia;<sup>89</sup> y respecto de la función administrativa dice que es "...la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales".<sup>90</sup>

Por su parte, Benjamín Villegas Basavilbaso piensa que las funciones estatales pueden ser clasificadas desde tres puntos de vista: substancial, orgánico y formal.

a) Desde el punto de vista substancial se refiere al contenido mismo de la función y, así, la función legislativa es aquella mediante la cual se constituye el orden jurídico, el cual está integrado por el derecho objetivo o sea, normas jurídicas que regulan la conducta humana bilateral, su carácter es esencialmente autárquico, son generales y abstractas; la función administrativa es una actividad concreta mediante la cual se provee a la satisfacción de las necesidades colectivas, debiendo ejercitarse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley; la función jurisdiccional es la que tutela, mantiene y actúa el orden jurídico y lo aplica en los casos de contienda.<sup>91</sup>

b) El punto de vista orgánico atiende a los órganos que ejercen las funciones y desde este punto de vista, cada una de ellas es atribuida a un órgano diferente. Ambos puntos de vista muchas veces no coinciden y es así como los tres órganos excepcionalmente realizan funciones que substancialmente no les corresponden.<sup>92</sup>

c) El punto de vista formal atiende a la forma que revisten los actos que emanan de cada uno de los órganos estatales, coincidiendo general pero no absolutamente con el criterio orgánico; por otra parte, considera el tratadista Villegas Basavilbaso, que el punto de vista más importante es el substancial, ya que en caso de duda sobre la naturaleza de un acto estatal, deberá estarse a este criterio.<sup>93</sup>

<sup>87</sup> Fraga. Ob. cit., p. 65.

<sup>88</sup> Fraga. Ob. cit., p. 40.

<sup>89</sup> Fraga. Ob. cit., p. 50.

<sup>90</sup> Fraga. Ob. cit., p. 61.

<sup>91</sup> Benjamín Villegas Basavilbaso. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1950, t. 1, pp. 34 y 35.

<sup>92</sup> Villegas Basavilbaso. Ob. cit., t. 1, pp. 36 y 37.

<sup>93</sup> Villegas Basavilbaso. Ob. cit., t. 1, p. 38.

Aclarando la diferencia que existe entre los tres puntos de vista a que alude Villegas Basabilvaso, Carlos Cortés Figueroa dice: “calificar una función desde el punto de vista material es atender a su naturaleza intrínseca (o a la naturaleza intrínseca de los actos de que se trate) y a los efectos que produce” y agrega: “calificar una función desde el punto de vista formal, consiste en fijarnos en el modo (o forma) en que se manifiestan las voluntades que los forman, y quizá a la secuela por la que atraviesan (los actos y las funciones)”; finalmente concluye: “calificarlas desde el punto de vista orgánico, se reduce a atender al órgano de que provienen”.<sup>94</sup>

Como dice Fix-Zamudio,

en la actualidad no es tan importante como en la concepción clásica, que cada uno de los tres cuerpos del gobierno, ejercite fundamentalmente las funciones que le han dado su calificativo, y que sólo como una excepción pudo ejercitar las correspondientes a los otros dos, pues lo que debe importarnos ahora es la autonomía de la función, independientemente del poder a que se atribuyan.<sup>95</sup>

Cita el investigador mexicano la interesante tesis de Karl Loewenstein en el sentido de que el equilibrio del poder se realiza por medio de controles intraorgánicos e interorgánicos; entre los primeros se cuentan los recursos administrativos, el sistema bicameral y la serie de instancias a través de las cuales se examinan los fallos de los tribunales inferiores; igualmente se ha pensado en un organismo independiente que sirviera de moderador a los tres clásicos, actuando de conformidad con los lineamientos que cada Constitución le señalare.

Así, encontramos diversos ensayos de un “poder conservador” o “moderador”, que controlara y mantuviera la separación de las funciones, nulificando, de manera general toda actividad de los tres órganos tradicionales que se extralimitara en sus atribuciones.

Como idea original del abate Sieyès surgió en la Constitución francesa de 13 de diciembre de 1799 el *Senado Conservador*, como un organismo situado por encima de los tres tradicionales y que podía nulificar los actos de cualquiera de ellos a petición de alguno de los mismos. En México se introdujo en la segunda Ley Constitucional de 1836 un Supremo Poder Conservador, el cual podía no sólo declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de determinado término y a petición del ejecutivo, de la Suprema Corte o de 18 miembros del legislativo, en determinadas hipótesis, declarar asimismo la nulidad de actos del ejecutivo contrarios a la Constitución o a las leyes, a petición de alguno de los otros dos órganos

<sup>94</sup> Carlos Cortés Figueroa. *Segundo curso de derecho administrativo* (apuntes), México, 1967, pp. 20 y 21.

<sup>95</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., p. 73.

del Estado y declarar la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia en el caso de usurpación de facultades a excitativa también de alguno de los otros dos órganos estatales, sino que podía inclusive declarar, por excitación del congreso general, la incapacidad física o moral del presidente de la República, cuando le sobreviniere suspender a la alta Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos órganos, cuando desconozca alguno de ellos, o trate de trastornar el orden público, suspender en determinadas condiciones y por determinado tiempo las sesiones del congreso; en fin, toda una serie de facultades que hacían de él un verdadero superpoder.<sup>96</sup>

Existe también un cuarto poder en la Constitución de Brasil de 1824, cuyo título referente a la división de poderes decía en su artículo 10: “Los poderes políticos reconocidos por la Constitución del Imperio del Brasil son cuatro: el poder legislativo, el poder moderador, el poder ejecutivo y el poder judicial.” El título V fue íntegramente dedicado al poder moderador, definido como “la llave de toda organización política” y

delegado primeramente al Emperador, como jefe supremo de la nación y su primer representante, para que incesantemente vele por el mantenimiento de la independencia, equilibrio y armonía de los demás poderes políticos.

Según el tratadista brasileño Afonso Arinos de Melo Franco, el poder moderador es una idea de Clermont Tonerre, “. . . consolidada y divulgada por Benjamín Constant”, cuya obra: *Estudios de derecho constitucional* era muy conocida por legisladores y gobernantes brasileños de la época. Según este autor, y basándose en Octavio Torquino de Souza, fue el propio emperador Pedro I

. . . quien hizo insertar en el texto aquella nueva prerrogativa de la Corona, inexistente en el proyecto del constituyente y que vino a consolidar particularmente su poder personal frente a los tres restantes poderes políticos.

Entre sus atribuciones se encontraban: nombrar senadores, escogiendo uno de la lista triple electa por las provincias; convocar a la Asamblea General Legislativa en los recesos; sancionar las leyes; disolver la Cámara de Diputados convocando a elecciones; nombrar y destituir libremente a los secretarios de Estado.<sup>97</sup>

En la actualidad se considera, de modo general, que el instrumento más eficaz para lograr el equilibrio entre los tres organismos de poder, se ha depositado en un tribunal, pero en un tribunal distinto de aquellos

<sup>96</sup> Cfr. Fix-Zamudio. Ob. cit., 65-67. Igualmente Tena Ramírez. *Leyes fundamentales*, pp. 210 y 211.

<sup>97</sup> Afonso Arinos de Melo Franco. *El constitucionalismo brasileño de la primera mitad del siglo XIX*. Traducción de Enrique Helguera Soiné, en: *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, 1957, t. 1, pp. 320-322.

que conocen de juicios ordinarios y cuya función es precisamente preservar el orden constitucional, dejando sin efecto los actos de los órganos del Estado cuando se extralimitan en sus funciones de acuerdo con la constitución. En numerosas constituciones europeas se encuentra previsto un tribunal encargado del control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad en general; en México tal función descansa en los tribunales de la federación, específicamente en la Suprema Corte de Justicia, los tribunales colegiados de circuito y los juzgados de distrito y a través de un juicio especial de carácter extraordinario como lo es el amparo.

Piensa Tena Ramírez, al igual que Fix-Zamudio, que deben regularizarse las facultades legislativas del ejecutivo, cada vez mayores, sobre todo en el campo estrictamente técnico. Según Héctor Fix es posible reformar la actividad política del legislativo para controlar al ejecutivo, como ya se ha hecho exitosamente en otros países, tal como el establecimiento de un delegado parlamentario, institución de origen sueco en donde recibe el nombre de *obudsman* y que se ha extendido a Noruega, Dinamarca y la República Federal de Alemania con matices peculiares. En México se cuenta con el Tribunal Fiscal de la Federación para un sector de la administración y, más recientemente dentro del Distrito Federal, el tribunal de lo contencioso-administrativo para los actos administrativos en general, y respecto de todas las autoridades gubernamentales el juicio de amparo. Propone el investigador mexicano el restablecimiento del sistema de que las cámaras tengan dos periodos de sesiones como en la Constitución de 1857, considerando que la crítica de Rabasa,<sup>98</sup> que orilló a la reforma hoy vigente, ya no es aplicable. Propone finalmente el mejoramiento del poder judicial al que considera equilibrador, por medio del establecimiento de una carrera judicial aunque sin cerrarla totalmente, y limitando la facultad del presidente de la república en lo que se refiere al nombramiento de ministros de la Suprema Corte de Justicia, de manera que dichos nombramientos no sean absolutamente libres para el jefe del ejecutivo.<sup>99</sup>

En nuestra opinión sería también positivo el que se reformasen los dos últimos párrafos del artículo 111 constitucional, a efecto de no hacer nugatoria la inamovilidad judicial que permite justamente la independencia del órgano judicial respecto a los otros dos, principalmente del ejecutivo. Desde luego que es deseable antes que nada, una depuración del elemento humano que integra los órganos del Estado, pues en tanto no exista honestidad y responsabilidad en funcionarios y empleados, cualquier reforma que se haga resulta inútil.

<sup>98</sup> Decía este autor que dos sesiones significaban que el Congreso estuviere reunido demasiado tiempo y pudiere obstruir políticamente la actividad del ejecutivo.

<sup>99</sup> Fix-Zamudio. Ob. cit., pp. 78 y 82-88.