

División de poderes y fuentes del Derecho: sus relaciones en el ordenamiento constitucional mexicano

Desde su elaboración original por Locke y Montesquieu, y su consagración dogmática primera en el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el principio de la división de poderes ha sido una constante en la historia constitucional de occidente, aunque con niveles aplicativos muy diversos a como fue originalmente concebido. Lo que ha sucedido es que con el tiempo este principio ha sufrido «un proceso de dogmatización, convirtiéndose en una proposición acrítica de fe».

Se puede decir que este principio jamás ha recibido una aplicación práctica total, sino que siempre se ha realizado de modo flexible, reflejo de las muchas excepciones que le han ido imponiendo diversas necesidades dentro del funcionamiento estatal. Pablo Lucas Verdú señala; «En el continente europeo, aparte del modelo convencional suizo, se aplicó la división de poderes de modo flexible. Se trata, pues, de una *coordinación* entre los poderes de carácter más político que jurídico, de modo que su actividad se despliegue armónicamente conforme a una orientación política unitaria (aquí operan eficazmente los partidos victoriosos en las elecciones). Además, si bien, por lo re-

guiar cada poder se circunscribe en la órbita de su correspondiente función institucional, ello no obsta para que se den excepciones más o menos relevantes, de transmisión de funciones atribuidas a otros poderes»⁴.

En su teleología original, la división de poderes pretendía que los poderes públicos se controlaran unos a otros, garantizando de esa forma la libertad de los ciudadanos. Montesquieu lo dijo en una frase famosa de su *L'esprit des lois*: «...Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder»⁵.

Para comprender en la actualidad la división de poderes hay que hacer algunas consideraciones previas. Para empezar, hay que precisar que dentro de los poderes del Estado pueden distinguirse dos esferas, tal como lo ha destacado Manuel García-Pelayo, «una rigurosamente estatal», integrada por los órganos que se encuentran jurídicamente investidos de poder y por las "tecnoburocracias", otra, compuesta por «aquellos actores (partidos políticos y organizaciones de intereses) que tratan de controlar las acciones

del Estado o de orientarlas en un determinado sentido».

Dentro del ámbito de la esfera rigurosamente estatal, en el que se comprenden el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial a que se refiere el artículo 49 de la Constitución mexicana, hay que mencionar que aunque el planteamiento de Montesquieu se presentaba como un esquema ideológicamente neutro, en la práctica tal neutralidad no ha existido sino que, por el contrario, la repartición de las funciones públicas y el predominio de cierto poder sobre los demás se ha correspondido con el florecimiento de ciertas clases sociales y con la estructuración de un sistema económico determinado, tal como lo explica Carlos de Cabo: «La configuración de ejecutivo-legislativo y sus mutuas relaciones, hay que explicarlas más allá de la mera vestidura jurídico-constitucional en cuanto han funcionado como centros de localización de clase, lo que se ha traducido, no en el equilibrio, ni en la igualdad, ni en la independencia, conforme propugnaba la inicial formulación teórica, sino en la protagonización de uno de ellos, precisamente de aquel en el que se ha instalado la clase o fracción hegemónica, lo que a su vez ha supuesto una peculiar forma de dominación política del Estado acorde con las funciones a realizar según la respectiva fase del desarrollo y, simultáneamente, un específico proceso de legitimación»⁷

Si esto es así, también la prevalencia de una clase social determinada, manifestada en un desequilibrio entre los poderes públicos, ha afectado al sistema de fuentes del Derecho, pues éstas no son más que la traducción jurídica formal de la distribución de poder político dentro de una comunidad».

Por mencionar solamente un ejemplo, vale remitirse a la polémica sobre el con-

cepto de ley que se produjo en el siglo pasado y que, en realidad, encubría la lucha entre el principio monárquico y su poder reglamentario y las asambleas populares que contaban con la ley (instrumento jurídico creado con la participación de los representantes del pueblo y por tanto más democrático que el reglamento) como modo de manifestación jurídica. Es decir, de un lado se situaban los estamentos que se beneficiaban de las prerrogativas regias y, en general, de la forma monárquica de Estado, y del otro se alineaban los representantes de la emergente burguesía, dé talante liberal y que demandaban nuevos poderes normativos en vista de su situación de poder socioeconómico dentro de la sociedad».

LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LOS NUEVOS PODERES

Por lo que hace a la segunda esfera, la compuesta por los partidos políticos y las organizaciones de intereses, hay que subrayar la primera magnitud que ha cobrado el fenómeno partitocrático, que ha sido calificado como el «más característico y representativo del Estado moderno»¹⁰.

La importancia de los partidos es tan grande que, prácticamente, ha borrado la división entre ejecutivo y legislativo, que ahora forman parte del mismo grupo político, para establecerla entre mayorías y minorías, es decir, «entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores»¹¹.

Las dos razones fundamentales para la expansión del fenómeno partitocrático,

que ha terminado por configurar lo que la doctrina alemana ha llamado el Estado de partidos, son las siguientes¹²:

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

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

Empero, el papel y la problemática de los partidos políticos en América Latina, como tantas otras instituciones, tienen sin embargo que analizarse desde una óptica particular y regional, en tanto presentan problemas que no existen en otras latitudes. Al respecto, Marcos Kaplan ha destacado que: 1. Existe una grave separación entre los partidos y los ciudadanos en América Latina; 2. Los partidos de la región presentan rasgos compartidos de personalismo y oligarquización, y 3. Están sometidos a un fuerte control del Estado¹³. Junto a esto hay que añadir que en el caso concreto de México, el PRI y el sistema de partidos tienen unas características propias muy definidas que no se encuentran en el resto del continente.

Dentro de los partidos, sobra decirlo, se incluyen múltiples organizaciones de intereses que actúan políticamente, tanto a través de los propios partidos como a través de los medios de comunicación por su incidencia en la opinión pública.

Este es un dato que no puede dejar de señalarse para comprender la división de poderes en la actualidad: el notable incremento de poder real de los medios de comunicación, especialmente en una época como la que vivimos, en que muchas facetas de la vida cotidiana están determinadas por los avances tecnológicos y en donde la relación entre opinión pública y legitimidad política es tan estrecha. En particular destaca el papel de los medios audiovisuales, la radio y la televisión, y de la prensa escrita, que, al margen del poder político, han tratado de influir en el quehacer estatal, no siempre en beneficio del bien común y de la libertad de expresión como a veces se ha querido entender, sino en su propio interés y conforme a procedimientos bien lejanos de la libertad de información de los usuarios. Como ha escrito Gregorio Peces-Barba, «muchos medios de comunicación sirven a los intereses de sus propietarios, promueven las campañas que política, económica y culturalmente interesan a quienes pagan»¹⁴. Estos grupos son tan poderosos que incluso pasan por encima de los partidos y acuden directamente «a las instituciones legislativas, ejecutivas e incluso judiciales para hacer valer sus pretensiones»¹⁵.

Junto a esta irrupción en la escena política de grupos y organizaciones, se ha producido, por ésa y por otras causas, una pérdida sensible del protagonismo de los parlamentos. Lucas Verdú lo ha expuesto con rigor y sencillez al decir: «En la generalidad de los países democráticos, los parlamentos han perdido protagonismo en favor de los partidos e incluso de los sindicatos; han visto disminuir su función mediadora entre la sociedad y las instituciones políticas; realizan con dificultades, o de modo incompleto,

la función integradora de intereses; cumplan con lentitud e insatisfactoriamente sus misiones específicas y tradicionales (deliberación, legislación, fiscalización). Como consecuencia de todas estas deficiencias, la institución parlamentaria atraviesa una fase de desprestigio»⁶.

Los parlamentos también se han resentido de la "crisis del Estado social", producto de la cual se ha producido una tendencia a la reducción del Estado y su intervencionismo económico, limitándose así mismo las formas de participación política de los ciudadanos que ahora se ven constreñidas únicamente a la participación electoral y al ámbito de las instituciones político-representativas". Con acierto se ha dicho que «los parlamentos no sólo se convierten en instrumentos de ratificación de las decisiones básicas para actuar sobre la crisis que se toman fuera del mismo y a las que no obstante legitiman democráticamente, sino que cada vez más se les vacía de todo contenido socioeconómico de mediación del conflicto, de manera que cuestiones determinantes ni siquiera pasan por el parlamento»¹⁸.

Uno de los efectos más notables de esta pérdida de protagonismo es el traslado de la función legislativa desde el parlamento hacia el poder ejecutivo¹⁹. Si el anterior es un dato que existe en la mayoría de países democráticos, no cabe duda que en México se ve acentuado en virtud del régimen presidencialista consagrado en la Constitución de 1917, que concentra en el Ejecutivo un gran número de instrumentos normativos de rango legislativo, por no hablar de la situación de privilegio real que tiene dentro del procedimiento legislativo", donde además de concentrar la mayoría de las iniciativas goza del derecho de veto, con el

que puede bloquear, al menos momentáneamente, un proyecto aprobado por el Congreso de la Unión²¹.

Otra vez hay que mencionar que en el análisis del declive de la institución parlamentaria se debe utilizar un prisma que permita encontrar los rasgos distintivos de la problemática en la región. Kaplan ha señalado que las causas y procesos de la crisis del parlamento en América Latina son:

a) Ruptura del equilibrio entre los poderes del Estado en favor del ejecutivo, su administración, su tecnoburocracia, sus medios de masas, las tendencias al poder personal y a la personalización del poder.

b) Irrelevancia y trivialización de los partidos, menor relieve y poca trascendencia de su debate en la sede parlamentaria.

e) Prácticas del parlamentarismo mayoritario, o del parlamentarismo racionalizado, para la reducción de incertidumbres, incidentes y riesgos.

d) Competencia de otras instancias y circuitos: de representación (asociaciones, sindicatos, sondeos), o de deliberación (conferencias de medios de masas, de organizaciones corporativas).

e) Trasferencia de la política a otros espacios: oposición extraparlamentaria, democracia supletoria de parlamentos y partidos, asociaciones de ciudadanos, lobbies; metapolítica bajo formas de impugnaciones más sociales y culturales que políticas»²².

LOS PODERES PÚBLICOS

Hechas estas consideraciones y limitándonos exclusivamente al sector de los poderes públicos en sentido estricto, hay que decir que la división de poderes pue-

de significar tres cosas distintas²³: 1. Que las mismas personas no pueden formar parte de más de uno de los tres órganos de gobierno; 2. Que un órgano no debe interferir con el desempeño de las funciones de los otros, y 3. Que un órgano no debe ejercer las funciones que tiene asignadas otro órgano.

Para la configuración del sistema constitucional de fuentes del Derecho es especialmente importante lo señalado en el tercer inciso, es decir, que si un órgano tiene constitucionalmente asignada una función, significa que, por una parte, no puede delegarla ni trasmitirla y, por otra, implica que ese órgano está "obligado" a ejercer tal atribución, no pudiendo dejar de actuar o hacer caso omiso del mandato constitucional, sino que tiene que ejercerla, y hacerlo de modo efectivo y no sólo aparente²⁴.

La Constitución mexicana recoge la división de poderes, como se ha mencionado, en su artículo 49, que señala lo siguiente: «El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar».

La Constitución de 1917 establece un sistema flexible de división de poderes, de forma que cualquiera de los tres poderes ejercen, por imperativo constitucional, funciones que tiene que ver con las de otro poder: «no hay dislocamiento - ha dicho Tena Ramírez- sino coordinación de poderes»²⁵. La potestad de dictar

normas con rango de ley por parte del presidente reconocida en parte por el mismo artículo 49, las facultades administrativas y jurisdiccionales del Congreso de la Unión y la creación jurisprudencia! del derecho por la Suprema Corte y los tribunales colegiados, dan suficiente muestra de ello²⁶.

La Suprema Corte de Justicia así lo ha entendido y se ha pronunciado sobre la división de poderes en el siguiente sentido: «*División de poderes, sistema constitucional de carácter flexible*. La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder [...] Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, *motu proprio*, arrogarse facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita el ejercicio del supremo poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que les son exclusivas y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente

autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de estricto derecho»²⁷.

DIVISIÓN DE PODERES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Un cambio importante en el esquema tradicional de los poderes públicos lo han constituido los tribunales constitucionales, que han ido apareciendo en Europa a partir de la segunda década del presente siglo y que se han extendido a múltiples países en la actualidad.

Estos tribunales, al menos en su modelo original diseñado por Hans Kelsen y adoptado por la Constitución austriaca de 1920, no están encuadrados dentro del poder judicial ordinario, sino que forman lo que se podría llamar un cuarto poder, o un poder "vigilante" de la constitucionalidad de los actos de los demás poderes. Aun así, algunos países no han seguido el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, sino el americano y han incluido el control de constitucionalidad dentro de las competencias del poder judicial ordinario²⁸:

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

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

1. Ha provisto de fuerza directa a las normas constitucionales, convirtiéndolas

no sólo en normas programáticas como se consideraban en el siglo XIX, sino en normas directas y prevalentemente aplicables a las situaciones que regulan²⁹; de este modo, las Constituciones no sólo contienen las normas sobre las fuentes (*norme sulle fonti*, como les llama la doctrina italiana), sino que también son fuentes de derechos y obligaciones en sí mismas.

2. Ha impuesto una interpretación uniforme y obligatoria de los preceptos del ordenamiento que ha revisado, pues normalmente se considera a la interpretación de los tribunales constitucionales como vinculante para los poderes públicos y para los particulares respecto de los casos futuros iguales o parecidos que se presenten³⁰.

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

4. Ha llevado a cabo la llamada "judicialización de la política", a veces de tan difícil encaje en la lógica del Estado democrático, convirtiendo a los jueces en «árbitros definitivos del proceso político y guardianes de los postulados valorativos consagrados por la Constitución»³¹.

En México se han hecho varias reformas constitucionales que han acercado a la Suprema Corte de Justicia al modelo kelseniano de tribunal constitucional. La última ha sido publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, que es el órga-

no oficial de difusión normativa de México, el 31 de diciembre de 1994. Aun así, no se ha conseguido la existencia de un verdadero tribunal constitucional, ya que faltan dos requisitos importantes: 1. La declaración general de inconstitucionalidad que solamente puede emitir la Corte en los casos de controversias constitucionales y en la relativamente limitada "acción de inconstitucionalidad", previstas ambas en el artículo 105 constitucional, pero no en las resoluciones de los juicios de amparo; y 2. La separación orgánica entre poder judicial ordinario y jurisdicción constitucional, a pesar de que en las reformas de 1988 y en la última de 1994 ya se ha hecho una importante separación funcional entre ambas jurisdicciones, parece que todavía falta dar un pequeño salto y distinguir nítidamente entre una y otra, de forma que exista un verdadero órgano controlador de la legalidad y otro dedicado solamente a los asuntos de constitucionalidad³².

El papel que ha jugado la Suprema Corte y el resto del Poder Judicial Federal en el esquema de la división de poderes ha sido muy menor. Ya sea por causas estrictamente técnico-jurídicas que tienen que ver con la forma en que se ha concebido la protección de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano, por presiones o consignas políticas, por incompetencia de sus funcionarios o, simple y llanamente, por corrupción, el Poder Judicial se ha sometido una y otra vez a los deseos del Poder Ejecutivo³³, llegando incluso a justificar con argumentos jurídicos (e irrecurrentes en tanto dictados por la última instancia jurisdiccional del país) las conductas inconstitucionales de los otros dos poderes. El caso de la concesión de las facultades extraordinarias para legislar sin la previa

y necesaria suspensión de garantías que inconstitucionalmente se practicó durante tantos años en México, con el visto bueno de la Suprema Corte, es un buen ejemplo de lo dicho. Esto no quiere decir que no existan jueces dignos y capaces, que los hay, sino simplemente que han sido la excepción y que, en conjunto como poder del Estado, el Judicial no ha tenido el peso que le debe corresponder en un verdadero Estado de Derecho, aunque debe decirse que se ha ido fortaleciendo significativamente con las reformas constitucionales y legales de los últimos años.

EL ESTADO FEDERAL Y LA DIVISIÓN DE PODERES

El hecho de que la República mexicana haya escogido como forma de Estado la federal, lleva consigo una división de poderes "vertical"³⁴ y, en consecuencia, una ordenación peculiar de las fuentes del Derecho, en tanto otorga a los entes federados un espacio más o menos amplio de "autonomía normativa"³⁵.

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia sustantividad, y que en esa virtud reclaman un campo propio de acción jurídico-política, traducido en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales, pluralismo definido territorialmente en este caso, que da lugar a la diversificación de los centros de creación normativa³⁶.

La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado

se establece en el artículo 40. En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar, es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales. Esta delimitación no es muy precisa por cuanto la última fracción del artículo mencionado establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 1 sección vm párrafo 18), las facultades implícitas para legislar (*inplied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, como ha sucedido en el modelo original estadounidense³⁷. Las facultades implícitas «son las que el poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas»³⁸.

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

Excepcionalmente la Constitución prevé una alteración de esta distribución de competencia! al establecer en determinadas materias una concurrencia entre las autoridades federales y las estatales: son las llamadas facultades concurrentes, que se ejercen simultáneamente por la Federación y por los Estados³⁹, ya sea que exista simultaneidad reguladora absoluta -esto es, que coexistan a la vez leyes federales y locales en una misma materia-, o sólo parcial en tanto la Constitución asigne algunos aspectos de una materia a la Federación y otros a las entidades federativas. Este es el caso de la salud, en la que la Federación puede legislar sobre "salubridad general" y los Estados sobre "salubridad local", igualmente en

materias como las vías de comunicación y la educación".

En el eventual supuesto de que se produjera un conflicto normativo entre el derecho federal y el local en materias en que existe concurrencia absoluta, se debe imponer el derecho federal, dotado de un poder normativo "más intenso" que el de las entidades federativas⁴¹.

En general, el sistema federal respecto de las fuentes del Derecho representa un deslinde de competencia! "material" entre Federación y Estados, creando una doble pirámide normativa, para usar la gráfica concepción gradualística kelseniana de ordenamiento: de un lado la "pirámide federal", integrada por aquellas materias enumeradas en el artículo 73, incluyendo las facultades implícitas, y por otro, la "pirámide local", compuesta por el resto de materias no atribuidas constitucionalmente a la Federación.

Por encima de ambas pirámides se encuentra, obviamente, la Constitución federal, y entre ellas existen normalmente relaciones de "lateralidad". El único punto constitucionalmente posible de unión o interferencia son las mencionadas facultades concurrentes. Si por cualquier razón un sector de alguna de las dos pirámides invadiera a la otra produciendo una aparente colisión normativa, se estaría frente a una inconstitucionalidad de competencia), no debiendo aplicarse el criterio de *lex superior derogat inferiori* como solución de la antinomia, sino el de competencia orgánica", pues alguna de las normas aparentemente colisionadas se habría dictado sin tener competencia constitucional para ello. En este supuesto, en realidad, ni siquiera puede producirse tal "colisión" entre el derecho federal y el local, sino una simple extensión indebida de una de las dos órbitas que tendría que ser

reparada en su caso por el Poder Judicial Federal.

Hay que subrayar el hecho de que no se requiere que exista esa aparente colisión normativa para que una norma que exceda su radio de competencia! sea inconstitucional pues, como recuerda Ignacio de Otto⁴³, si la Constitución reserva a un determinado órgano una materia, basta que exista una norma que invada esa competencia para que se produzca la inconstitucionalidad, sin que sea necesaria la existencia de la norma expedida por el órgano constitucionalmente competente que produzca la colisión con aquélla, al revés de como sucede con el principio jerárquico que sí supone la existencia de dos o más normas encontradas, cada una de distinto rango⁴⁴.

Ahora bien, ya que se toca el tema del principio de competencia, hay que mencionar que este principio no sólo actúa respecto de dos ordenamientos diferenciados -como el federal y el local- sino también hacia dentro de cada uno de ellos. Tal es el caso, por mencionar sólo un ejemplo, de la reserva que la Constitución hace para que el Congreso de la Unión regule mediante una ley *sui generis* su estructura y funcionamiento internos (artículo 70 párrafos 2 a 5).

Una última consideración debe hacerse sobre el federalismo mexicano, y es que tal sistema de distribución de competencias ha existido más a nivel teórico que en la práctica política, que más bien se ha inclinado por un fuerte centralismo. Las siguientes líneas se dedican a examinar algunos de los problemas del federalismo mexicano.

El federalismo se ha quebrado por dos razones principalmente: a) una estrictamente jurídica, que se ha operado a través de la reforma constitucional del artículo

73 que ha sido modificado en casi cuarenta ocasiones desde 1917, para engrosar paulatinamente las facultades del gobierno federal en demérito de los gobiernos locales; y b) otra de índole más bien económico: de nada sirve otorgar competencias a los Estados federados si no se les dota a la vez de los medios económicos necesarios para desarrollar efectivamente tales atribuciones.

Así pues, aunque a través del sistema "residual" de distribución de competencias a favor de los Estados se podría decir que éstos cuentan con un radio de acción muy amplio, la Federación, y especialmente el Ejecutivo⁴⁵, se ha reservado gran parte de los ingresos tributarios de la nación, distribuyéndolos posteriormente a los Estados a través de un fondo común de distribución o cobrándolos por ellos vía convenios fiscales de coordinación".

De esta forma, el gobierno federal ha dispuesto del 85 % del total de los recursos públicos, los Estados han administrado un 12 % y a los municipios les ha tocado un "modestísimo" 3 %⁴⁷. Para 1995 los Estados y los municipios tienen deudas contraídas con bancos privados nacionales por un equivalente al 48 % del total de participaciones que perciban durante el año⁴⁸, lo cual obviamente les proporciona un estrecho margen de acción. De todo ello resulta una fuerte dependencia interna de tipo económico de las entidades locales respecto del poder central y la correspondiente asunción de éste de las tareas que no realizan aquellas⁴⁹.

El sistema de organización de la judicatura tampoco ha contribuido demasiado a la consolidación del federalismo, pues los órganos del Poder Judicial Federal, en funciones de tribunales de

supercasación a través del juicio de amparo directo, pueden revisar todas y cada una de las sentencias que dictan los tribunales locales de última instancia. El sistema de doble jurisdicción federal y local, «no ha podido resistir a la fuerza centralizadora que ha caracterizado la tradición histórica del país»⁵⁰.

Pero esto no ha sido lo peor, sino que el sistema mencionado ha contribuido también a deshomogeneizar, y por lo tanto a discriminar, a la población en la aplicación de la ley, pues a nivel local se observan grandes diferencias entre una entidad federativa y otra con respecto a la calidad del servicio público de administración de justicia, por no mencionar las diferencias que existen en cuanto a medios materiales y salarios de los funcionarios entre los tribunales de ese nivel y los federales⁵¹.

Sumado a lo anterior, la Constitución prevé a favor del Senado de la República la facultad para declarar la desaparición de los poderes dentro de un Estado y para nombrar un gobernador provisional, así como para solucionar las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado⁵². En la realidad, esta facultad del Senado ha desembocado en un uso bastante discrecional de la misma y ha sido generalmente impulsada desde el Poder Ejecutivo⁵³.

¿Cómo redimensionar el federalismo? Esa es una pregunta cuya respuesta, sin duda, requiere de un análisis multidisciplinario que enfoque el problema desde ópticas tan importantes como, por ejemplo, la económica, geográfica, política y jurídica. Pedro J. Frías ha señalado que en vista del nuevo papel del poder ejecutivo y su interacción con los entes locales, «se debe buscar la participación de los Estados particulares en el seno mismo de la administración federal»⁵⁴.

El fundamento de tal exigencia viene dado en virtud de que si el presidencialismo tiene como característica la nulificación o al menos el deterioro de los demás poderes, incluyendo significativamente al legislativo, la función de la representación de los Estados federados en los órganos federales (que tradicionalmente se realiza en las cámaras altas compuestas por la representación territorial, o sea el Senado en el caso mexicano) no se produce de manera eficiente y con los resultados deseados, de modo que tal representación debe darse también en el seno del Poder Ejecutivo: «Las fórmulas de participación de los Estados particulares pueden variar entre la consulta y la voz y voto en las decisiones, pero como integrantes del órgano administrativo»⁵⁵.

Para corregir la dependencia económica, el mismo autor propone tres pasos: a) «fortalecer la esfera de reserva de los tributos de propia recaudación», b) «Coparticipar en un sistema que asegure la homogénea calidad de los servicios, la automaticidad de la percepción y la justicia interregional» y e) «poner a cargo del tesoro nacional, mediante aportes obligatorios, las repercusiones negativas de la política nacional en los presupuestos de los Estados y los municipios»⁵⁶. Estas son sólo algunas de las muchas propuestas que pueden hacerse sobre el tema, que por lo demás ha sido y sigue siendo objeto de constantes debates, tanto en sede doctrinal como en discursos y proclamas políticos.

CONCLUSIONES

La temática de la división de poderes y su relación e incidencia en el sistema de fuentes del Derecho es amplísima y está

bien lejos de poder plantearse por completo en un trabajo tan breve como el presente. Lo único que se ha pretendido es sintetizar algunos datos mínimamente útiles para entender en la actualidad cómo funcionan las dos instituciones mencionadas en algunos de sus aspectos relevantes. De lo expuesto, sin embargo, cabe sacar algunas reflexiones a modo de conclusión.

1. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el seguir planteando, como comúnmente se hace por la doctrina constitucional, el tema de la división de poderes solamente desde la óptica de los poderes jurídicamente establecidos es, cuando menos, incompleto, pues los verdaderos poderes de decisión y de creación jurídica en la sociedad actual hay que buscarlos en sitios a veces distintos de los señalados tradicionalmente. Basta mencionar el ejemplo de los partidos políticos.

2. Dentro de los partidos y sobre los propios órganos del Estado actúan una serie de grupos de interés, entre los que destacan las grandes corporaciones propietarias de los medios de comunicación, que presionan para obtener los máximos beneficios para sus intereses, no siempre acordes con el interés general.

3. La introducción en muchos países de la jurisdicción constitucional ha redistribuido el equilibrio entre los poderes y dado fuerza aplicativa a los preceptos constitucionales que, al menos en parte, han dejado de ser meras normas programáticas como lo fueron en el siglo XIX.

4. La estructuración vertical del sistema de fuentes en México, a partir del carácter federal de la nación, impone la existencia de una serie de relaciones complejas entre el ordenamiento federal y el

estatal. Tales relaciones se implementan a partir de un principio de división material de competencias, impuesto por la Constitución, y en el que se permiten excepciones como las facultades concurrentes.

5. El federalismo debe rediseñarse para hacerlo más eficaz en la *praxis* política. La opción centralista de gobierno es impropia en un país con las características geográficas y étnicas de México; por lo que nuevas técnicas de federalización (especialmente dirigidas a reforzar la autonomía financiera de las entidades federativas y la presencia de éstas en el gobierno central) deben ser propuestas e implementadas a partir del vigente régimen constitucional.

6. Por último, cabe señalar la necesidad impostergable de que temas tan tradicionales como las fuentes del Derecho o la división de poderes se expongan bajo renovados puntos de vista, pues la perspectiva de los últimos años les ha dado dimensiones que todavía no han sido debidamente explicitadas por los juristas, que siguen exponiendo las teorías tradicionales es aunque sepan que en la realidad ya no funcionan ni podrán funcionar nunca. Aparte de un mayor interés expositivo, el hacerlo como se propone tendría el aliciente de poder referirse a instituciones que existen fuera de los libros y que, cotidianamente, se imponen a los juristas y, por supuesto, al resto de ciudadanos de México.

MIGUEL CARBONELL Y SÁNCHEZ
Universidad Nacional Autónoma de México

1. JOHN LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, 1990. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid, 1972.

2. La bibliografía sobre el tema es inagotable; entre lo mejor que se ha escrito últimamente puede destacarse el libro de M. J. C. VILE, *Constitutionalism and separation of powers*. Oxford, 1967.
3. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, 1977, p. 57.
4. PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. u, 3ª ed. Madrid, 1983, p. 145.
5. Como señala H. HELLER, «con la ordenación fundamental basada en la división de poderes debía quedar asegurado que el poder del Estado no se ejerciera de modo abusivo y, así mismo, que ese poder se viera obligado por la propia mecánica de la organización a respetar la libertad y la igualdad de los ciudadanos». *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobio. México, 1987, p. 293. Es más, se puede decir que «uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder», ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid, 1994, p. 23.
6. Cfr. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Obras completas*, Madrid, 1991, p. 2822, o su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Cit., pp. 57-61.
7. CARLOS DE CABO, "División y predominio de poderes". En: M. RAMÍREZ JIMÉNEZ (Ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*. Barcelona, 1978, p. 74 y *passim*.
8. Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, tomo 1. Madrid, 1991, p. 29.
9. Uno de los máximos expositores de la polémica sobre el concepto de ley en el siglo pasado es PAUL LABAND. De este autor, Cfr. *Derecho presupuestario*, Madrid, 1979, así como la valiosa introducción de Álvaro Rodríguez Bereijo ("Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Alemán"), que contiene un buen resumen del *status cuestiones*.
10. PEDRO DE VEGA, en la "Presentación" al libro *Teoría y práctica de los partidos políticos*. Madrid, 1977, p. 18.
11. *Ibid.*, p. 17. «Hablamos de división de poderes, con referencia a la contraposición entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, y sabemos que ésta ha desaparecido, desde que los gobiernos se han convertido en comités de acción de las mayorías parlamentarias y, más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las secretarías de los partidos», FRANCESCO TROTTA, *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia: soluzioni costituzionali*. Milan, 1964, citado por DE VEGA, *Op. Cit.*, p. 18.
12. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *El Estado de panidos*. Madrid, 1986, pp. 73-74.
13. MARCOS KAPLAN, "La crisis del Estado latinoamericano". *Sistema*, N° 102, Madrid, 1991, p. 125.
14. GREGORIO PECES-BARBA, *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid, 1995, p. 124.
15. PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Poderes del Estado y poderes sociales". *Sistema*, N° 118-119, 1994, p. 169.
16. VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Cit. Vol. IV, (1984), pp. 612-613.
17. CARLOS DE CABO, "Democracia y derecho en la crisis del Estado social", *Sistema*, N° 118-119, (1994), p. 69.
18. *Ibidem. Vide*: RICARDO COMBELLAS, "Crisis y reformulación de los principios jurídico-políticos del Estado de Derecho en el Estado social". En: *Libro-Homenaje a Manuel García-Pelayo*, tomo I, Caracas, 1980, p. 39.
19. Ya a principios de siglo Boros MIRKINE-GUETZÉVICH indicaba que «la vida actual es tan completa que, de un lado, muchos problemas de la vida social deben recibir una reglamentación administrativa y no legislativa y, por otra parte, es el Ejecutivo quien juega predominante papel en el procedimiento legislativo. Para preparar una ley es preciso tener muchos especialistas y contar con la competencia técnica de un gran número de sabios, de técnicos, de administradores, de funcionarios, etc... se precisa constantemente la colaboración de técnicos de los que dispone con facilidad únicamente el gobierno». *Modernas tendencias de Derecho Constitucional*. Madrid, 1934, p. 202.
20. «Nada muestra más claramente la superación de la tradicional 'separación de poderes' que la posición del gobierno en el proceso legislativo», KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego A. Barcelona, 1976, pp. 268-269.
21. Cfr. MIGUEL CARBONELL, "Presidencialismo y creación legislativa". En el libro colectivo *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*. México, 1994, pp. 135 y ss.
22. KAPLAN, "La crisis del Estado latinoamericano", *Cit.*, p. 126.

23. WADE and PHILLIPS, *Constitutional Law*, 7th ed. Londres, 1965, p. 23.
24. Esto es importante, por mencionar un ejemplo, para poder delimitar la reserva de ley y la entrega por parte del legislador de la regulación de alguna materia reservada a normas infralegales emanadas del poder ejecutivo. Cfr. IGNACIO DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed. Barcelona, 1988, pp. 166 y ss.
25. FELIPE TENA RAMÍREZ, *Derecho Constitucional mexicano*, 24ª ed., México, 1990, p. 219.
26. Cfr. J.J. ÜROZCO HENRÍQUEZ, "Artículo 49". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 6ª ed. México, 1994, pp. 215 y ss.
27. *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, Segunda Sala, Vols. 115-120, p. 65.
28. Sobre uno y otro modelo de jurisdicción constitucional *Vide*, entre otros, HÉCTOR Flix-ZAMUDIO, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid, 1982, pp. 80 y ss. y 165 y ss. La obra de KELSEN en donde se expone su teoría de la jurisdicción constitucional es *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Trad. de Rolando Tamayo. *Anuario Jurídico J*, México, 1974.
29. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid, 1985.
30. En México, este concepto se encuentra un poco más reducido, pues la ley de Amparo, al regular las autoridades que se encuentran obligadas por la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, se limita a señalar a las de tipo jurisdiccional, excluyendo al Ejecutivo y al Legislativo.
31. RICARDO COMBELLAS, *Op. Cit.*, p. 41.
32. Aunque para ello quizá se tenga que reformar la Constitución en su artículo 16, con el fin de que no toda violación de cualquier norma jurídica implique por sí misma un problema de constitucionalidad.
33. «Las propias "autolimitaciones" que los tribunales federales se han impuesto, a partir de la forma en que han ido resolviendo los casos concretos, lamentablemente ha determinado que el Poder Ejecutivo no tenga más control en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de sus actos, que el que él mismo se imponga», AUTORES VARIOS. *A la puerta de la ley. El Estado de Derecho en México*. México, 1994, p. 73.
34. Cfr. LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 353 y ss.
35. ALESSANDRO PIZZORUSSO, "Sistema delle fonti e forma di stato e di governo", *Giurisprudenza Costituzionale*, N° 2, 1986, pp. 231-232.
36. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti*, 2ª ed. Torino, 1993, p. rx; A. PIZZORUSSO, "The law-making process as a political and juridical activity". En: A. Pizzozusso, (Ed.), *Law in the making A comparative survey*. Heidelberg, 1988, pp. 33, 64-65 y 85-86.
37. Ver LoEWENSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 360 y ss.
38. TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, Cit., p. 116. Este mismo autor recuerda que solamente se puede otorgar una facultad implícita si se reúnen los siguientes requisitos: «1. La existencia de una facultad explícita, que por sí sola no podría ejercerse; 2. La relación de medio respecto a fin, entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse el uso de la segunda; 3. El reconocimiento por el Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por el mismo Congreso al Poder que de ella necesita". *Ult. Loe. Cit.*
39. *Ibid.*, p. 121.
40. *Ibid.*, p. 123. *Vide* el novedoso planteamiento que sobre las facultades concurrentes propone BERNANDO BOLAÑOS GUERRA, "Presidencialismo y posmodernidad" en el libro colectivo *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, Cit., pp. 117 y ss.
41. ZAGREBELSKY, *Op. Cit.*, p. 67. Cfr. el tratamiento del tema en los artículos 70 a 82 de la Ley fundamental de Bonn, especialmente del 70 al 72.
42. Cfr. AMEDEO FRANCO, "I problemi della completezza dell'ordinamento". En: FRANCO MODUGNO, *Appunti per una teoria general del Diritto*. Torino, 1993 (ristampa), p. 151. El autor apunta que el criterio de competencia necesita estar plasmado en un texto normativo, es decir, es un criterio positivo, no lógico. *Vide* también ZAGREBELSKY, *Op. Cit.*, pp. 48-48 y 66-67.
43. *Ibid.*, p. 91.
44. Cfr. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualita nel sistema costituzionale delle fonti normative*. Milan, 1977; V. CRISAFULLI, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 775 y ss. Crisafullli señala que cuando una fuente tiene asignada la regulación de una determinada materia, no "prevalece" sobre las otras, sino que las "excluye" de tal regulación.
45. JORGE CARPIZO, *El presidencialismo mexicano*, 9ª ed. México, 1989, p. 26.

46. *Vide* los artículos 26 párrafo tercero, 73 fracción XXIX en todos sus incisos y 131 constitucionales.

47. LORENZO MEYER, "Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 13 (Madrid, septiembre-diciembre de 1992), p. 60.

48. MAURICIO MERINO HUERTA, "El federalismo y los dineros", *Nexos. Sociedad, ciencia, literatura*, N° 210 (México, junio de 1995), p. 16.

49. «Hay dependencia interna porque en algunos Estados y regiones pobres y empobrecidas por ciertas políticas nacionales, es el poder central el que debe asegurar un mínimo bienestar... La dependencia es económica cuando la asignación de recursos y distribución de ingresos no ase-

gura el ejercicio autónomo y coordinado -no subordinado- de las competencias locales», PEDRO J. FRIAS, "El predominio del poder ejecutivo en América Latina. El proceso en algunos Estados federales". En: *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*. México, 1977, p. 261.

50. AUTORES VARIOS, *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*. México, 1994, p. 59.

51. *Ibidem*.

52. Artículo 76 fracciones v y vi.

53. JORGE CARPIZO, *El presidencialismo mexicano*, *CU.*, p. 198.

54. *Ibid.*, p. 281.

55. *Ibid.*, p. 282.

56. *Ibidem*.

La tutela como instrumento de paz

EL DERECHO EN EL PAPEL
y EL DERECHO EN LA VIDA

La conferencia pronunciada en Harvard por el famoso juez Oliver Wendell Holmes a finales del siglo pasado, "El sendero del derecho", no es un hito insignificante en el pensamiento jurídico contemporáneo. Allí se aventura una definición del derecho que sin duda alude a la actividad cotidiana de los abogados: «Entiendo por derecho -dice- las profecías acerca de lo que los jueces harán». El énfasis en la decisión judicial, es lo que en ella me interesa destacar. Ya está allí prefigurado el derrotero que habrá de transitar el "realismo jurídico norteamericano", con sus afirmaciones radicales de que «el derecho es lo que los jueces declaran como tal» o «lo que los jueces dicen» o, en su versión más extrema, «lo que los jueces hacen».

Un accidentado itinerario ha recorrido entonces la concepción del derecho, desde que los exégetas lo habían identificado con la ley. Porque la incógnita medular que nos propone la teoría jurídica es, precisamente, la de cómo se relacionan la ley y el fallo. Para la exégesis la respuesta es clara y contundente: el derecho es la ley; la sentencia es sólo una inferencia

lógica a la que se llega indefectiblemente al subsumir el caso particular bajo la norma general. El protagonista del proceso jurídico es, entonces, el legislador. La función judicial es subalterna y vicaria, pues se limita a revelar de qué manera la situación concreta se halla regulada y comprendida en la ley.

Si los exégetas asimilan el proceso judicial a un razonamiento silogístico, meramente racional, axiológicamente incontaminado, los realistas, en abierta antítesis, van a desvelar el carácter ideológico de dicha asimilación, afirmando que las cosas ocurren de un modo bien distinto, a saber: el juez una vez conocido el asunto *sub-judice* asume frente a él una actitud, de adhesión o rechazo, y luego busca una ley o un precedente que legitime su valoración.

Bajo esa perspectiva, el derecho no es asimilable a la norma jurídica de carácter general que, en embrión, contiene ya el fallo, sino a la decisión judicial, susceptible de ser referida a una ley o a un precedente que pueda invocarse como su fundamento. El protagonismo en el proceso creador del derecho se ha desplazado, abruptamente, del legislador al juez. Y, como inevitable corolario, se ha contradicho la concepción del pensamiento