



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO**

**T E S I S**

**“ALCANCES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA  
CONSTITUYENTE DEL ESTADO”**

**Que presenta ISRAEL SALGADO GONZÁLEZ**

**Para obtener el título de**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**TUTOR: DOCTOR MIGUEL ÁNGEL GARITA ALONSO**

**SEMINARIO DE TEORÍA DEL ESTADO**



**CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., NOVIEMBRE DE 2021**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A mi familia; mamá, papá y hermana;**

**A mis maestros en lo académico y en lo profesional;**

**Y a mis amigos que son también todos los anteriores. ¡Gracias!**

# **“ALCANCES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA CONSTITUYENTE DEL ESTADO”**

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. EL ESTADO Y SUS ELEMENTOS.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Concepto de Estado.....</b>	<b>6</b>
<b>2. Teorías sobre el Estado.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1. Teorías sobre el origen del Estado.....</b>	<b>16</b>
<b>3. Elementos esenciales del Estado: territorial, humano, el poder, el orden jurídico y la soberanía.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1. El territorio como elemento del Estado.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2. El elemento humano: la población o el pueblo.....</b>	<b>27</b>
<b>3.3. El poder del Estado.....</b>	<b>30</b>
<b>3.4. El Orden Jurídico.....</b>	<b>32</b>
<b>3.5. La Soberanía.....</b>	<b>35</b>
<b>4. Los fines del Estado.....</b>	<b>39</b>
<b>Capítulo II. La División de Poderes y las Funciones del Estado.....</b>	<b>42</b>
<b>1. La Teoría de la División de Poderes y su evolución.....</b>	<b>43</b>
<b>2. Las funciones del Estado.....</b>	<b>60</b>
<b>2.1 Función Legislativa y el principio de Soberanía.....</b>	<b>64</b>
<b>2.2. Función Administrativa.....</b>	<b>73</b>
<b>2.3. Función Judicial.....</b>	<b>75</b>

<b>Capítulo III. La función legislativa Constituyente reformadora del Estado .....</b>	<b>80</b>
<b>1. La Soberanía como fundamento del poder constituyente.....</b>	<b>80</b>
<b>2. Teorías sobre la titularidad del Poder Constituyente .....</b>	<b>83</b>
<b>2.1. Jean-Jacques Rousseau y la soberanía popular .....</b>	<b>84</b>
<b>2.2. Emmanuel Joseph Sieyès y la soberanía nacional .....</b>	<b>85</b>
<b>3. Poder constituyente y poderes constituidos .....</b>	<b>88</b>
<b>3.1. Poder constituyente .....</b>	<b>89</b>
<b>3.2. Poderes constituidos .....</b>	<b>94</b>
<b>4. El Poder Revisor de la Constitución en el Estado .....</b>	<b>96</b>
<b>5. Sistemas de reformabilidad de la Constitución del Estado .....</b>	<b>100</b>
<b>6. Alcances de la función legislativa Constituyente reformadora del Estado ....</b>	<b>104</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>114</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>117</b>

## INTRODUCCIÓN

El Estado actúa en el ejercicio de su poder con el propósito de alcanzar sus fines. La actividad que desarrolla el Estado en base a su poder y para el cumplimiento de sus fines constituye las llamadas funciones del Estado, que consideradas en conjunto representa el ejercicio pleno del poder de acuerdo con las normas que regulan la competencia y con las modalidades que requieran los correspondientes intereses públicos que han de tutelar.

Este trabajo de investigación tiene como propósito analizar cómo el pueblo en ejercicio de su soberanía crea a los órganos competentes para diseñar el sistema jurídico que le da forma al Estado y en consecuencia el órgano del Estado que le da continuidad a la función legislativa constituyente sin perjudicar los intereses fundamentales del pueblo. Por ello el estudio de la teoría de la soberanía y del poder Constituyente son elementos que van íntimamente ligados dada su estrecha relación. La soberanía es un principio básico plasmado en todas las constituciones, por ser un poder fundamental en cuanto al poder soberano que reviste y conforma el Poder Constituyente, creador de la forma de organización del Estado y de los principios fundamentales que lo rigen.

En la vida de todo Estado, sin tomar en cuenta la forma de gobierno que adopte, tiene que haber necesariamente diversas manifestaciones de actividad que se traducen en funciones públicas, dichas funciones son indispensables para la subsistencia misma del Estado pues es a través de ellas que este ente público puede llegar a realizar los fines que le dan origen y justifican su existencia.

Para poder realizar sus fines, el Estado tiene que llevar a cabo tres actividades fundamentales a saber, la primera de ellas, como lo hemos mencionado, consistente en formular las normas básicas que le darán forma política y estructura al propio Estado, regulando la organización y funcionamiento de sus órganos primarios, las relaciones de estos entre sí y con los ciudadanos, además de elaborar

las normas que regulen las relaciones entre los particulares, y la forma en que ha de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, a esto se le denomina función legislativa. En efecto, la función legislativa estatal tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales y abstractas, de naturaleza primaria o secundaria, es decir, normas constitucionales o secundarias, dicha función la lleva a cabo el Estado en ejercicio de su soberanía.

Por otra parte, el Estado debe tener una actividad cuyo propósito sea tutelar el ordenamiento jurídico definiendo la forma precisa en que ha de aplicarse en los casos concretos que se sometan a su consideración para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho, esto se traduce en la función jurisdiccional.

Asimismo, el Estado realiza otra actividad esencial consistente en administrar los bienes y recursos con que cuenta para satisfacer las necesidades de los gobernados y procurar el bienestar y desarrollo de la sociedad, a esto se le conoce como función administrativa o gubernamental.

En un Estado de Derecho todo poder público debe estar institucionalizado, regulado y limitado para salvaguardar y hacer valer los derechos de sus habitantes; esto quiere decir que los órganos del Estado se encuentran limitados en sus funciones y por lo tanto no pueden actuar discrecionalmente.

En todo sistema jurídico, el Poder Legislativo se encuentra sujeto a las normas constitucionales, que como sabemos tienen una jerarquía superior a las normas ordinarias que a él corresponde elaborar, al gozar de esta jerarquía superior, toda actividad del legislativo debe basarse precisamente en las normas básicas que se encuentran en el texto constitucional.

En la presente investigación se destaca la función Legislativa del Estado, y en particular, llama mi atención la función legislativa reformadora, por ello el objeto de este estudio es llevar a cabo un análisis de los alcances de la función legislativa

constituyente reformadora, para lo cual hacemos una distinción entre el Constituyente originario y el Constituyente Permanente conocido también como poder reformador o poder revisor de la Constitución. Siendo el primero el que organiza y da forma política a un Estado plasmando en un texto Constitucional el orden jurídico fundamental y determinando a los poderes constituidos que han de realizar las actividades primarias del Estado; en tanto el segundo, es un poder Constituido que debe ajustarse a las normas básicas dictadas por el Constituyente originario.

En relación a la función legislativa reformadora existen diversas opiniones sustentadas en la doctrina sobre si el poder revisor de la Constitución tiene límites o no. Algunos opinan que no tiene ningún límite, mientras otros afirman que hay ciertos principios que no pueden ser suprimidos; entre estos, los derechos fundamentales, la forma de gobierno y la división de poderes; a mi consideración éste órgano del Estado sí tiene límites materiales aun cuando éstos no sean señalados expresamente por el constituyente originario como lo demuestro en el desarrollo del presente trabajo.

Por lo anterior, en esta investigación hago un análisis de los alcances a la función legislativa del constituyente permanente, la cual desde mi punto de vista no puede contravenir de manera alguna las disposiciones constitucionales o la esencia misma de la Constitución.

La tesis que presento se encuentra conformada de tres capítulos en cuyo desarrollo atiendo el problema que se plantea y cuyo objetivo de cada uno de ellos es el siguiente:

Dado que el tema central de la investigación gira entorno a una de las funciones más importantes del Estado, en el primer capítulo, desarrollamos precisamente el concepto de Estado y las diversas teorías que sobre el origen han formulado los más destacados doctrinarios como Maquiavelo, Bodino, Hobbes,



Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel, Marx, Jellinek, Carré de Malberg, entre otros; asimismo analizamos los elementos esenciales del Estado –territorio, población, gobierno, orden jurídico y soberanía- concluyendo este capítulo con el estudio de los fines del Estado, los cuales, si bien es cierto, van variando en función de la evolución histórica y de la diversa estructuración de las fuerzas sociales, también lo es que intrínsecamente, como institución orgánica, son: existir, coexistir y subsistir, tanto en su ámbito interno como en el externo.

En el segundo capítulo abordamos el tema de la Teoría de la División de Poderes y su evolución, desde la antigüedad clásica con Aristóteles, Polibio y Cicerón, pasando brevemente por las teorías de Maquiavelo y Santo Tomás de Aquino, hasta llegar a las de John Locke y Montesquieu, dos de los más influyentes pensadores del siglo XVII. Al respecto, en este capítulo también hacemos mención a las críticas que se han venido sumando a la teoría clásica de la división del poder sustentada por Montesquieu entre las que figuran las de André Hauriou, León Duguit y Karl Loewenstein. Por último nos adentramos al tema de las funciones del Estado -Legislativa, administrativa y judicial- haciendo una considerable distinción entre la función legislativa Constituyente y la función legislativa ordinaria, ambas directamente relacionadas con el principio de Soberanía.

En el capítulo tercero, se analiza la función legislativa constituyente reformadora del Estado, estudiamos el tema de la soberanía como fundamento del poder Constituyente, las teorías sobre su titularidad, las características del Poder Constituyente y la distinción que existe entre éste y los poderes constituidos, en particular distinguimos al Constituyente originario del poder reformador o Poder Revisor de la Constitución, como también se le conoce. Nos enfocamos en la esencia de los límites al ejercicio del poder de revisión de la Constitución del Estado, el cual, concluimos, no debe nunca convertirse en Poder constituyente, pues como sustentan destacados juristas como Carl Schmitt, Andre Hauriou, William Marbury, Zagrebelsky, Mario de la Cueva, Ignacio Burgoa, Jorge Carpizo, Gómez Bisogno, entre otros, el poder de revisión de la Constitución no es el poder constituyente, sino

un poder constituido, sometido a la Constitución, por tanto, la facultad de modificar los principios esenciales que contiene una Constitución son inherentes únicamente al poder constituyente depositario de la soberanía del pueblo.

En consecuencia, concluyo que el poder revisor de la Constitución se encuentra limitado porque no es un auténtico poder constituyente, por lo tanto no cuenta con facultades para modificar las decisiones políticas fundamentales. Lo deseable sería que en todas las constituciones se especificara una cláusula de intangibilidad que estableciera los límites materiales para el órgano u órganos encargados de la reforma constitucional, límites expresos, contundentes y sin supuestos excepcionales, sin embargo, en aquellos casos en que el constituyente originario ha omitido hacerlo, no justifica que el poder constituido reformador rebase los límites implícitos y atente contra el núcleo intangible de la Constitución.

Por último cabe mencionar que para el desarrollo de la investigación utilicé diversos métodos de investigación, tales como el histórico, el sistemático, el comparado, el analítico, el deductivo, entre otros; asimismo, apoyo mi tesis en diversas teorías sustentadas por destacados juristas mexicanos y extranjeros, que en su conjunto integran una amplia bibliografía.

## **CAPÍTULO I. EL ESTADO Y SUS ELEMENTOS**

*Sumario: 1. Concepto de Estado; 2. Teorías sobre el Estado; 2.1. Teorías sobre el origen del Estado; 2.1.1. Teorías sobre el origen teleológico- religioso del Estado; 2.1.2. Teorías acerca del origen violento del Estado o teorías de la fuerza; 2.1.3. Teorías jurídicas basadas en el consentimiento humano; 2.1.4. Teorías sociológicas acerca del origen del Estado; 3. Elementos esenciales del Estado: territorial, humano, el poder, el orden jurídico y la soberanía; 3.1. El territorio como elemento del Estado; 3.2. El elemento humano: la población o el pueblo; 3.3. El poder del Estado; 3.4. El Orden Jurídico; 3.5. La Soberanía; 4. Los fines del Estado.*

### **1. Concepto de Estado**

A lo largo de la historia, la doctrina se ha esmerado en elaborar diversas teorías para explicar el origen del Estado, su teleología y un concepto que justifiquen su existencia. Sobresalen las teorías de grandes pensadores griegos como Platón y Aristóteles, se habla también de la idea de Estado en las fuentes jurídicas del Derecho Romano, en las del pensamiento medieval, así como en las ideas del Estado moderno a partir de Maquiavelo o Bodino, Hobbes o Spinoza, Montesquieu o Rousseau, Kant, Hegel, Marx, Jellinek, Carré de Malberg, entre tantos otros.

Lo anterior, ha revelado lo complejo que resulta comprender la entidad estatal desde un punto de vista jurídico político. Aún con las muchas ideas y doctrinas planteadas por las diversas corrientes filosóficas, la teoría política y las teorías positivistas del Derecho, no es fácil definir lo qué es el Estado o cuándo aparece el Estado en la historia.

La palabra Estado proviene del latín *status*, y este del verbo *stare* que significa modo de ser o estar, en un sentido más amplio hace referencia a algo que está parado o detenido. En atención al aspecto histórico, el Estado, es una creación del hombre y representa la mayor organización política que el ser humano haya conocido, producto del proceso evolutivo de la humanidad y de las sociedades. Como institución política existe con anterioridad al uso del vocablo que en estas líneas definimos.

En la antigüedad los griegos lo llamaron *polis*, los romanos en un principio lo denominaron *civitas*, después *res pública* y con posterioridad *imperium*. En la edad media surgieron otros términos de carácter eminentemente territorial como *land*, *terrae* y *burg*; asimismo se utilizaron algunos otros vocablos ligados con el fenómeno del poder como los de *Reich*, reino o imperio.

No obstante, el uso de la palabra *stato* o Estado empezó a generalizarse en el siglo XV cuando los embajadores de las repúblicas italianas de aquella época utilizaban los vocablos *lo stato* para aludir al conjunto de funciones permanentes de un gobierno; poco después el término fue utilizado para referirse al territorio donde ejercía su poder un gobierno. En 1513 Nicolás Maquiavelo publicó su obra *El príncipe*, iniciando su capítulo primero con la frase: "Todos los Estados, todas las denominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados".<sup>1</sup> En palabras del maestro Jorge Fernández Ruíz con esta cita, implícitamente se señala que el Estado es el género, y la forma de gobierno, la especie, criterio con el cual coincidimos y estamos de acuerdo.

Como podemos observar, definir el concepto de Estado puede resultar bastante complejo, esto es porque su historicidad y evolución entraña más de un significado.

---

<sup>1</sup> Véase Maquiavelo, en Fernández Ruíz, Jorge, *Tratado de derecho electoral*, México, Porrúa, 2010, p. 41.

El maestro Ignacio Burgoa sostiene que el concepto de Estado debe elaborarse reflexiva y analíticamente, pues no es solo producto de la imaginación del hombre sino un ente positivo. El Estado no es una mera concepción de la mente humana, no es un simple ideal del pensamiento del hombre ni un solo producto de su actividad imaginativa. No denota un deber ser sino un ente positivo, cuyo concepto debe elaborarse por la observación reflexiva y analítica de esa realidad donde se encuentra su ser y de la que deriva su concepto.<sup>2</sup>

Al respecto, podemos expresar que el Estado, es una forma de organización política, esto es, como un territorio con fronteras ciertas en el que habita un pueblo entendido como un conjunto de personas con deberes y derechos, sometidos a un ordenamiento jurídico específico. Así mismo, se puede decir que el Estado es producto de la organización humana, aparece en el centro de la vida social para orientarla y satisfacer sus necesidades, surge en un tiempo y lugar determinado y su existencia es permanente, actualmente no existe asentamiento humano alguno que no forme parte de un Estado, por ello su objeto de estudio continúa latente entre juristas, sociólogos, politólogos, economistas, filósofos, etc.

Jellinek desarrolló su teoría de las dos facetas o de la doble cara del Estado que también fue motivo de estudio para otros pensadores como Max Weber y Mauricio Hauriou. Dicha teoría se basa en la premisa de que el Estado es una realidad social en la cual se genera y aplica el orden normativo del derecho. De esta forma, dividió su estudio conforme a dos perspectivas: la sociológica, en virtud de la cual considera al Estado como un fenómeno social; y la jurídica, mediante la cual estudió las normas que regulan las instituciones y funciones del ente estatal. En consecuencia, formuló su concepto de Estado tomando en cuenta ambas perspectivas. Desde el punto de vista sociológico, el maestro alemán concluye que el Estado “es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio”. Desde el punto de

---

<sup>2</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª ed., México, Porrúa, 2016, p. 91.

vista jurídico define al Estado como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentado en un territorio determinado”<sup>3</sup>.

Cabe mencionar, que dicha teoría fue objetada no sólo por el hecho de haber realizado un estudio separado del fenómeno social y del orden normativo, sino por la imposibilidad de articularlos o explicar su conexión.

Hans Kelsen sostuvo la teoría de la identidad de Estado y del derecho porque en su opinión ambos son la misma cosa. Para este autor, el pueblo y el territorio solamente son los ámbitos personales y espaciales de la vigencia del orden jurídico; la soberanía es el propio orden jurídico supremo en su ámbito espacial, por tanto el poder del Estado se reduce a la vigencia del derecho. La esencia de los hechos estatales radica según Kelsen en su encuadramiento dentro del ordenamiento jurídico, ya sea que trate al encuadramiento dentro del ordenamiento jurídico, de hechos relativos a la producción de normas jurídicas o de conductas humanas regidas por el derecho.

Para el jurista vienés el Estado viene a ser la personificación metafórica de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo y lo define como “un orden jurídico parcial inmediato al derecho de gentes, relativamente centralizado, con ambiente territorial y temporal de validez sólo restringida por la reserva del derecho internacional”<sup>4</sup>

Podemos interpretar que para Kelsen, autor de la Teoría pura del derecho, no es nada más ni nada menos que un ordenamiento jurídico vigente y válido en un determinado territorio y que la existencia del Estado no es más que la positividad del derecho.

---

<sup>3</sup> Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 52-53

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 54

En otro orden de ideas, a diferencia de Jellinek, Kelsen sostiene que el poder estatal tiene como contenido lo jurídico, y como el concepto de Estado coincide con el derecho, la relación entre ambos es identidad.

Esta propuesta, también ha sido objetada porque el Estado, considerado como ordenamiento jurídico positivo, es producido por la realidad social, misma que lo mantiene, lo transforma o bien, puede llegar a suprimirlo sustituyéndolo por otro, sea por medios violentos o pacíficos, o incluso mediante los procedimientos establecidos por él mismo. Por tales razones, y en contra de los que sostiene la teoría kelseniana, el fenómeno estatal escapa a la pretensión de ser solamente orden jurídico o absoluta normatividad.

El orden jurídico, como conjunto de normas positivas, no se crea sin una causa eficiente. Esta causa necesariamente es un poder que tiene como finalidad establecer el Derecho, que es un producto cultural en cuya formación interviene forzosa e ineludiblemente la inteligencia humana. Bajo tales afirmaciones, el maestro Ignacio Burgoa critica la teoría del ilustre jurista vienés, pues resulta inconcuso que el poder y la comunidad sean ajenos a la esencia de la entidad estatal. Las teorías que aseveran que el Estado es un poder institucionalizado o un orden jurídico, incurren en el error de identificarlo con uno sólo de sus elementos, sin advertir que lógicamente tras del poder y del Derecho está un elemento que los genera y los produce, llámese pueblo, llámese nación, o al menos, un grupo o una persona dominante, que al ejercer el poder, impone el Derecho.<sup>5</sup>

El profesor Héctor González Uribe, también fue un férreo crítico de la teoría de Kelsen por considerar inadmisibles la reducción del Estado a un andamio normativo alejado de su naturaleza real, de su ser social, criterio con el cual coincidimos toda vez que no se puede analizar la teoría del Estado con un criterio unilateral, de ahí que el método para su estudio es plural; es decir, el estudio del Estado debe ser bajo un enfoque sociológico; por supuesto, ambos enfoques han

---

<sup>5</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p.93.

sufrido la crítica de que al concentrarse en las exigencias metodológicas que ellos mismos plantean, en último término puede ser que sustraigan u oculten el verdadero objeto de conocimiento.

El distinguido jurista mexicano, Héctor González Uribe formuló su concepto de Estado como<sup>6</sup>:

- 1) Una sociedad humana;
- 2) Establecida permanentemente en un territorio;
- 3) Regida bajo un poder supremo;
- 4) Bajo un orden jurídico, y
- 5) Que tiende a la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana, (bien público temporal según Dabin<sup>7</sup>).

En efecto, la organización política denominada Estado, también debe de estudiarse desde una perspectiva axiológica, no puede ser estudiada solo bajo un criterio sociológico o normativo.

Para Carré de Malberg podría definirse al Estado como “una comunidad de hombres fijada sobre un territorio propio y que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad superior de acción, de mando y de coerción”.<sup>8</sup> El criterio del autor va encaminado a conceptualizar al Estado bajo una perspectiva política o del ejercicio del poder público.

No obstante, para el jurista francés, este tipo de definiciones resultan peligrosas ya que conducen naturalmente a confundir al Estado con sus elementos,

---

<sup>6</sup> González Uribe Héctor, *Manual de filosofía social y ciencias sociales*. México, Universidad Iberoamericana, UNAM, 2001, p. 162.

<sup>7</sup> Véase el fin del Estado: el bien público temporal en DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado*. Trad. Héctor González Uribe, México, IJ de la UNAM, 2018, p. 35-43.

<sup>8</sup> Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, Segunda Edición en Español, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 26-27.



o al menos con alguno de ellos, como aquellas doctrinas que han pretendido identificar al Estado con la masa de individuos que lo componen; otros, considerando a la potestad pública y a la organización que la origina como elemento capital del sistema estatal, han llegado a identificar al Estado con las propias personas que, en virtud de esa organización, aparecen investidas de dicha potestad. Carré de Malberg sostiene que si bien, estos diversos factores combinados, tienen desde luego al Estado como resultante, no es dable confundir al Estado con ninguno de ellos.

Para Emmanuel Kant el Estado presupone la reunión de los seres humanos dentro de una comunidad en la cual el factor que los convoca es precisamente su identidad nacional.<sup>9</sup> Para este autor el Estado se interpreta como un acto que nace mediante un contrato originario a través del cual todos los miembros del pueblo entregan su libertad externa; el pueblo concebido como Estado; de ahí que la teoría de Kant se ubique también en el campo positivista.

Por su parte, Max Weber, considera que por Estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.

El doctor Andrés Serra Rojas, manifiesta que el Estado es una parte de la sociedad humana, asentada sobre un territorio jurídicamente organizado, bajo la forma de un gobierno independiente que se propone la realización de aquellos fines, que se terminan de acuerdo con sus condiciones históricas.<sup>10</sup> En esta definición podemos observar los elementos característicos del Estado: la organización de una sociedad en un territorio, el gobierno independiente que engloba dos elementos

---

<sup>9</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2018, p. 41.

<sup>10</sup> Véase Serra Rojas, Andrés, en Fernández Ruiz, María Guadalupe, *Marco jurídico estructural de la Administración Pública Federal Mexicana*. IIJ UNAM. México, 2015. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4519/6.pdf>

importantes, el poder político y la soberanía, con el objeto de realizar determinados fines de acuerdo a su propia historicidad.

En opinión del maestro Jorge Fernández Ruíz el Estado es entendido como el sistema integrado por un conjunto humano asentado permanentemente en una circunscripción territorial, organizado mediante la coincidencia constantemente renovada de voluntades de la parte más fuerte del conjunto, sujeto a un orden jurídico específico y a un poder soberano, cuyos objetivos básicamente variables, son establecidos por la parte dominante del conjunto, aun cuando en ocasiones influya, en alguna medida, otra u otras de sus partes.<sup>11</sup>

La propuesta del maestro resulta de algunas reflexiones en torno al ente estatal entre las que destacan:

- El Estado contemporáneo nace y subsiste por una coincidencia de voluntades de la población política y económicamente más importante, aunque no sea ésta la más numerosa.
- La subsistencia del Estado no depende de la voluntad de la mayoría de su población.
- Los objetivos estatales son diferentes en cada Estado y en cada época, pero coinciden siempre en uno particular: la subsistencia del propio Estado.
- Dichos objetivos son determinados por la parte dominante de la población, sin que necesariamente se incluya dentro de ellos alcanzar el bien común.

Como podemos observar la construcción del concepto de Estado encuentra coincidencias entre los grandes pensadores, pero también enormes diferencias. El orden jurídico y el poder político son comunes denominadores de las opiniones mencionadas, sin embargo, no es dable dejar de lado el estudio de sus demás elementos como la población y el territorio, pues eso genera el riesgo de formular una idea incompleta de la entidad estatal.

---

<sup>11</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 57.

Por su parte, el destacado constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa, afirma que la construcción conceptual del Estado debe fincarse lógicamente en el análisis de todos los factores que concurren en su formación, interrelacionándolos y expresándolos en una proporción sintética.<sup>12</sup> En nuestra consideración, el jurista mexicano sostiene que no es posible captar la esencia del Estado sin la metodología adecuada que consiste en estudiar todos los elementos, factores, causas o circunstancias que lo producen como fenómeno político y que lo componen en su dimensión óptica y conceptual.

Con base en las anteriores manifestaciones, el maestro Burgoa, coincide con la metodología adoptada por J. Jellinek, quien como quedó explicado en líneas anteriores, analiza al Estado en su aspecto sociológico ponderando los datos proporcionados por la realidad social, y en su aspecto jurídico como sujeto y objeto del Derecho y como relación jurídica.

Su metodología estriba entonces en la *inducción*, que consiste en observar críticamente cada uno de los factores que concurren en la formación del Estado para conjuntarlos en un concepto cuya formulación debe estar precedida por la ponderación del ser del propio Estado, pues de tomarse en cuenta sólo alguno de esos factores y dejando fuera a los demás se incurriría en el error de elaborar una definición incompleta y parcial de la entidad estatal.

Por ello, tratándose del Estado, su concepto debe ser la culminación del análisis sobre el ser estatal, según lo presenta la misma realidad histórico- política. La entidad estatal no es únicamente poder ni orden de derecho, sino un ente con personalidad, es decir, con capacidad jurídica, que se desempeña por una energía -poder- y que se otorga por la norma jurídica -derecho-, pero siempre imputable a un sujeto -Estado.<sup>13</sup> Al respecto, cabe destacar la íntima relación que existe entre

---

<sup>12</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 92-94.

<sup>13</sup> *Idem*

el Estado, el poder y el derecho, de manera que no se puede concebir la existencia de uno sin la de los otros dos.

Por su parte, Carré de Malberg expresa que lo que distingue al Estado de cualquier otra agrupación es la potestad de que se halla dotado. Esta potestad, que sólo él puede poseer, y que por lo tanto se puede ya caracterizar denominándola “potestad estatal”, lleva, en la terminología tradicionalmente consagrada en Francia, el nombre de soberanía. Según esto, se podría concretar, pues, la noción jurídica del Estado a esta doble idea fundamental: el Estado es una persona colectiva y una persona soberana.<sup>14</sup> En efecto, la potestad es un poder toda vez que quien lo ostenta puede usar la fuerza pública para ejercerlo y en eso radica la potestad del Estado como un elemento de coerción.

## **2. Teorías sobre el Estado**

Una teoría es un conjunto de conceptos, definiciones y proposiciones que se encuentran estrechamente vinculados con el propósito de generar una perspectiva sistemática de los fenómenos, estableciendo sus relaciones; es decir, el nuevo conocimiento que se origina a través del razonamiento, análisis y reflexión.

La teoría conduce al descubrimiento de nuevos hechos y encuentra así una confirmación cada vez más plena. Su formulación puede irse perfeccionando con una experiencia más amplia. En el plano jurídico la palabra teoría no se toma con rigor estricto. Es más bien sinónimo de una opinión bastante probable, cuya validez depende de su fundamentación en los grandes principios del ser y del conocer, de su ajuste a las reglas de la lógica y de su conformidad con los hechos de la experiencia.

---

<sup>14</sup> Carré de Malberg, R., *op. cit.*, p. 28.

Ahora bien, conviene distinguir los vocablos *teoría* de *doctrina*, pues aunque muchas veces por permitirlo el uso o por comodidad del lenguaje se utilizan indistintamente ambas palabras, en realidad no significan lo mismo, pues bajo una rigurosa apreciación científica son conceptos diferentes, dado que la teoría es objetiva e imparcial, mientras que la doctrina es subjetiva y por tanto relativamente parcial. Las ideas teóricas son siempre sometidas a las reglas de la lógica y de la verificación empírica de un Estado de cosas, en tanto, la doctrina no depende de estas cuestiones para ostentarse como verdadera. No obstante, su juicio valorativo es impuesto a un grupo de personas. Se puede argumentar que la teoría sirve de fundamento a la doctrina, aunque no siempre sea observada estrictamente por ella, esto último ha sido utilizado incluso para justificar regímenes totalitarios.<sup>15</sup> En este sentido, coincidimos en que la teoría brinda una explicación mediante la aplicación de las etapas del método científico, en tanto que la doctrina, realiza una apreciación y emite un juicio valorativo que en su caso no admite discusión alguna.

Por ser de singular importancia el estudio de la teoría del Estado para conocer el origen, evolución, estructura, justificación, funcionamiento y finalidad del Estado, en este apartado haremos una breve mención sobre las teorías más destacadas relativas al origen del Estado y de la personalidad jurídica del mismo.

## **2.1. Teorías sobre el origen del Estado**

En el siguiente apartado haremos mención de diversas teorías que explican el origen o justificación del Estado, sobre el estudio encontraremos que existe una multiplicidad de criterios con los que diversos autores explican el origen del Estado, o como Jellinek lo llama, su *justificación*, por lo cual, se debe de poner especial atención bajo qué criterio cada una de ellas explican la razón de ser de la entidad estatal para no caer en confusiones o indebidas interpretaciones.

---

<sup>15</sup> Cfr. Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *op. cit.*, pp. 18-22.

### 2.1.1. Teorías sobre el origen teleológico- religioso del Estado

Las teorías del origen divino del Estado atribuyen su creación a la voluntad divina, bajo esta concepción el gobernante recibe el poder directa o indirectamente de Dios; en el primer caso, es Dios mismo quien lo elige y quien le transmite el poder para gobernar; en el segundo supuesto, Dios se vale de los mecanismos humanos para designar a los depositarios del poder público.

En realidad, el poder del gobernante encontraba su fuerza en las creencias religiosas de la gente, sería respetado por ellos porque era lo que la divinidad deseaba.

El Estado está fundado por Dios o por la providencia divina, por consiguiente, todos se ven obligados por mandamiento de Dios a reconocerlo y a someterse a su organización.<sup>16</sup> Esta doctrina es la más antigua y difundida, tiene plena validez en aquellos pueblos en que la comunidad del Estado y la comunidad religiosa coinciden (como sucedía en Grecia y en Roma), en donde el prestar obediencia a la ley por ser obra y don de Dios revelan la importancia de la convicción de los pueblos antiguos acerca de la sanción divina del orden del Estado.

En la edad media, destaca entre los que sostuvieron esta teoría el famoso orador sagrado Juan Francisco Senault (1601-1672), quien inspirara a Luis XIV a identificarse con el ente estatal, según lo expresó el monarca en su conocida frase: “El Estado soy yo”. En efecto, con anterioridad a que el Rey Sol acuñara su célebre frase, Senault afirmó en su obra intitulada *Le monarque, ou les devoirs du souverain*: “El rey tiene su poder en Dios: la Providencia le hace dueño de la vida y de la muerte y ha puesto a todos los súbditos en sus manos. El rey es el Estado, que se resume todo en él, en su persona”.<sup>17</sup> Lo anterior, surge del pensamiento teocrático, que es la forma de un gobierno donde los que administran al Estado coinciden con los

---

<sup>16</sup> Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, 1ª ed. en Español, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p.199

<sup>17</sup> Véase Fernández Ruiz, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 27

líderes o jefes de la religión dominante. Como podemos observar, el gobierno o forma de mandar en nombre de la divinidad es una idea que existió en la edad media y ha venido evolucionando con el paso del tiempo, generando, en muchas ocasiones, cruentas luchas sociales por control del poder político, abriendo paso a lo que hoy conocemos como Estado moderno.

En la época moderna también desempeña un gran papel en las luchas espirituales la fundamentación teleológica del Estado y es sumamente interesante observar como en la etapa final de la Segunda Guerra Mundial, los japoneses creían que su emperador era un ser divino, situación que fue desmentida en 1946 por el propio emperador Hirohito, quien a partir de ese mismo año quedó reducido a monarca constitucional.

### **2.1.2. Teorías acerca del origen violento del Estado o teorías de la fuerza**

La esencia de esta doctrina consiste en que concibe al Estado como el dominio de los fuertes sobre los débiles, y explica esta relación fundándola en una tendencia de la naturaleza. En base a esta teoría el Estado descansa en una ley natural que el arbitrio humano no puede evitar, por eso el individuo debe reconocer al Estado como un poder natural del cual no es posible evadirse. La teoría de la fuerza es como la forma materialista que se opone a la doctrina teológica, en la primera, el individuo se somete a las fuerzas ciegas de la vida social, en la segunda se somete a la voluntad divina.<sup>18</sup>

Al respecto, el jurista y sociólogo polaco Ludwig Gumplowicz, sostiene que: “la civilización es consecuencia de las luchas sociales. Todos los Estados han surgido de conquistas sangrientas; sabemos que el Estado es la condición sine qua non de la prosperidad, del desarrollo de la civilización”.<sup>19</sup> Explica que grupos belicosos se presentaban en lugares habitados por gente tranquila dedicada a la

---

<sup>18</sup> Jellinek, Georg, *op.cit.*, p. 203.

<sup>19</sup> Véase Fernández Ruiz, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 27.

agricultura y los obligaban a ceder el producto de su trabajo. Ya que uno de los grupos era pacífico y otro belicoso, se crea una relación de dominación, inherente –según Gumplowicz–, a toda comunidad estatal.

La teoría de la fuerza encuentra aparentemente un fundamento sólido en los hechos históricos, ya que la guerra ha sido la mayoría de las veces creadora de Estados, aquellos que han nacido sin ser fruto de una victoria constituyen la excepción a la regla. Por otra parte, esta teoría también encuentra apoyo en el hecho innegable de que todo Estado por naturaleza es una organización de fuerza y de dominación tal como lo expresa Jellinek.

### **2.1.3. Teorías jurídicas basadas en el consentimiento humano**

Estas teorías apoyan el origen y justificación de la existencia del Estado en un principio de orden jurídico, considerando a este mismo como producto del derecho. Todas parten explícita o implícitamente de la idea de que hay un orden jurídico que precede al Estado, que le es superior y del cual deriva éste. Esta doctrina se manifiesta de tres formas: como una institución del derecho de familia, de derecho patrimonial y de derecho contractual. A continuación se explican brevemente cada una de ellas.

a) La fundamentación del Estado como institución del derecho de familia o patriarcal; se basa en los recuerdos históricos de muchos pueblos. En la época en que no existían las investigaciones científicas acerca de la civilización, el pensamiento del individuo se circunscribía a un aspecto teológico, tomándose a la familia como base del Estado, y de esta manera el derecho de veneración y acatamiento, tanto divino como humano, que se debía a los ascendientes se trasladaba a los directores del Estado como padres de la gran familia. En relación con esta doctrina, para Hobbes, el Estado patriarcal era una de las formas históricas posibles del Estado natural o del Estado de fuerza, teniendo ésta en aquél el mismo



carácter absoluto que en el Estado contractual,<sup>20</sup> aunque Hobbes no hace descansar el dominio patriarcal en el derecho de los ascendientes sino que lo funda entre el consenso entre padres e hijos.

b) La teoría de derecho patrimonial; se basa en la concepción de que el orden de la propiedad precede temporal, o al menos lógicamente, al orden del Estado. Haller fue el primero que dio a la teoría de la fuerza una forma que le ha consentido ser el representante más vigoroso de la doctrina patrimonial. El poder, que es en realidad el que constituye el fundamento último del Estado, se manifiesta como poder de propiedad en el que radica la razón del reconocimiento del Estado. Los creadores de este son para Haller hombres independientes a causa de sus bienes, o sea de su poder, tan pronto como se alcanza la riqueza mediante la posesión de tierras, y se adquiere, por lo tanto, el poder que va unido a ellas, se entra en la categoría de los príncipes, estos y las comunidades republicanas dominan por propio derecho, es decir, en fuerza de su libertad y de su propiedad.

c) La teoría de derecho contractual; es la más importante de las teorías jurídicas no sólo por los hombres que la han representado, sino por el influjo enorme que ha ejercido en la formación de los Estados modernos. De acuerdo con estas teorías, el origen del Estado se basa en el consentimiento humano manifestado en un pacto social, es decir, que consideran al contrato como el fundamento jurídico del Estado. Los más lúcidos teóricos que desarrollaron esta doctrina, con sus respectivas variantes, fueron Thomas Hobbes (1588-1679); John Locke (1632-1704), y Juan Jacobo Rousseau (1712- 1778). Sin embargo, las teorías contractuales fueron probablemente iniciadas por el eminente sofista Protágoras de Abdera<sup>21</sup>, quien sostuvo que en épocas muy remotas los hombres se vieron en la necesidad de agruparse en comunidades para defenderse de las fieras y elevar su nivel de vida; hasta entonces no habían estado sometidos a normas jurídicas, sin embargo, la convivencia social resultó irrealizable bajo la ley de la selva y evidenció

---

<sup>20</sup> Véase Hobbes, *Leviatán*, en Jellinek, *op. cit.* p. 208.

<sup>21</sup> Sofista Griego reconocido por Platón como el inventor del papel del sofista profesional o profesor de "virtud" entendida ésta como conocimiento y habilidad para tener éxito mundano.

la necesidad de leyes jurídicas, gracias a las cuales los más fuertes se comprometieron a no atacar ni robar a los más débiles.

Thomas Hobbes, en su obra *Leviatán*,<sup>22</sup> explica *el derecho de naturaleza* como la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. Para Hobbes, existe un estado de naturaleza anterior a la constitución de la sociedad, en el cual el hombre tiene el derecho a todo sin límite alguno, y el mejor derecho es el del más fuerte; por ello en uso de su libertad, el hombre es el lobo del hombre y su estado natural es la violencia, que únicamente superará mediante un contrato en el que se compromete a no hacer a otro lo que no se quiera para sí, abandonando el estado de naturaleza para adoptar un estado civil en donde se convierte en ciudadano y en virtud del contrato celebrado con sus semejantes, crea el Estado, identificándolo con el Leviatán. “El único camino para exigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actitud y por los frutos de la tierra pueden nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales por pluralidad de votos, pueden reducir sus voluntades a una voluntad”.<sup>23</sup>

Con posterioridad, John Locke retoma la idea de Hobbes y coincide en la teoría del estado *de naturaleza*, previo a la sociedad, en el que los hombres carecían de una norma vigente y aceptada por el consentimiento común; igualmente estaban desprovistos de un poder con fuerza suficiente para garantizar la ejecución de las resoluciones dictadas. Todas las carencias del estado de naturaleza se eliminan en el estado de sociedad. Esta transición sólo puede realizarse a través del

---

<sup>22</sup> Hobbes, consideró al Estado, como una obra humana, de origen contractual, al que le encuentra semejanza con el mítico monstruo marino Leviatán, citado en el Antiguo Testamento en el libro de Job.

<sup>23</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Trad. Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 107.

consentimiento, siendo todos los hombres, cual se dijo, por naturaleza libres, iguales e independientes, nadie podrá ser sustraído a ese estado y sometido al poder político de otro sin su consentimiento, el cual se declara conviniendo con otros hombres juntarse y unirse en comunidad para vivir cómoda, resguardada y pacíficamente, unos con otros, en el afianzado disfrute de sus propiedades, y con mayor seguridad contra los que fueren ajenos al acuerdo.<sup>24</sup> A diferencia Hobbes, Locke considera al contrato social como un hecho verdadero e histórico, no hipotético o imaginario, en virtud de que todas las sociedades políticas nacen de la unión voluntaria, y del mutuo acuerdo de hombres libremente obrando en la elección de sus gobernantes.

Finalmente, Jean-Jacques Rousseau fue sin duda el más destacado e influyente promotor de la teoría contractualista del origen del Estado; en su obra *El contrato social*, parte de la tesis que supone que todos los hombres nacen libres e iguales por naturaleza, idea que desarrolla más a fondo cuando establece en un principio de derecho político las frases: "El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado". "Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo". "Habiendo nacido todos iguales y libres, no enajenan su libertad sino por utilidad". "Esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación."<sup>25</sup> Es evidente que la teoría de Rousseau implica una mayor evolución política al centrar al individuo como parte fundamental para el origen organización del Estado en el marco de la filosofía liberal, por ello no es de llamar la atención que su obra haya sido uno de los muchos incitadores que propiciaron la revolución francesa.

#### **2.1.4. Teorías sociológicas acerca del origen del Estado<sup>26</sup>**

---

<sup>24</sup> Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Cap. II.

<sup>25</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Espasa Calpe, Duodécima Edición, Madrid, 2007, pp. 35-37.

<sup>26</sup> Véase Fernández Ruiz, María Guadalupe, *op. cit.*, p.30.

Antes de realizar una explicación de las teorías sociológicas sobre el Estado, Es pertinente aclarar que éstas consideran a esta organización política como una realidad sociológica pero que, sin embargo, el Estado debe ser analizado también desde la perspectiva jurídica; por lo tanto no se puede afirmar que el Estado sea un complejo de hechos sociológicos, ni que no haya relación con el orden jurídico. De ahí que la sociología jurídica sea una disciplina esencial para el entendimiento del origen del Estado, tal como lo describe en su momento Jellinek.

Para Federico Engels, la entidad estatal es producto de la sociedad, que nace cuando ésta ha llegado a un cierto grado de desarrollo que la hace encontrarse en una fuerte contradicción consigo misma al verse dividida por intereses opuestos irreconciliables de las clases sociales que la integran. Para que estas clases no se exterminen a sí mismas, resulta indispensable, un poder que sea capaz de someter a toda la sociedad, y de controlar el conflicto. Ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella es, el Estado.

A diferencia de Engels el sociólogo alemán Jorge Simmel, en su teoría de la interacción o influjo recíproco, considera que donde quiera que los hombres interactúen, existe siempre una forma social; los entes sociales son condensaciones de interacciones entretejidas con una cierta unidad. El Estado no es sino una de esas condensaciones unificadas, un sistema de integración de estructuras sociales.

Por su parte, el historiador Otto Frederico von Gierke, sostiene que el Estado es un organismo social, humano con vida común propia, distinta a la de sus miembros. El Estado es una realidad social, porque lo considera como la máxima expresión de la comunidad, absolutamente real para el espíritu pero no tangible para los sentidos, que nos plantea una existencia común humana por encima de la existencia individual, toda vez que el ser humano es, simultáneamente, individuo y miembro de una comunidad; de faltarle alguna de estas dos cualidades no sería un

ser humano, pues éste no tendría conciencia de sí, de no identificarse al mismo tiempo como elemento singular y como parte integrante de una comunidad.

### **3. Elementos esenciales del Estado: territorial, humano, el poder, el orden jurídico y la soberanía**

El Estado como forma de organización social ampliamente estudiada por sociólogos, politólogos y juristas, se encuentra sustentado en la concurrencia de elementos esenciales de diversa índole sin los cuales sería imposible justificar su existencia. La doctrina en general distingue principalmente cinco: el territorio, la población (también denominado por algunos autores pueblo), el poder, el orden jurídico (el derecho) y la soberanía.

En palabras del maestro Ignacio Burgoa en el Estado convergen elementos formativos, o sea, anteriores a su creación como persona moral y jurídica, y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que cumpla con sus finalidades esenciales. Dentro de los primeros<sup>27</sup> se encuentra la población, el territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental, los segundos se manifiestan en el poder público y en el gobierno.<sup>28</sup>

Otros autores distinguen entre elementos esenciales y elementos modales; los primeros determinan la existencia del Estado y son: el Territorio, la Población, el Poder y el Derecho; los segundos condicionan o caracterizan esa existencia, y son: la Soberanía y el Imperio de la Ley.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Jean Dabin en su obra *Doctrina general del Estado* sostiene que los elementos anteriores son sólo dos: en primer lugar, cierto número de hombres, que forman la materia de la agrupación estatal; después un territorio delimitado, formando el marco y la base de la agrupación.

<sup>28</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 94.

<sup>29</sup> Véase Fayt, Carlos, *Derecho Político*, en Garita Alonso, Miguel Ángel, et al., *op. cit.*, p. 101.

En este apartado estudiaremos los elementos constitutivos del Estado a la luz de las opiniones de los más destacados pensadores de las ciencias jurídica y política.

### **3.1. El territorio como elemento del Estado**

El territorio es un elemento esencial del Estado, en palabras de Kelsen constituye el ámbito espacial de validez del orden jurídico.<sup>30</sup> El Estado, concebido como una unidad social efectiva, parece implicar igualmente una unidad geográfica, pero algunas veces el territorio Estatal puede encontrarse disperso, es decir, que pueden pertenecerle partes del espacio que no tienen continuidad física, pueden estar separadas por el océano o encontrarse rodeadas totalmente por el territorio de otro Estado, estas áreas geográficas forman una unidad pero sólo en cuanto al mismo orden jurídico que es válido para todas ellas.

El Estado, para realizar convenientemente su misión, tiene necesidad de un territorio, es decir, de una porción delimitada de suelo, de la que pueda sacar partido como un instrumento en vista de sus fines. Por una parte en el plano interno, el territorio viene a reforzar la autoridad del Estado, al que proporciona una base de control y de coacción, de prohibir a unos la evasión o de expulsar o desterrar a otros. Además, una multitud de tareas que tiene el Estado implican una determinada utilización del suelo o del espacio por parte del poder público. En el plano exterior, el territorio proporciona al Estado una línea de defensa que le permite hacer frente al enemigo y cerrar el camino a la invasión.<sup>31</sup>

El territorio como elemento del Estado es el espacio en que viven los hombres al agruparse políticamente para formar el propio Estado; si se le considera de manera aislada sólo es una parte de la superficie terrestre, una porción determinada del planeta. Antes de que existieran las primeras civilizaciones, los grupos humanos

---

<sup>30</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2010, p. 247.

<sup>31</sup> Dabin, Jean, *op. cit.*, p. 27-28.

forjaron una historia común, con tradiciones, costumbres e idioma comunes, un estilo de vida y una idiosincrasia pero sin contar con un territorio propio y exclusivo, estos grupos nómadas, podían constituir posiblemente un pueblo, una comunidad o una colectividad pero nunca un Estado.

En efecto, el Estado es la única agrupación social que depende de un espacio geográfico propio y determinado, ya que existen otras como la familia, las sociedades civiles o mercantiles, los grupos de trabajo, de estudio o religiosos, que pueden mudar de residencia sin que se altere su esencia de manera sustantiva.

El principio de territorialidad vinculado directamente a la soberanía de un Estado permite al Estado aplicar su normatividad a cualquier persona que se encuentre dentro de su territorio, sin importar si son estos nacionales o extranjeros.

En palabras del maestro Ignacio Burgoa, el territorio, como elemento del Estado es el espacio terrestre, marítimo y aéreo sobre el que se ejerce el *imperium* o poder público estatal al través de las funciones legislativa, administrativa o ejecutiva y judicial o jurisdiccional, o sea, la demarcación geográfica dentro de la que éstas se desempeñan.<sup>32</sup> Puede decirse también que el territorio es un elemento geográfico de integración nacional en virtud de diversas causas o circunstancias que dentro de él actúan sobre las comunidades humanas.

En otras palabras, el territorio es el elemento físico del Estado, es un elemento de primer orden, colocado al lado del elemento humano en virtud de que su presencia es imprescindible para que surja y se conserve el Estado; Es el espacio geográfico en donde se realiza la actividad estatal. Este territorio de un Estado comprende el espacio terrestre, marítimo y aéreo, es decir, el suelo, el subsuelo, la plataforma continental, la plataforma insular, las islas, arrecifes y cayos adscritos a él, los ríos, las lagunas y aguas internas, así como otros elementos que bajo una ficción jurídica forman parte de él como el mar territorial, la zona económica

---

<sup>32</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 63.

exclusiva y el espacio aéreo, con la extensión y modalidades que fija el derecho internacional.

En conclusión, toda sociedad humana requiere de un soporte físico y estable, por ello el territorio es un elemento constitutivo del Estado y de la organización política de la sociedad.

### **3.2. El elemento humano: la población o el pueblo**

Entre los elementos esenciales del Estado figura en primer término un conjunto de seres humanos, con identidad e idiosincrasia propias, producto de un proceso asociativo basado en vínculos de raza, idioma, tradición, cultura, ideales e intereses comunes; el pueblo o población, como elemento humano del Estado además de contar con esos atributos, se caracteriza por su asentamiento permanente en un territorio específico.

Para efectos de una mejor comprensión del tema conviene distinguir los vocablos población y pueblo. Por una parte, la población es un término relativo a la administración y estadísticas demográficas, hace referencia a la totalidad de individuos que habitan en el territorio de un Estado y se puede observar desde dos aspectos: cuantitativo, referido a su número o cantidad; y, cualitativo, referido a la raza, herencia y selección. El pueblo es el presupuesto de la organización política; es la sociedad política establecida tradicionalmente en un territorio que se dispone a organizar su vida política de acuerdo con el derecho público.<sup>33</sup> En otras palabras, el pueblo constituye solo una parte de la población que goza de la plenitud de los derechos políticos y constituye el núcleo político activo del Estado y pueden participar en los procesos de formación del ejercicio del poder político del mismo; en cambio la población se refiere únicamente a la adscripción social de una persona al Estado.

---

<sup>33</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p. 106.



La población sobre la que actúa el Estado es una comunidad humana que posee elementos culturales, vínculos económicos, tradiciones e historia comunes, lo que configura un espíritu solidario que, generalmente, es anterior a la formación de la organización política.

El Estado agrupa hombres, es decir, seres racionales y libres, dotados de una vida y de un fin personales, y no fragmentos individualizados de una especie: humanidad, pueblo, nación, clase o colectividad cualquiera. Por tanto, la concepción del Estado es inseparable de una concepción del hombre, ya sea que el Estado se erija con el fin supremo de su propia actividad y de la de sus miembros o que se quiera poner a la organización estatal al servicio de la masa, pueblo o nación. Los hombres agrupados en el Estado pueden ser numerosos o poco numerosos, hay Estados con poca población y otros con mucha población, pero es preciso, para que el Estado aparezca que exista un número bastante considerable de hombres, porque de no ser así, la necesidad específica que tiende a satisfacer esta forma social carecería del único medio que puede darle nacimiento.<sup>34</sup> Sociológicamente el Estado supone, una determinada cifra de población, y en consecuencia, una determinada división del trabajo y condiciones de vida, que requieran un organismo superior de coordinación que es precisamente el Estado.

Sobre el particular, explica el maestro Fernández Ruíz que Estados hay y ha habido con menos de cien mil habitantes, más ciento veinte mil individuos reunidos en un evento deportivo internacional no constituyen el elemento poblacional de un Estado, pues se trata de un conglomerado humano reunido casual y efímeramente, desprovisto de entidad, identidad e idiosincrasia.<sup>35</sup> En el ejemplo que cita el destacado autor, es de hacer notar que en tal conglomeración de personas - reunidas para la realización de un objeto de carácter transitorio- no existe organización política, no se identifican como una entidad unitaria, con cultura, historia y rasgos comunes, por tanto, ésta no puede ser considerada población.

---

<sup>34</sup> Cfr. Dabin, Jean. *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>35</sup> Fernández Ruíz, Jorge, *op. cit.*, p.42.

La población se presenta, *prima facie*, como un conglomerado humano radicado en un territorio determinado. Su concepto es eminentemente cuantitativo, con el cual expresamos el total de los seres humanos que viven en el territorio de un Estado. Desde el punto de vista sociológico, cultural económico, religioso, étnico y lingüístico, la totalidad humana que entraña la población suele diversificarse en diferentes grupos o clases que como partes la componen, pudiendo solo identificarse como entidad unitaria en cuanto que es, en su conjunto, el elemento humano del Estado, constituido por la suma de sujetos que tienen el carácter de gobernados o destinatarios del poder público.<sup>36</sup> Respecto a lo anterior, cabe destacar que la población es propiamente el universo de destinatarios del poder político, que por su gran número contrasta con el reducido grupo de depositarios o gobernantes.

Para Kelsen, el elemento humano del Estado se traduce en el ámbito personal de validez del orden jurídico. De acuerdo con la teoría tradicional, el primer elemento del Estado es el pueblo, es decir, los seres humanos que residen en el territorio Estatal. De la misma manera en que el Estado solo tiene un territorio, del mismo modo solo tiene un pueblo. Para Kelsen, así como la unidad del territorio es jurídica y no natural, lo propio ocurre con el pueblo. El pueblo del Estado son los individuos cuya conducta se encuentra regulada por el orden jurídico nacional, el ámbito personal de validez es entonces limitado, y un individuo pertenece al pueblo de un Estado determinado, si queda incluido en el ámbito personal de validez de su orden jurídico.<sup>37</sup>

Los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo. Jellinek sostiene que el pueblo tiene una doble función; por un lado, en su aspecto subjetivo, es un elemento de la asociación estatista al formar parte de esta; en otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, en este caso se

---

<sup>36</sup> *Idem* p. 95.

<sup>37</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, p.276.

hace referencia al pueblo en su aspecto objetivo. Ambas cualidades han sido diferenciadas en la teoría moderna por Rousseau, quien asigna a todo individuo una doble cualidad: la de ser *citoyen*, es decir, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser *sujet*, esto es, un sometido a aquella voluntad.<sup>38</sup>

El pueblo en su cualidad subjetiva, forma, a causa de la unidad del Estado, una corporación, esto es: todos sus individuos están unidos, enlazados entre sí, en cuanto sujetos de Estado, son miembros de éste.

### **3.3. El poder del Estado**

El Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en diversos fines específicos sujetos al tiempo y el espacio. Para que el Estado alcance los diversos objetivos en que tal finalidad se traduce, necesariamente debe contar con un poder, es decir en una actividad dinámica que se realiza en tres funciones principales: la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional. Estas funciones, se ejercitan a su vez a través de actos de autoridad, que se traducen en actos de poder público los cuales se caracterizan por tres atribuciones esenciales: la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.<sup>39</sup> En virtud de estos atributos el poder público ejerce el *ius imperium* en virtud del cual tiene la capacidad de imponerse a todas las voluntades individuales o colectivas dentro del espacio territorial del Estado.

El poder del Estado es un poder político que a diferencia de cualquier otro se caracteriza por ser un poder de ordenación y mando sustantivo, originario, generalizado y superior a cualquier otro dentro de un ámbito territorial. No obstante,

---

<sup>38</sup> Jellinek, Georg. *op. cit.*, p.378.

<sup>39</sup> Se dice que todo acto de autoridad es unilateral porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido. Es imperativo, en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo y, es coercitivo porque si no se acata por rebeldía u oposición de la persona, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública.

este poder está jurídicamente organizado, en consecuencia, los límites en su ejercicio se encuentran determinados por el ordenamiento jurídico. El *imperium* se distribuye para su realización en competencias atribuidas a los poderes derivados, establecidos en base a criterios de funcionalidad y territorialidad.

Al respecto, el maestro Ignacio Burgoa opina que el poder público no es un poder soberano, como algunos tratadistas han sostenido, dado que éste debe someterse forzosamente al ordenamiento jurídico fundamental del cual deriva, éste es la fuente de existencia y validez de dicho poder, por tanto, el poder público no puede ejercerse al margen ni en contra del propio orden jurídico del cual dimana.<sup>40</sup>

Las funciones del poder político, o sea del poder del Estado, se depositan en los órganos y organismos de gobierno, a cuyo cargo queda su ejercicio, dichas funciones son desarrolladas por seres humanos que tienen asignada la representación de los mismos; cada Estado tiene sus propias formas de gobierno, pero en sentido amplio, el gobierno es entendido como un conjunto de órganos y organismos depositarios de las funciones del poder público, cuyos titulares dirigen dichas funciones y realizan las demás actividades del Estado.

El gobierno es, esencialmente, la acción por la cual una autoridad impone una línea de conducta, un precepto a individuos humanos. Las personas que en el Estado están sujetas a esta acción de dirección son, en primer lugar, los ciudadanos, miembros de la comunidad estatal; en seguida, en determinados aspectos, los particulares extranjeros, residentes o aquellos que estén de paso en el territorio.<sup>41</sup>

Carlos Fayt ubica al poder como una relación de subordinación en que se conectan recíprocamente los seres humanos y que requiere necesariamente de dos aspectos: el mando y la obediencia.<sup>42</sup> La relación de mando o de obediencia puede

---

<sup>40</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p.257.

<sup>41</sup> Dabin, Jean. *op. cit.*, p.60.

<sup>42</sup> Véase Fayt, Carlos, en Garita Alonso, Miguel Ángel *et al.*, *op. cit.*, p. 110.

darse entre dos o más individuos, o bien abarcar la totalidad de un grupo o de una comunidad. En el caso del poder político, los individuos se someten a él y le prestan obediencia en virtud de creer en su legitimidad no pudiendo resistir su acción ya que éste posee la coacción y los instrumentos de control social que le permiten hacer efectivas sus sanciones mediante el monopolio de la fuerza física.

Para Hans Kelsen el poder del Estado a que el pueblo se encuentra sujeto, no es sino la validez y eficacia del orden jurídico nacional<sup>43</sup>, y la soberanía ha de considerarse como una cualidad de tal poder. Cuando se hace referencia a los tres poderes del Estado, la palabra *poder* es entendida en el sentido de una función del Estado, y entonces se admite la existencia de funciones Estatales distintas.

### **3.4. El Orden Jurídico**

Derivado de la multiplicidad de posiciones metodológicas existen diferencias conceptuales dentro de la Teoría del Estado que se manifiestan respecto a los elementos constitutivos del mismo. Generalmente, los doctrinarios y estudiosos en la materia coinciden en la existencia de tres elementos, en virtud de su invariable presencia en las formaciones políticas de la historia. Esos tres elementos son, como ya hemos visto anteriormente, el territorio, la población y el poder. No incluyen al derecho como tal, por suponerlo un mero producto del poder, sin advertir que con ese mismo criterio reduccionista podrían suprimir al propio poder, dado que las formaciones políticas modernas se encuentran determinadas por el Derecho, tanto, que se ha llegado a identificar el concepto *Estado de derecho* como uno de los pilares de los regímenes constitucionales y democráticos modernos.

El derecho, concebido tradicionalmente como el conjunto de normas jurídicas generales y positivas que regulan la conducta de los hombres en sociedad, o bien, la convivencia entre los miembros de esa misma sociedad, es un elemento que

---

<sup>43</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 302.

complementa y asegura la existencia del Estado, dado que no se puede concebir la vida y la actividad humana fuera del derecho.

Para Jellinek no hay disputa alguna sobre que el derecho consiste en un conjunto de reglas para las acciones humanas; más este carácter lo poseen igualmente las prescripciones religiosas, las morales y las de la costumbre, luego entonces, ¿en dónde radica la nota específica y diferencial de las reglas y prescripciones jurídicas? Para este autor, a la norma jurídica corresponden los siguientes caracteres esenciales que la distinguen de las demás: a) son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres; b) Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida; y, c) Son normas cuyo carácter obligatorio está garantizado por los poderes exteriores. Destacando como nota necesaria a todo derecho la de su obligatoriedad.

Hans Kelsen afirma que el derecho es un orden de la conducta humana y que un “orden” es un conjunto de normas, cada norma jurídica obliga a determinados seres humanos a observar, en ciertas circunstancias, una conducta determinada. Para este autor, el derecho es una técnica social específica de un orden coactivo que trata de provocar la conducta deseada mediante el establecimiento de medidas coercitivas que pueden implicar el uso de la fuerza física o la aplicación de una sanción en caso de inobservancia; por tanto, únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho.<sup>44</sup>

Por su parte, Hermann Heller señala que el Estado es fuente formal de validez del derecho. El ordenamiento jurídico tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea de garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho.<sup>45</sup> En efecto, al Estado corresponde crear el orden

---

<sup>44</sup> Cfr. *Ibidem* 3-21.

<sup>45</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*. 2a. ed., trad. de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 241.

normativo, interpretarlo y aplicarlo por conducto de sus órganos de gobierno, dicha actividad, propia del Estado moderno, exige cada día mayor preparación y eficacia, dado su grado de complejidad e importancia.

El orden normativo es producido por el Estado, es elaborado, establecido, reconocido, interpretado y aplicado por las diversas autoridades de la entidad estatal en el ejercicio de las funciones públicas, que a su vez se traducen en el ejercicio del poder político, del poder del Estado. Sin el derecho como elemento constitutivo de la organización política, ésta carecería de sentido pues no sólo la organización estatal se sustenta en el derecho, también su personalidad y los límites al ejercicio de dicho poder.

Es natural que el contenido del derecho vaya cambiando constante y paulatinamente, pero siempre habrá de configurarse como una realidad objetiva a la que han de someterse tanto las acciones del Estado como la de los individuos que habitan en él, atendiendo siempre a las necesidades del momento y a las de una sociedad determinada.

Al respecto, para Jean Dabin, el derecho es la ordenación, general o particular, pero concreta destinada a procurar en las mejores circunstancias el bien público temporal;<sup>46</sup> dicha la ordenación normativa en vista del bien público debe ser llevada de manera necesaria a buscar sus principios en las normas que rigen la conducta humana, especialmente desde el punto de vista moral, pues siendo el derecho una innegable creación del Estado, es la autoridad pública quien en su función soberana aprecia los elementos de hecho que condicionan la ordenación, así como la conveniencia de las soluciones con relación al bien público.

Coincidimos con Jellinek cuando afirma que en verdad, solo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los más débiles, con todo

---

<sup>46</sup> Dabin, Jean, *op. cit.*, p. 64.

ello es la única posibilidad de una vida social garantida.<sup>47</sup> Lo anterior, en virtud de que es impracticable la convivencia entre los seres humanos en estado de naturaleza, solo en la medida en que el orden jurídico sea respetado podemos aspirar a que los derechos fundamentales de las personas sean garantizados y a que impere el orden público y la paz social.

### **3.5. La Soberanía**

A la soberanía se le ha definido como la capacidad que tiene el Estado de determinarse a sí mismo desde el punto de vista jurídico” (Jellinek, como el ejercicio de la voluntad general (Rousseau), como una cualidad del orden jurídico que consiste en que éste sea supremo” (Kelsen). Sin embargo, para entender el concepto de soberanía es preciso ahondar un poco más en las teorías de los diversos pensadores que a través del tiempo han estudiado no solo si concepto, sino también su naturaleza y su relación con el poder del Estado.

La doctrina clásica de la soberanía parte de la idea de que el Estado determina en él mismo sus propias competencias, sus propias reglas fundamentales normalmente escritas en la Constitución, las cuales condicionan todas las otras reglas aplicables a su territorio, sin excepción y por la observación de aquellas él puede poner en movimiento la fuerza pública por cuanto dispone de su monopolio; es decir, el Estado funda y delimita el orden jurídico y estatal.<sup>48</sup>

Si se consulta la etimología de la palabra soberanía observaremos que hace referencia, en primer lugar, a la idea de una superioridad, desde el punto de vista de una preminencia jerárquica, que implica por una parte, el derecho de dar órdenes y, por la otra, el deber de subordinación. La soberanía es entonces la superioridad del poder, tratándose ciertamente de un poder de derecho y no de un poder material de imponer la voluntad, pues la superioridad jerárquica está fundada en motivos que

---

<sup>47</sup> Jellinek, Georg. *op. cit.*, p. 203.

<sup>48</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p. 118.



la hacen legítima y, por tal título, respetable. Al poder soberano pertenece la dirección suprema del Estado, sin que se pueda recurrir a una instancia superior que, por hipótesis, no existe ni puede existir.

Luego entonces, la soberanía es, una superioridad, no solamente relativa, de un poder respecto a otro, sino absoluta de un poder con relación a todos los demás. La soberanía definida de manera puramente jurídica, puede concebirse como el poder de mando supremo inherente al Estado.

Es conveniente distinguir el concepto de soberanía desde dos puntos de vista: la soberanía interna, en decir, la que se ejerce dentro de los límites territoriales del Estado, con respecto a los individuos y a los grupos que habitan en él; y la soberanía externa, que es un atributo considerado en el plano de las relaciones entre el Estado y los demás Estados de Derecho internacional. En la primera, es el propio Estado quien tiene la supremacía y ejerce el poder soberano respecto la población del propio Estado. En la segunda, se trata del derecho que pertenece al Estado de oponer a los demás Estados su soberanía interna sin que estos tengan el derecho de intervenir, o bien el derecho que tiene el Estado a regular soberanamente sus relaciones con el exterior.

Al respecto, Dabin hace una aclaración interesante, la soberanía es mando, poder de ordenar, y el Estado solo manda y ordena al interior de sus fronteras, en las relaciones entre los individuos y grupos subordinados a su poder Estatal, por tanto, lo que se señala como soberanía externa es, a decir verdad, la autonomía de los Estados en el orden externo, el Estado no obedece a nadie porque es soberano, en palabras más claras, estamos hablando de independencia<sup>49</sup>. En otras palabras, la soberanía está relacionada con el ámbito externo, con la independencia que el mismo tiene respecto de los demás miembros de la comunidad internacional, pues si nos refiriéramos al ámbito interno del Estado estaríamos hablando de supremacía

---

<sup>49</sup> Cfr. Dabin, Jean, *op. cit.*, pp. 115-117.

del orden jurídico, que implica el sometimiento tanto de gobernantes como de gobernados, al imperio de la ley.

Al respecto, Jellinek afirma que el poder soberano de un Estado es aquél que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente; esta última nota se manifiesta predominantemente en su vida exterior, es decir, en la relación del Estado soberano con otros entes soberanos.<sup>50</sup> A lo anterior habría que agregar que la soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución, es por tanto un superlativo que no puede dividirse,<sup>51</sup> sino que solo tolera junto a sí otros poderes del mismo género. Por eso pueden existir varios Estados soberanos, pero no pueden ser titulares del mismo poder de un Estado. He aquí por qué no hay ninguna soberanía dividida, fragmentaria, disminuida, limitada, relativa.<sup>52</sup> La soberanía, es un atributo propio de cada Estado, no se comparte y no se divide, simplemente se reconoce como virtud o cualidad de los Estados miembros de la comunidad internacional.

La afirmación de que la soberanía es una cualidad esencial del Estado, significa que el Estado es una autoridad suprema. La “autoridad” suele definirse como el derecho o poder de expedir mandatos obligatorios. El poder real de inducir a otros a que observen determinado comportamiento, no basta para constituir a una autoridad. El individuo que es o tiene autoridad, debe haber recibido el derecho de expedir mandatos obligatorios, de tal manera que otros individuos se encuentren

---

<sup>50</sup> Jellinek, Georg. *op. cit.*, p. 432.

<sup>51</sup> El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como unidad, surge en consecuencia la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado. Lo que se dice respecto del poder del Estado, naturalmente es válido también para referirse al poder soberano del mismo. Cuando en dos Estados unidos entre sí se atribuye cada cual a sí mismo sólo una determinada parte de la competencia, no puede decirse por ello, en modo alguno, que exista una división ni de la soberanía ni del poder del Estado; lo que existe en realidad son dos poderes de estados separados, cuya competencia está delimitada jurídicamente. En el caso de los Estados Federales el poder superior de determinación de competencias pertenece al Estado Federal sobre los particulares sobre los particulares, luego entonces, El Estado federal tiene la soberanía y la posee por entero. Al estado particular le falta totalmente, en todo caso, de lo que goza es de autonomía para autonomarse y elegir a sus propios órganos de gobierno.

<sup>52</sup> *Ibidem* p. 450

obligados a obedecer. Tal derecho o poder solo puede ser conferido a un individuo por un orden normativo.<sup>53</sup>

En palabras de Kelsen, la autoridad es originariamente la característica de un orden normativo. Solo un orden normativo puede ser *soberano*, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer.

El Jurista vienés afirma que, el Estado en su capacidad de autoridad Jurídica, tiene que identificarse con el orden jurídico Nacional. Decir que el Estado es soberano significa que el orden jurídico Nacional es un orden por encima del cual no existe otro superior. Y agrega, que el único que podría suponerse como superior es el orden internacional, lo que se traduce en resolver el problema de si el Estado es soberano o no, coincide pues con el de si el derecho internacional es o no un orden superior al derecho nacional. En nuestra opinión, coincidimos más con la teoría de Dabin que distingue a la soberanía externa como el derecho que pertenece al Estado de oponer a los demás Estados su soberanía interna sin que estos tengan el derecho de intervenir, con su consecuencia inmediata, que es también, el derecho que tiene el Estado a regular soberanamente sus relaciones con el exterior.

La doctrina clásica ha sostenido desde su invención por Bodino que la soberanía es un elemento esencial del Estado, sin embargo, esta tesis ha sido cuestionada por varios autores, entre ellos, Carré de Malberg, este autor afirma que quienes sostienen dicha doctrina incurren en el error de confundir las nociones de *potestad de Estado* y *potestad soberana*, ya que si por soberanía se entiende la potestad de Estado misma, no hay duda de que la soberanía forma una condición absoluta del Estado, pues el Estado no puede concebirse sin potestad de dominación. Si, por el contrario, se quiere designar con el nombre de soberanía, la cualidad de un Estado cuya potestad no depende de ningún otro, es ya muy

---

<sup>53</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 456 y 457.

discutible que la soberanía pueda ser considerada como un elemento indispensable del Estado.<sup>54</sup>

En suma, las funciones del ejercicio de la Soberanía, son a todas luces fundamentales porque constituyen la razón de ser del Estado. La soberanía se encuentra relacionada con el imperio de la ley que para Fayt, es otro elemento modal del Estado; por su origen, naturaleza y función histórica, la soberanía es una cualidad del poder.

#### **4. Los fines del Estado**

Se puede decir que el Estado, como organización política, no tiene un fin en sí mismo, sino en función de fines humanos. Lo que llamamos actividad estatal es una serie sucesiva y permanente de acciones humanas, determinadas por motivos sociales que tiene como antecedente una situación cultural y natural específica. En apartados anteriores estudiamos las teorías que sostienen que el Estado es producto de la voluntad humana, sin embargo, el Estado como institución política, tiene una función objetiva que no siempre coincide con los fines subjetivos de los hombres que lo conforman.

La entidad estatal, como toda organización política y social tiene fines, estos fines van variando en función de la evolución histórica y de la diversa estructuración de las fuerzas sociales, pero, en todo caso existen fines genéricos y permanentes que procurará cumplir con el objeto de asegurar su propia existencia: a) garantizar la convivencia pacífica dentro de su territorio, y; b) asegurar su permanencia como entidad soberana dentro de la comunidad internacional. A éstos fines se irán sumando otros que serán determinados por el tiempo, las circunstancias y las tendencias políticas. Por ejemplo, el Estado liberal planteó como uno de sus fines primordiales la garantía de las libertades individuales de las personas; el Estado occidental de nuestros tiempos, añade a los fines del Estado liberal la

---

<sup>54</sup> Carré de Malberg. R., *op. cit.*, pp. 96 y 97.

implementación de medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia, sean por vía de protección o de promoción vital, como pueden ser los servicios de seguridad social, las políticas de empleo, de la justa distribución del ingreso y la riqueza, la inclusión de los menos favorecidos en las actividades económicas y culturales, etc. Asimismo, Otro de los fines del Estado en nuestro tiempo, es promover las condiciones básicas para el desarrollo del sistema económico nacional.

Para la maestra Aurora Arnaiz los fines intrínsecos del Estado como institución orgánica son existir, coexistir y subsistir, tanto en su ámbito interno como en el externo, mismos que posibilitan los fines específicos del hombre como comunidad política. Es decir, de todo una gama de valores éticos-jurídicos recogidos en el bien común.<sup>55</sup>

El Estado, como toda institución tiene una finalidad, elemento esencial del mismo, que consiste en la realización de valores individuales y sociales de la persona humana en el bien público. La finalidad de la actividad de la sociedad humana estatal, regulada por el orden jurídico, se traduce en la obtención del bien público, es decir, que interesa a todos, pero efímero, que es a lo que Dabin denomina *el bien público temporal* y que el reconocido jurista mexicano, Héctor González Uribe, como la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana.

Se admite con gran frecuencia, que el fin del Estado es el bien público o el interés general, cualquiera que sea la fórmula utilizada, la idea sigue siendo vaga, no solo en sus aplicaciones concretas sino en sus líneas generales, por lo que conviene definir, que se entiende por bien público o interés público. El interés público, es todo interés cuya satisfacción está a cargo del Estado. El bien público puede definirse por su propia naturaleza, al separarse del bien propio de un individuo determinado, de una clase, de un partido, de una región, o de una

---

<sup>55</sup> Arnaiz Amigo, Aurora, *Estructura del Estado*, México, Trillas. 2008, p.127.

categoría social cualquiera. El bien público es de manera inmediata, el bien del público en general, en su diversidad y complejidad, sin acepción de individuos o grupos, comprendiendo en él, además, no solo a los vivos, sino a las generaciones futuras, pues el público y su bien se despliegan a la vez en el espacio y en el tiempo.<sup>56</sup> El bien público, es para cada Estado, el *público* de sus miembros, no el *público* de los miembros de otros Estados o de la humanidad. No obstante, entre el bien público nacional y el bien público internacional no puede haber separación y mucho menos contradicción, ya que el bien público nacional postula, sobre todo en nuestros días, relaciones internacionales privadas y públicas que aun colocándose en una postura al margen de toda solidaridad humana, el mal público extranjero o internacional obra necesariamente de manera desfavorable sobre el bien público nacional de cada país.

Como hemos observado, los fines del Estado son variables, no obstante la mayoría de los autores coinciden en que existe un fin generalizado como es procurar su propia supervivencia mediante la satisfacción de las necesidades de la población, preservar el orden público, así como las libertades y derechos de sus habitantes.<sup>57</sup>

Finalmente, podemos decir que los fines del Estado van más allá de la persona humana y en un Estado social y democrático de derecho su propósito esencial es la búsqueda de la convivencia a partir del respeto y garantía de los derechos humanos; de tal manera, que las personas que integran toda comunidad no tienen por qué padecer los errores o torpeza o cualquier opulencia ofensiva de sus gobernantes ya que su desempeño tiene que ser basado y fundamentado en favor y bienestar de todos los integrantes de la sociedad, misma que debe centrar también su interés en observar, fiscalizar y comprobar a sus servidores públicos para que su labor sea transparente y tendiente a favorecer el bien y el progreso de todos los componentes de la comunidad.

---

<sup>56</sup> Dabin, Jean. *op. cit.*, pp. 38.

<sup>57</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p.217.

## Capítulo II. La División de Poderes y las Funciones del Estado

*Sumario: 1. La Teoría de la División de Poderes y su evolución; 2. Las funciones del Estado; 2.1 Función Legislativa y el principio de Soberanía; 2.1.1. Función Legislativa: Constituyente y Ordinaria; 2.1.2. Función legislativa; 2.2 Función Administrativa; 2.3 Función Judicial.*

El principio de la división de poderes es una de las ideas fundamentales que dio origen al constitucionalismo moderno, concebido éste como un gran esfuerzo racionalizador del poder político dentro del cual el ejercicio del poder público debe estar sujeto absolutamente al orden jurídico. Conforme a este principio fueron creadas las partes orgánicas de las primeras Constituciones modernas, incluidas por supuesto, la norteamericana y francesa; en ellas y en muchas otras que se fueron sumando, se fue distribuyendo la función pública del Estado entre los órganos primarios del mismo, atribuyendo a cada uno de ellos las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional; estableciendo entre dichos órganos diversos mecanismos de colaboración, control y vigilancia mutua. Todo ello con el propósito de lograr un gobierno moderado, limitado y responsable en donde la libertad humana pudiera quedar debidamente protegida.

Por ser considerado una pieza importantísima del constitucionalismo contemporáneo, desde su formulación, se ha luchado de manera constante para que el principio prevalezca, privilegiando en todo momento su teleología: evitar la concentración del poder y limitarlo para que éste no opere en perjuicio de los individuos a quienes va dirigido. La teoría clásica de la separación de poderes ha sido adoptada en casi todos los países del mundo, aunque no de manera radical o tajante, más bien ha sido adaptada a las necesidades de cada Estado, lo que lleva implícito un interminable proceso de transformación que a la fecha ha seguido evolucionando. Dicho principio es indispensable para la debida articulación de la

función estatal, por tanto su estudio resulta obligatorio para comprender los alcances de la presente investigación.

## **1. La Teoría de la División de Poderes y su evolución**

El principio histórico y doctrinario de la división de los poderes y de la separación de las funciones de la entidad Estatal, constituye uno de los pilares fundamentales que sostienen la estructura del Estado moderno, constitucional y democrático, caracterizado principalmente, por ser de corte liberal, en el que se da pleno reconocimiento a los derechos individuales, se dispone la radicación de la soberanía en el pueblo, en la Nación o en el Parlamento y se adopta el sistema representativo como medio para el ejercicio legítimo del poder público.

El principio de la división de poderes ha sido uno de los temas más recurrentes y de mayor relevancia histórica, en razón de la enorme trascendencia que la palabra *división* implica en relación al ejercicio de las facultades conferidas a los órganos constituidos de naturaleza distinta, autónomos pero interdependientes entre sí, cuya actuación en su conjunto entraña el ejercicio del poder político para el sano funcionamiento de los sistemas políticos constitucionales que se consolidan en los siglos XVIII, XIX y XX.

La teoría clásica de la división del poder se atribuye generalmente a Charles Louis de Secondat barón de Montesquieu, no obstante, al igual que muchos otros principios empieza a perfilarse desde la antigüedad clásica, en la cual se formuló la concepción de la forma mixta de gobierno,<sup>58</sup> esta concepción gozó de gran favor de muchos pensadores políticos y tiene cercanía en el ámbito de las ideas políticas de la división de poderes, en virtud de que ambas buscan combinar principios políticos opuestos.

---

<sup>58</sup> Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *La Teoría de la División de Poderes y la Cultura Física en los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2006, p. 68.



El primer antecedente significativo de la mencionada teoría lo encontramos en el pensamiento de Aristóteles, quien en su obra *La política* estimó que legislar, administrar y juzgar, eran tareas que correspondían a diversas instituciones.<sup>59</sup> Refirió entonces una división de funciones en la *Polis*, con base en tres elementos esenciales: los órganos deliberativos, los de la magistratura y los judiciales. El primero de éstos, la asamblea general, delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza y atribuciones pueden ser muy variadas dependiendo del tipo de Estado; y el tercero, el cuerpo judicial, los tribunales, a quienes corresponde conocer y juzgar sobre determinados asuntos en razón de su competencia.

Con posterioridad, Polibio, concibió la idea de pesos y contrapesos, en la que los Cónsules, el Senado y las Asambleas populares o comicios, servía de balanza y control de los otros dos; ello para que ninguno de los tres fuera absoluto, pues el proyecto de uno no podía ser contrarrestado ni disminuido por los otros.<sup>60</sup> Éste historiador griego, a quien se le atribuye también la teoría de los ciclos políticos y el régimen mixto, tuvo gran influencia del pensamiento platónico de la época, y propone por ello la división del poder del Estado para mantener el equilibrio dentro de una situación inestable en la que intervienen fuerzas antagónicas.

Por su parte, Cicerón, comulgó con la idea de Polibio, en cuanto al sistema de frenos y balanzas pero destacó que los Cónsules representaban el elemento monárquico, el Senado el aristocrático, y los comicios al elemento democrático.<sup>61</sup> Este filósofo y jurista romano partiendo de la teoría del equilibrio desarrollada por Polibio, analizó las causas de la decadencia de la República en su tiempo y atribuyó la crisis del régimen al excesivo poder alcanzado por el elemento democrático que lograron degenerar algunos demagogos.

---

<sup>59</sup> Cf. Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 19a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 367.

<sup>60</sup> Cf. Galindo Camacho, Miguel, *Teoría del Estado*, 7a., ed., México, Porrúa, 2013, p. 115.

<sup>61</sup> Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado*, 5a., ed., México, Porrúa, 2009, p. 152.

Para Santo Tomás de Aquino, el poder se encontraba originariamente en las manos de todos y si más tarde se concentraba en la de uno o unos, era porque se le consideró representante de ella, sin dejar de aceptar –con San Pablo-, que el Poder viene de Dios y que es mejor obedecer a Dios que a los hombres.<sup>62</sup> No obstante la influencia de la divinidad en el pensamiento del filósofo italiano, cabe destacar la concepción del poder único depositado en la generalidad, quien, en algún momento, puede confiar su ejercicio a una o a varias personas quienes en todo caso fungirían únicamente en calidad de representantes.

El pensamiento político de Marsilio de Padua representa también un esfuerzo sin precedentes por dar al poder un fundamento racional a principios del siglo XIV, éste filósofo italiano reconoció la división de poderes, la soberanía popular, el control del ejecutivo por el legislativo pero desconoció los derechos fundamentales de la persona.<sup>63</sup> Sin embargo, en su obra *Defensor Pacis* –el defensor de la paz- el concepto de *paz* es entendido como condición esencial de la actividad humana, los fines del Estado ya no descansan en bases religiosas sino en la propia naturaleza humana, lo que pone en entredicho la anterior afirmación. Su tesis versó sobre la necesidad de crear un poder legislativo separado del ejecutivo, para que el primero fuera el apoyo del pueblo desprotegido por la actividad del monarca, con lo cual buscó un equilibrio del poder público mediante un sistema de frenos y balanzas.<sup>64</sup> La teoría marsiliana distingue entre dos tipos de soberanía, la que radica en el pueblo y la que ejerce el príncipe; el poder legislativo pertenece al pueblo, y por tanto, él es el depositario de la soberanía popular; en la concepción de Marsilio, el poder del pueblo es superior al del príncipe, pues éste ejerce sobre aquél un poder de vigilancia sobre su actividad, por lo que puede, incluso, deponerlo del mismo.

Ya en el siglo XVI, en una sociedad aún medieval, Maquiavelo, filósofo y escritor destacado del Renacimiento italiano, recomendaba una constitución mixta; porque en una constitución donde coexistan la monarquía, la aristocracia y la

---

<sup>62</sup> Galindo Camacho, Miguel, *op. cit.*, p. 135.

<sup>63</sup> Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado, op. cit.*, p. 733.

<sup>64</sup> De la Hidalga, Luis, *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, 2008, p. 185.

democracia, cada uno de estos poderes vigila y contrarresta los abusos de los otros.<sup>65</sup> Este pensador sostiene que aunque todas estas formas de gobierno son perjudiciales, en su aspecto positivo por su escasa duración, y en su aspecto negativo por su degeneración (tiranía, oligarquía y demagogia), un legislador prudente y conocedor de estos defectos podría establecer un régimen mixto en el que todas participen, contrarresten o controlen los actos abusivos del poder, lo que redundaría en un régimen más estable.

Con posterioridad, John Locke, uno de los más influyentes pensadores del siglo XVII, en su obra *Ensayo sobre el gobierno civil*, expresó que no debe confiarse a las mismas personas la tarea de hacer las leyes y de ejecutarlas, pues ello daría lugar a su desobediencia y al abuso del poder, por tales razones, el poder Legislativo y el Ejecutivo tendrían que estar separados. Asimismo, propuso la existencia de un tercer poder, al que denominó Federativo, el cual tiene la obligación de velar por la seguridad de sus integrantes en relación con los miembros de otras colectividades.

Al reformular la teoría contractualista del Estado, el filósofo inglés parte de la idea de *estado de naturaleza*, en la que los hombres se encuentran en perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y personas en la manera que les parezca conveniente, dentro de los límites de la ley natural y en una situación de igualdad. Esa misma ley natural, derivada de la razón, confiere a todos los hombres a defender sus privilegios fundamentales –vida, salud, libertad y posesiones-, castigando a quienes no las respeten con un sentido de igualdad proporcional al daño sufrido; sin embargo, esa situación hacía que cada hombre fuera juez de su propia causa y el ejecutor de sus decisiones de reparación; teniendo por consecuencia injusticias, por ello, fue necesario crear, por el acuerdo de todos, una sociedad política en la que en su totalidad residiera el poder soberano, pero su ejercicio sería encomendado a un grupo de personas, en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de cada integrante de la

---

<sup>65</sup> Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, p. 153.

comunidad. Así, el poder se manifestaría como legislativo en el Parlamento y como ejecutivo en los órganos de esa índole; y el poder confederativo, que se ocuparía de las relaciones exteriores –guerra y paz, tratados internacionales, entre otros-.<sup>66</sup> Como podemos observar, para este pensador el poder soberano que reside en la comunidad política, se manifiesta de tres formas: legislativa, ejecutiva y federativa.

Por su parte, Montesquieu, al formular su obra cumbre *El espíritu de las leyes*, desarrolla la teoría de la división de poderes estableciendo algo cualitativamente nuevo, racionaliza perspectivas empíricas del problema, generaliza versiones circunstanciales y formula un modelo de organización en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Consideramos que para una mejor comprensión de las aportaciones a la filosofía política de la división del poder de este destacado pensador, es preciso conocer algunos datos importantes sobre su formación académica, profesional e ideológica. Charles Louis de Secondat, señor de la Bréde y Barón de Montesquieu, nació en 1689 en un castillo próximo a Burdeos, Francia. Estudió Derecho; a partir de 1716, desempeñó el cargo de magistrado, sin embargo, renunció para dedicarse a escribir. En 1721, publicó en Génova las *Cartas Persas*; en 1729, se trasladó a Inglaterra en donde residió hasta 1731, allí estudió la teoría del gobierno británico, conoció la realidad política inglesa y la obra de Locke, a quien admiraba.<sup>67</sup> En 1748, publicó *El espíritu de las Leyes*, obra que se convierte en canónica para el derecho constitucional de la época liberal. Junto con Rousseau, Montesquieu, es el más importante de todos los filósofos políticos de lengua francesa del siglo XVIII.<sup>68</sup> La teoría de la división de poderes desarrollada en el Libro IX de su obra, le valió ser considerado como uno de los filósofos y ensayistas ilustrados más importantes de todos los tiempos, siendo adoptada en las primeras constituciones del Estado Moderno.

---

<sup>66</sup> Cfr. Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado, Teoría Política*, 40a., ed., México, Porrúa, 2014, pp. 93 y 94.

<sup>67</sup> Cfr. Galindo Camacho, Miguel, *op. cit.*, p. 186.

<sup>68</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, 5a., ed., México, Porrúa, 1984, p. 641.

La teoría de la división de poderes de Montesquieu fue desarrollada en un tiempo en el que en Francia predominaba el racionalismo, en los estados generales no había una oposición efectiva al poder absoluto del rey, existían diferencias marcadas entre la iglesia y la nobleza –que conservaba sus antiguos privilegios-, la burguesía o el campesinado-; así como la conciencia de clase, dadas las diferencias sociales; el concepto de los derechos humanos, en la práctica, no tenía contenido real.<sup>69</sup> Con posterioridad, todo ello desató el movimiento por el cual se empezaron a afirmar los principios ideológicos e intereses del pueblo frente al absolutismo de los reyes y a los privilegios que detentaba la nobleza; tratando de destruir las desigualdades, limitaciones y diversas formas de sometimiento mediante la adopción de los principios de equidad y libertad.

Al elaborar su teoría de la división de poderes, Montesquieu buscaba un mayor equilibrio entre los poderes, aun cuando consideraba que siempre debería haber mayor predominio del legislativo, tomó en consideración los vicios que existían en el funcionamiento de las instituciones parlamentarias en Francia comparándolas con las de Inglaterra.

El postulado básico de distribuir el ejercicio del poder legislativo, el ejecutivo, y el judicial en órganos fundamentalmente independientes unos de otros, nació en Montesquieu, por el principio de la moderación política, por la tendencia a buscar la vida práctica en general y en la política en particular, el áureo término medio y, por tanto, el equilibrio entre la autocracia y la democracia extremas.<sup>70</sup> Como podemos observar, a diferencia de John Locke, Montesquieu introdujo al poder Judicial en el reparto de los poderes públicos, pero advirtió al propio tiempo que el diálogo fundamental tenía lugar entre el Ejecutivo y el Legislativo.

La fijación por la división tripartita del poder absorben el examen analítico del autor de Cartas Persas, dejando atrás el derecho natural que para otros autores como Marsilio de Padua y John Locke había sido importante; los derechos de los

---

<sup>69</sup> Cfr. Sabine, George H., "Historia de la Teoría Política", en García y García Miguel, *et. al.*, *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 2016, p. 94.

<sup>70</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, 5a., ed., México, Ediciones Coyoacán, 2015, p. 335.

ciudadanos, en relación a las prerrogativas de los monarcas, no son para él lo fundamental, lo de mayor importancia es más bien el sistema de frenos y balanzas para el equilibrio del poder, donde quedan inmersas otras cuestiones como éstas, siendo por demás destacadas las instituciones políticas, su naturaleza y objeto, pero no limitadas a su propio país sino en una teoría general adaptable a todo Estado, lo cual indudablemente pudo lograrlo en toda su extensión, siendo evidente en la permanencia de sus tesis, aún validas hoy día.<sup>71</sup> En relación con lo anterior, consideramos que el equilibrio entre los órganos de poder y el sistema de pesos y contrapesos redundan en definitiva en un mayor reconocimiento y respeto a los derechos de los ciudadanos y de las personas en general. La distribución de las funciones del Estado en órganos distintos, su regulación y limitación en su actuar, tiene por objeto proteger a los gobernados de los abusos que en el ejercicio del poder pueden cometer los gobernantes.

En efecto, la principal preocupación del filósofo francés fue establecer una organización gubernamental que garantizara mejor libertad política. Sólo es posible la libertad cuando se somete a la ley, más que a una voluntad humana, y cuando se limitan los poderes gubernamentales. Esto fue explicado ampliamente en su teoría y ha sido resumido en concretas frases: *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a dejar de hacer lo que expresamente no prohíbe*. La mejor garantía de libertad y de evitar las tiranías es una separación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El ejercicio de cada poder debe correr a cargo de un órgano particular específico mediante el establecimiento de un sistema de frenos y balanzas.<sup>72</sup> Así, para Montesquieu, dentro de este sistema de frenos y balanzas, el poder Legislativo debería tener la posibilidad de inhibir, en caso de ser necesario, al Ejecutivo, pero este último también debería poseer una facultad equivalente respecto del Legislativo.

---

<sup>71</sup> De la Hidalga, Luis, *op. cit.*, p. 253.

<sup>72</sup> Rabasa, Emilio O., *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, 2017, p. 83-84.

De acuerdo con Montesquieu, son varias las ventajas que se derivan de la división de poderes, entre ellas, la eliminación del peligro de que un órgano ignore cuál es el campo preciso de sus atribuciones y lo desborde, lo que podría suscitarse en el Ejecutivo, que podría adoptar las funciones del legislativo, convirtiéndose en dictador. Esto no resulta extraño si no existe un poder igual que controle al propio poder. Así, correspondiendo a distintos órganos del Estado, ejercer la soberanía en un plano de igualdad, se puede obtener un equilibrio que se traduzca en un prudente ejercicio del poder, en un balance de poderes, en el que un poder sirva de freno y de control al otro. Es la teoría que se conoce como de frenos y contrapesos.<sup>73</sup>

En efecto, el fenómeno del poder ejerce una verdadera obsesión sobre quienes tratan de alcanzarlo y ejercerlo, llegando algunas veces en su búsqueda a actuar de manera irracional o a tener un carácter dominante y compulsivo, es preciso para impedir que eso ocurra, que existan mecanismos de control entre los órganos de poder, y que esos mecanismos se encuentren plasmados en los pactos constitutivos de los Estados para evitar que la voluntad del hombre irracional y enfermo de poder impere sobre la ley.

En su obra *El espíritu de las leyes*, la libertad política del individuo es la tranquilidad del espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad, para que exista libertad es necesario un gobierno. Cuando el legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo no hay libertad, falta la confianza ya que se pueden generar leyes tiránicas; no hay libertad si el poder de juzgar no se encuentra bien separado del legislativo y el ejecutivo, ya que si los jueces no están separados del ejecutivo, el juzgador podría tener la fuerza de opresor. El poder legislativo expresa la voluntad del Estado y el ejecutivo ejecuta la misma voluntad, el poder judicial no tiene por función única aplicar las leyes relativas a los particulares sino que impone límites a los otros poderes. La perfección del Estado consiste en que los poderes al mismo tiempo se auxilian y se complementan entre sí estableciendo un equilibrio en cuanto a sus funciones frente al individuo.

---

<sup>73</sup> Cfr. Porrúa Pérez, Francisco, *op. cit.*, pp. 393-394.

Al respecto, sabemos que el poder soberano es uno solo, pero para su ejercicio este debe encontrarse distribuido en órganos de naturaleza distinta, con atribuciones específicas que impidan que alguno de ellos invada la esfera de competencia de los otros; la relación entre órganos de poder debe ser de coordinación pues los tres coexisten, se auxilian y se complementan para alcanzar, en palabras del célebre escritor francés, la perfección del Estado.

En cuanto al poder legislativo, se compondrá de dos cámaras una que represente a los nobles y otra al pueblo, ya que tiene la delicada tarea de hacer las leyes.<sup>74</sup> Como podemos observar, Montesquieu, adopta en su teoría la institución de la doble asamblea legislativa proveniente de Inglaterra, el sistema bicameral británico se convirtió en un estereotipo adoptado por todas las monarquías constitucionales y las repúblicas parlamentarias de la época, y también ha tenido gran influencia en la construcción de los regímenes democráticos contemporáneos.

Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, perseguía una doble finalidad, por un lado, pretende dar una explicación sociológica del gobierno y del derecho; y por otro, buscó encontrar un remedio para restaurar las antiguas libertades de los franceses. En el primer caso, consideraba al derecho natural como la razón, la cual estaba en contacto con diversidad de circunstancias en las que operaba y que necesariamente las transformaba, de tal suerte que el derecho natural producía instituciones diferentes según el lugar en que se aplicara. En ese sentido, el gobierno y el derecho estaban influenciados por el espíritu de la ley o diversidad de circunstancias, tales como el clima, suelo, religión, costumbres, etcétera, que iban a condicionar lo que en cada caso particular establecería la ley (la razón). En el segundo caso, propuso la división de poderes, pero como un sistema de pesos y contrapesos jurídicos.<sup>75</sup> Es decir, cada tipo de gobierno se origina en base a la propia naturaleza de su organización social y se fortalece en la medida en que se

---

<sup>74</sup> Salazar Mallén, Rubén, "Desarrollo histórico del pensamiento político", en Cruz Gayosso, Moisés, *Teoría General del Estado*, México, Iure, 2006, p. 120.

<sup>75</sup> García y García Miguel, *et. al., op. cit.*, pp. 96-97.



cumplan sus principios de gobierno, el hombre crea las leyes para poder asegurar la libertad individual y la prosperidad social tomando en consideración los aspectos particulares y distintivos de su propia organización social.

Abandonó en la práctica el pacto social, y emprendió un planteamiento sociológico del gobierno y del derecho, mostrando que la estructura y funcionamiento de ambos dependen de las circunstancias en que vive el pueblo.<sup>76</sup> En otras palabras, parte de su teoría se basa en el estudio de la sociedad con el objeto de discernir el tipo de leyes que en base a su naturaleza permitan salvaguardar la libertad individual y el orden público, el espíritu de la ley es entonces, la naturaleza misma de una sociedad y su contenido debe corresponder a su idiosincrasia y trayectoria histórica.

Es indiscutible la influencia de las ideas de Montesquieu en el pensamiento político del constituyente norteamericano y en el pensamiento francés:

En los Estados Unidos y en los regímenes coloniales la pugna entre gobernadores y asambleas, enfatizaron la hostilidad entre el ejecutivo y el legislativo; así, la doctrina de la separación de departamentos fue especialmente bienvenida. La Constitución de Massachusetts de 1780, establece “En el gobierno de este cuerpo político el departamento legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivo y judicial o cualquiera de ellos. El ejecutivo nunca ejercerá los poderes ejecutivo y judicial ni cualquiera de ellos. El judicial nunca ejercerá los poderes legislativo y ejecutivo o cualquiera de ellos para que este sea un gobierno de leyes y no de hombres”.<sup>77</sup> Ya con anterioridad, la Constitución de Virginia de 1776 habría sido la primera en establecer expresamente que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado debían estar separados y distinguirse del poder judicial, no obstante, se hace referencia a la de Massachusetts, por ser la constitución vigente más antigua

---

<sup>76</sup> Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *op. cit.*, p. 72.

<sup>77</sup> *Ibidem* p. 73.

y por su notable influencia en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en cuanto a su estructura y organización.

A la Unión Americana se le atribuye el haberse dado la primera Constitución escrita y de carácter nacional en el mundo a través de la Constitución de Filadelfia de 1787. En palabras del Maestro Sánchez Bringas, “en la Constitución de septiembre de 1789, que es la primera de carácter nacional y escrita, entre otros aspectos, se establece el primer Estado federal; la consagración formal de los poderes y la determinación de la forma republicana y democrática de gobierno. Sin embargo, subsistía la esclavitud”.<sup>78</sup> Este documento, que sintetizaba en disposiciones concretas y precisas, los principios filosóficos y políticos de carácter liberal sostenidos por los grandes pensadores de la ilustración, influyó poderosamente en la conformación de los nacientes Estados americanos y de muchos europeos durante el siglo XIX.

La forma de gobierno presidencial es otra aportación importante de esa Constitución, conforme a éste sistema el poder ejecutivo es depositado en una sola persona a quien se atribuyen amplios poderes políticos y administrativos, aunque no de manera absoluta, pues éste a su vez se encuentra sometido a un sistema de frenos y contrapesos por parte de los poderes legislativo y judicial. Pues en efecto, en esta Constitución se atribuye por primera vez a un órgano jurisdiccional la función de control de la constitucionalidad de las leyes, se establece la independencia de los jueces y se da la creación de una Corte Suprema de Justicia colocada en paridad de rango respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Ahora bien, en Francia, al mismo tiempo se conformaban los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, entre los que destaca, el principio de división de poderes, como resultado de la Revolución Francesa de 1789. La filosofía política y la idea de Constitución para la organización del Estado como emanación de la voluntad popular se impusieron, los principios fundamentales

---

<sup>78</sup> Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1995, p. 71.

tuvieron como punta de lanza la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* proclamada al comienzo de la Revolución, en ella se plasmaron los derechos y libertades individuales con alcance universal, en la cual se inspirarían las demás declaraciones de derechos proclamadas en el mundo moderno. El artículo 16 de la Declaración, promulgada el 26 de agosto de 1789, establecía de manera precisa que: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. En este postulado encontramos claramente plasmado el principio de división de poderes desarrollado por Montesquieu en su teoría, además del reconocimiento de las libertades individuales del hombre y la idea de Constitución para la organización del Estado.

En ese orden de ideas, en 1791, Francia promulgó una Constitución monárquica y parlamentaria, que estableció la separación de poderes.<sup>79</sup> Aunque se suele decir que el Rey y la Asamblea representativa comparten la representación de la nación, de hecho los poderes se entienden como meramente delegados, y por lo tanto la división de poderes se considera un principio subordinado al de la soberanía. El principio de la división de poderes se utiliza para recuperar la figura del Rey, aunque se mantiene una estricta separación entre el legislativo y el ejecutivo.<sup>80</sup> Otros principios que se establecieron en la Constitución de 1791 con el objeto de hacer funcionar al Estado fueron: el principio de representación para el ejercicio del poder, para ampliar su legitimidad y para prevenir el gobierno aristocrático y la corrupción; la limitación del poder gubernamental para excluir toda concentración tiránica del poder de acuerdo con la teoría de Montesquieu; la exigencia responsabilidad política para garantizar el ejercicio de un gobierno responsable; y, la independencia judicial para que la ley prevaleciera por encima del poder y perdurara.

---

<sup>79</sup> *Ídem.*

<sup>80</sup> Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *op. cit.*, p. 75.

En ese mismo país, en 1793 se expide una nueva Constitución, la primera constitución republicana de Francia, en ella se acentúa la unidad y la indivisibilidad de la soberanía hasta el punto en que no se alude a la división de poderes. Acepta el mecanismo de la representación, pero con un límite sustancial: la Asamblea legislativa puede emitir decretos, pero cuando se trata de leyes tiene que someterse a la aprobación del pueblo mediante el referéndum. Con todo ello se acentúa la separación entre los órganos así como la dependencia y subordinación del ejecutivo.<sup>81</sup> No obstante, la vigencia de esta Constitución fue efímera dado el estado de guerra en que entró Francia, tras el golpe de estado termidoriano<sup>82</sup> que concluye con el establecimiento de un nuevo régimen político mediante la Constitución de 1795, la cual también fue una constitución liberal, basada en la soberanía nacional, con división de poderes y el reconocimiento del sufragio limitado.

Ahora bien, Montesquieu, en su momento, atribuyó la libertad de que gozaba la Gran Bretaña a la separación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y a la existencia de frenos y contrapesos entre los mismos, pero es importante subrayar que no contemplaba una separación absoluta entre los tres poderes,<sup>83</sup> puesto que el Legislativo debía reunirse cuando lo convocase el Ejecutivo, y éste a su vez conservaba facultades para intervenir en la producción legislativa; asimismo, en ocasiones, el Legislativo debía ejercer poderes Judiciales extraordinarios, etcétera.

Al respecto, y de acuerdo con André Hauriou, se había interpretado a Montesquieu por lo general como si aconsejase más bien una separación orgánica de las funciones, que una distinción de los poderes.<sup>84</sup> Sus contemporáneos creyeron comprender que el gobierno, el parlamento y, en su caso, los cuerpos judiciales eran, cada uno de ellos, un órgano del Estado, destinado a estar aislado en una función particular; lo que para este autor desembocaba fatalmente en una

---

<sup>81</sup> *ibidem*. p. 76.

<sup>82</sup> Término que se aplica a los diputados de la Convención nacional que precipitaron el arresto y la ejecución de Robespierre

<sup>83</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p.148

<sup>84</sup> *Ibidem* p. 149

separación rígida entre los diversos poderes. Según Hauriou, sería preferible invocar la autonomía de los poderes antes que su separación,<sup>85</sup> afirmación con la que coincidimos, pues, como ha quedado expuesto anteriormente, el poder soberano es solo uno, por tanto, en estricto sentido no puede sostenerse su divisibilidad, los órganos que ejercen el poder del Estado deben actuar con plena autonomía, limitarse entre ellos cuando es necesario, pero también se complementan y en ocasiones actúan en coordinación para el logro de sus objetivos.

A ésta, se han sumado otras críticas a la teoría de la división de poderes de Montesquieu, tal es el caso del jurista francés León Duguit, quien afirmó que la absoluta separación de poderes era una ilusión, que desde el punto de vista lógico no podía concebirse, porque cualquier manifestación de la voluntad del Estado exigía el concurso de todos los órganos que constituyen la persona del Estado; por tanto, el gobierno parlamentario no se basa en la separación de poderes, sino en la colaboración y solidaridad entre ellos.<sup>86</sup> En efecto, coincidimos con el autor dado que en la dinámica jurídico política del Estado, en ocasiones no es posible adoptar el principio rígidamente, pues entre las funciones de los órganos estatales existen múltiples relaciones regidas primordialmente por el ordenamiento constitucional y que, al actualizarse, generan una colaboración en dichos órganos y suponen una interdependencia entre ellos como fenómenos sin los cuales no podría desarrollarse la vida institucional de ningún Estado.

Por su parte, el filósofo alemán Karl Loewenstein, sostuvo que la concepción tradicional de la división de poderes era obsoleta; y precisó que su concepto real, debería entenderse en el sentido de que el reconocimiento, por una parte, de que el Estado tiene que cumplir determinadas funciones, y por otra, que los destinatarios del poder resultaran beneficiados si estas funciones son realizadas por distintos órganos; la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes;

---

<sup>85</sup> *Ídem.*

<sup>86</sup> Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *op. cit.*, pp. 79-80.

así, esta se traduce en la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político.<sup>87</sup> Como podemos observar, este autor considera a la distribución de funciones un control recíproco del poder en sí, que cumple con la finalidad ideológica del principio de división de poderes, en la medida que los órganos del Estado cumplan con las funciones que les han sido encomendadas se verá garantizada la libertad individual de las personas.

En consecuencia, propuso una división tripartita de las funciones de los órganos que concretan el poder del Estado, en la que cada una de aquéllas se concretará en aras de la colaboración de los propios órganos constituidos, y dependiendo de la forma de gobierno, sea presidencial o parlamentario:<sup>88</sup>

- a) La decisión política conformadora o fundamental;
- b) La ejecución de la decisión; y
- c) El control político.

La decisión política consiste en la elección de una entre varias posibilidades políticas fundamentales; la ejecución de la decisión política, hace referencia a la implementación de la misma; y, el control político, surge de la verificación de que la decisión política sea cumplimentada, siendo el más efectivo, la distribución de funciones del Estado en diversos depositarios de poder.

El jurista francés Charles Eisenmann, expresó que la teoría de Montesquieu, no fue la de una separación propiamente dicha de poderes, ya que esa expresión se entendía como el principio conforme al cual las diferentes funciones estatales debían ejercerse por órganos distintos; es decir, que debe haber tantos órganos como funciones existan. Y, destacó que no era necesario, para que los poderes – funciones-, estén separados, que los órganos de las diferentes funciones no tuvieran ningún elemento en común; pues basta que no sean idénticos.<sup>89</sup> Para este

---

<sup>87</sup> *Ibidem.* p. 81.

<sup>88</sup> *Ídem.*

<sup>89</sup> *Ibidem.* p. 82.

autor, Montesquieu sustentó una concepción negativa de la división de poderes, con el propósito de impedir que todos los poderes se confiaran a un solo órgano, pero no recomendó en absoluto especializar a dichos órganos.

Explicó que los poderes legislativo y ejecutivo, han querido investir el poder supremo del Estado conjuntamente, por lo que el Parlamento y el gobierno, hacen que su acuerdo sea necesario y libre; lo que presupone que ambos sean jurídicamente independientes uno del otro. Funcionalmente, serán jurídicamente iguales, es decir, no están subordinados. Así, el Rey complementa al órgano legislativo por su derecho de veto.<sup>90</sup> Efectivamente, consideramos que en la elaboración de la ley, las facultades que le son atribuidas tanto al órgano legislativo como al ejecutivo se traducen en relaciones de colaboración, en las que necesariamente tiene que mediar acuerdo entre ambos órganos para que el producto –la ley- redunde en beneficio de sus destinatarios, el acuerdo debe ser libre, y constituye un mecanismo de control efectivo para evitar que la ley se elabore de manera precipitada o irresponsable.

No obstante las críticas expuestas a la teoría de Montesquieu, es innegable que ésta ha tenido gran influencia en la conformación de los estados modernos, aunque se puede decir que no ha sido aplicada en toda su pureza, ante la imposibilidad de hacerlo, ya que la absoluta separación de poderes impediría la unidad estatal evitando que el Estado cumpliera sus fines.<sup>91</sup> En tales circunstancias, se puede afirmar que entre los tres poderes del Estado no existe una separación total y excluyente, sino que cada uno de ellos, tiene asignada una función predominante, sin que ello impida que a su vez, tengan atribuidas otras funciones que son propias de los otros dos poderes.

En ese orden de ideas, y con el fin de encontrar una significación real y doctrinaria de las funciones del Estado realizadas por los poderes u órganos

---

<sup>90</sup> *Ibidem.* p. 82-83.

<sup>91</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p. 150

primarios, ha sido necesario analizar sus funciones desde dos puntos de vista: el formal y el material.<sup>92</sup> Desde el punto de vista formal, se analiza la función en relación con el órgano que la realiza, es decir, el poder legislativo, el ejecutivo o el judicial; desde el punto de vista material, se analiza la función tomando en consideración la naturaleza intrínseca del acto propiamente dicho. Por ejemplo, un reglamento es un acto formalmente administrativo, porque lo elabora y emite el poder ejecutivo; pero desde el punto de vista de la naturaleza intrínseca de la función, es un acto materialmente legislativo, porque en tal virtud se emiten normas jurídicas generales, abstractas e impersonales que son las características que reviste la ley.

Así, explica el Mtro. César Nava, en la separación flexible, los poderes actúan en sus esferas de competencia, pero desarrollan en forma flexible las atribuciones que les han sido conferidas, interactuando con los otros poderes; esa flexibilidad no supone la autorización a los poderes para su indebida intromisión en los asuntos que no son de su competencia.<sup>93</sup> Esto quiere decir que esa flexibilidad no queda al arbitrio de los órganos del Estado, sino que debe estar prevista, regulada o atribuida directamente en las normas jurídicas fundamentales que constituyen al Estado. Es decir, sabemos que al Congreso, Parlamento o Asamblea corresponde de manera predominante ejercer la función legislativa, pero eso no impide que dentro de su esfera de competencia le sean atribuidas, aunque en mucho menor grado, otras funciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional; lo mismo sucede con el poder Ejecutivo, a quien se le asigna de manera predominante la función administrativa pero que, en menor medida, también se le atribuyen funciones de naturaleza legislativa y jurisdiccional. En otras palabras, en la actual interpretación de la teoría de división de poderes, no se puede decir que de manera tajante todo lo relativo a la función legislativa corresponde única y exclusivamente al poder Legislativo, o que todo lo relativo a ejecución y administración corresponde de

---

<sup>92</sup> *Idem*

<sup>93</sup> Cfr. Nava Vázquez, César, *La División de Poderes y de Funciones en el Derecho Contemporáneo Mexicano*, México, Porrúa, 2008, pp. 2-3.



manera absoluta al poder Ejecutivo, o bien que todo lo relativo a la función jurisdiccional corresponda al poder judicial.

En síntesis, en la actualidad, las funciones del Estado se distinguen de dos formas: orgánica o formal y objetiva o material; dichas funciones deben estar previstas y reguladas por el ordenamiento jurídico, no están sujetas a la voluntad de los depositarios del poder, de manera que si un órgano realiza una función que le ha sido atribuida a otro por mandato constitucional o legal, el poder que ejerce ese órgano debe ser limitado y controlado por el propio poder, mediante los mecanismos previstos en la propia Constitución.

## **2. Las funciones del Estado**

De acuerdo con los diversos enfoques y nuevos elementos que han enriquecido la teoría clásica de la división tripartita del poder, puede afirmarse que dicha teoría implica una clara distribución de las funciones del Estado entre los distintos órganos que las ejercen –Legislativo, Ejecutivo y Judicial- con límites precisos. Las funciones del Estado se encuentran directamente relacionadas con los fines del Estado, que no pueden ser otros que los fines propios de los seres humanos que lo habitan –llámese pueblo o población-, son éstos los que justifican su existencia, y en la medida en que sean cumplidos garantizan su subsistencia y consolidación.

Las funciones del Estado son las actividades y diversas formas en que se manifiesta la voluntad estatal para realizar sus fines. Los fines del Estado son las metas o propósitos generales que la evolución política ha reconocido y que se incorporan al orden jurídico general. Tales fines se mencionan de forma expresa en la legislación o resultan del engranaje político-administrativo. El Estado en su consideración institucional se forma con el conjunto de los órganos a los que asigna la misión de gobernar una nación. Los fines se incorporan a la legislación y se traducen en un conjunto de tareas, atribuciones o cometidos, que deben ejecutar

los gobernantes al servicio de la comunidad; dichas tareas son: unas que establecen las relaciones entre el Estado y la población; y otras las relaciones entre el Estado y el resto de la comunidad internacional. Para realizar sus fines el Estado ejerce ciertas funciones.<sup>94</sup> En efecto, las funciones del Estado tienen un apoyo lógico y jurídico, la doctrina clásica y el derecho positivo han reconocido tres funciones esenciales para que el Estado realice sus fines: la función legislativa, que es la actividad realizada por el Congreso, Parlamento o Asamblea, encaminada a crear el orden jurídico general que regule las relaciones entre los órganos de poder, sus relaciones con los gobernados y las de éstos entre sí; la función ejecutiva o administrativa, que ha sido dividida en dos ramas, la que se refiere a los actos políticos o de gobierno propiamente dichos y la relativa a los actos administrativos;<sup>95</sup> y la función judicial o jurisdiccional, que es la actividad relativa a la aplicación de las normas jurídicas para la resolución de controversias.

La Doctora Arnaiz Amigo, se refiere a las funciones del Estado como un reparto de actividades del poder, para debilitar la tendencia a la absolutización, en detrimento de las bases democráticas sociales.<sup>96</sup> Como podemos observar, el criterio de la citada autora se formula en base a la teoría clásica de la división de poderes y contiene los elementos esenciales de la misma: la división de funciones, a lo que llama “reparto de actividades del poder”; para evitar su concentración, que en otras palabras expresa como “debilitar la tendencia al absolutismo”, con el propósito de garantizar la libertad, lo cual traduce en “debilitar” esa tendencia para proteger “las bases democráticas sociales”.

Además, aclara la Doctora, que de las tres funciones del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial, las dos primeras contemplan más directamente la creación del derecho y su realización en el marco de los límites que la ley impone a los gobernantes. Refiriéndose propiamente al derecho interno del Estado, ya que en el

---

<sup>94</sup> Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Ciencia Política, la proyección actual de la Teoría General de Estado*, 13a ed., México, Porrúa, 1995, pp. 557-558.

<sup>95</sup> Galindo Camacho, Miguel, en Garita Alonso, Miguel Ángel, *et al., op. cit.*, p. 150

<sup>96</sup> Arnaiz Amigo, Aurora, *op. cit.*, p. 295.

ámbito internacional la soberanía no rige con la amplitud debida, sino el compromiso contraído por los organismos firmantes de la comunidad internacional.

Por su parte Jellinek, precisó que el Estado como toda asociación humana requiere de órganos que expresen su voluntad y den a entender el contenido de su acción. El poder del Estado no se deja de fraccionar en sus manifestaciones exteriores, de suerte que pueda hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes. Fueron las consideraciones respecto de sus fines las que han determinado las funciones que a cada órgano se habrían de encomendar. Aún en los países en donde está reconocida la separación de los poderes, no es posible realizarla de una manera completa. De esto se deduce la necesidad de separar las funciones en materiales y formales, esto es, distinguir las grandes direcciones de la actividad del Estado y las de determinados grupos de órganos.<sup>97</sup> Al respecto, coincidimos con Jellinek en que el Estado como institución organizada políticamente requiere expresar su voluntad a través de distintos órganos que le den contenido a su acción y justifiquen su existencia. Sin embargo, el poder estatal no se puede fraccionar con base en sus manifestaciones exteriores, porque el poder soberano es uno solo, en esencia indivisible, en realidad lo único que se puede separar son las funciones que han de ser atribuidas a cada uno de los órganos primarios del Estado, y aun en ese caso, tal como lo sostiene el jurista alemán, esta separación no puede ser rigurosa ni tajante, de ahí que surja la necesidad de separar las funciones del Estado en formales y materiales, tal como ha queda explicado en párrafos anteriores.

Hermann Heller, al respecto destacó que la función del Estado determinada por el territorio se hace necesaria, en el momento en que se llega a cierta etapa caracterizada por el sedentarismo y por una división del trabajo muy desarrollada. Y, consiste en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común, que

---

<sup>97</sup> Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, 2a., ed., trad. de Fernando de los Ríos Urruti, México, Compañía Editorial Continental, 1958, pp. 495-496.

armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante.<sup>98</sup> Recordemos que Heller, fue un pensador que defendía el Estado democrático y un Derecho basado en las relaciones reales de poder que permitiría la transformación de la sociedad. Sostenía la concepción sociológico-jurídica del Estado y del Derecho como elementos correlativos que se necesitaban mutuamente para su propia existencia; pero el Derecho sería el que conformase el poder y estaría sometido a ciertos límites. La concepción que asumió sobre el socialismo buscaba, una homogeneidad social como condición necesaria para la democracia, ello se puede inferir de las partes de su estudio dedicadas a las funciones sociales del Estado. Asimismo, conceptualiza al Estado con las características que le habían sido ya atribuidas hasta entonces al Estado moderno, haciendo especial énfasis en el poder territorial soberano.

Es por ello que, para este destacado jurista, la función del Estado se encuentra determinada por el territorio y se caracteriza por una división del trabajo que aplicada a la teoría constitucional resulta muy desarrollada. Ésta consiste en la organización de la cooperación social y territorial basada en una forma de vida común que haga posible la avenencia de intereses dentro de un mismo espacio territorial, y que a su vez se encuentra delimitado por otros grupos territoriales de naturaleza similar, es decir, otros Estados.

En relación con lo anterior, Serra Rojas explica que las funciones que realiza el Estado corresponden a las funciones de una comunidad, si tomamos en cuenta que toda organización política se justifica por la forma como atiende a las grandes necesidades colectivas.<sup>99</sup> En ese sentido, para cumplir con sus fines el estado tiene que desplegar su función, esa función se traduce en diversas actividades atribuidas a los distintos órganos del Estado, sólo a través del ejercicio de estas funciones, la entidad estatal puede cumplir con los fines que le dan origen y lo justifican. En

---

<sup>98</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 2a., ed., trad. de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 260.

<sup>99</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 29a ed. México, Porrúa, 2010, p. 42

nuestra opinión, las funciones del Estado se traducen en actividad, dicha actividad se manifiesta a través de las formas y los medios regulados por el derecho para realizar los fines del Estado.

Luego entonces, en toda organización política deben existir tres funciones indispensables: la función legislativa, encargada de crear las normas de carácter general que regulen las relaciones del Estado con los particulares y de los particulares entre sí; la función ejecutiva, encargada de hacer cumplir la ley y de administrar el patrimonio del Estado atendiendo siempre al interés público; y la función jurisdiccional, encaminada a aplicar la ley para dirimir controversias, para decir el derecho, tutelar el ordenamiento jurídico y hacer valer los derechos fundamentales de las personas.

### **2.1 Función Legislativa y el principio de Soberanía.**

La función legislativa es aquella actividad atribuida predominantemente al órgano legislativo, llámese Parlamento, Congreso o Asamblea, a quien se le confía la importante labor de crear las leyes (el derecho) que han de regir en un espacio geográfico determinado (territorio), y que regularán la conducta de las personas (población), así como las relaciones entre los órganos del Estado y de éstos con los particulares (gobierno), en ejercicio del poder público que emana de la voluntad soberana. Aunque en la actualidad, los órganos legislativos tienen también a su cargo otras atribuciones esenciales como la función representativa, la de dirección política, la deliberativa, la electoral, la jurisdiccional, la financiera y la de control del gobierno, esta última con mayor rigidez en los regímenes parlamentarios, que no encuadran dentro de la función legislativa propiamente dicha.

La función legislativa fue definida por Alessandro Groppali como la actividad del Estado que tiende a crear el ordenamiento jurídico y que se manifiesta en la elaboración y formulación, de manera general y abstracta, de las normas que regulan la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos, las relaciones

entre el Estado y ciudadanos y las de los ciudadanos entre sí.<sup>100</sup> Una sencilla definición es la que comparte este tratadista italiano, en ella podemos observar las características obligadas de la norma jurídica -generalidad y abstracción- y su finalidad, que es la regulación de la organización y funcionamiento de los órganos del Estado y las relaciones de éstos con los ciudadanos.

Para González Uribe, la función legislativa, tiene por objeto crear, modificar y revocar las leyes que rigen un país. Su misión es crear el derecho positivo y verificar que responda a las necesidades reales de la población. Se dice que es materialmente legislativa, cuando de ella emanan verdaderas leyes; y formalmente legislativa, cuando la actividad de que se trata la realizan los órganos previstos por la constitución para tal fin.<sup>101</sup> En otras palabras, en sentido formal es la función desarrollada por el Congreso, Parlamento o Asamblea; y en sentido material, se refiere a la naturaleza de la norma jurídica, es decir, que cuenta con las características de generalidad, abstracción e impersonalidad, aun cuando ésta no emane de un proceso legislativo, por lo que no se le puede atribuir el carácter de Ley.

El Dr. Jorge Fernández Ruiz, explica lo anterior de la siguiente manera: con un criterio orgánico y subjetivo, en sentido formal se entiende por función legislativa la actividad desarrollada por el órgano legislativo en ejercicio del poder público; en cambio, con un criterio objetivo, en sentido material, la función legislativa viene a ser la actividad desarrollada en ejercicio de la potestad estatal para crear la norma jurídica.<sup>102</sup> Y agrega, la función legislativa habrá de ejercerse a través del acto legislativo, entendido materialmente como el que crea una situación jurídica general, abstracta, impersonal, objetiva, obligatoria y coercitiva.

Por su parte, Serra Rojas afirma que la función legislativa es la actividad en virtud de la cual se crean las normas que regulan la conducta de los individuos y la

---

<sup>100</sup> Porrúa Pérez, Francisco, *op. cit.*, p. 398.

<sup>101</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política, op. cit.*, pp. 373-374.

<sup>102</sup> Fernández Ruiz, Jorge, Poder Legislativo, 4ª edición, México, Porrúa, 2015, p. 176

organización social y política del Estado, dicha actividad se encuentra subordinada al orden jurídico y es encomendada formalmente al poder legislativo y solo por excepción con expresa indicación constitucional, pueden los otros poderes realizar actos legislativos,<sup>103</sup> Es decir, ningún otro órgano del Estado puede crear leyes, pues esta competencia se encuentra reservada de manera exclusiva al Poder Legislativo; sin embargo, esta actividad no debe ser confundida con la función normativa secundaria que ejerce el poder Ejecutivo al reglamentar las leyes que expide el legislativo con el objeto de pormenorizar y detallar las leyes de contenido administrativo que dicte dicho poder para facilitar su mejor ejecución o más adecuada aplicación.

En relación a la forma en que puede ejercerse la función legislativa, González Uribe presenta los siguientes esquemas:<sup>104</sup>

- a) En los regímenes democráticos constitucionales –monarquía o república-, es el Parlamento o Congreso el que dicta las leyes y el Jefe del Estado es quien las sanciona.
- b) En otros países la función legislativa se atribuye exclusivamente al Parlamento, sin intervención del Jefe del Estado o del pueblo.
- c) En otros, el Parlamento dicta las leyes, pero se acude subsidiariamente al referéndum popular, en el caso de leyes constitucionales y financieras, para que éstas tengan plena validez y vigencia.

Como podemos observar, en cada Estado la función legislativa se manifiesta de diferente manera, esto obedece al régimen de gobierno que se adopte, pero como afirma la Doctora Arnaiz Amigo, la función legislativa y la ejecutiva contemplan con mayor frecuencia y más directamente la creación del derecho, o por lo menos, eso es lo que se observa en la evolución del Estado contemporáneo.

---

<sup>103</sup> Cfr. Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 43

<sup>104</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política, op. cit.*, pp. 373-374.

La función legislativa refleja la potestad y el imperio del Estado al crear la norma jurídica, o sea la regla de conducta externa humana de carácter, abstracto, impersonal, general, obligatorio y coercitivo;<sup>105</sup> dichas normas emanan del poder legislativo ordinario por lo que se les atribuye el carácter de ley; por tanto, en ejercicio de la función legislativa, el Congreso, la Asamblea o el Parlamento, pueden, no solo crear las leyes, sino también, modificarlas, adicionarlas, derogarlas o abrogarlas, siempre en aras de procurar el bienestar de la sociedad a quien van dirigidas.

### **2.1.1. Función Legislativa: Constituyente y Ordinaria**

Ahora bien, resulta de singular importancia distinguir la función legislativa constituyente de la función legislativa ordinaria, esto nos ayuda a diferenciar la naturaleza y jerarquía de las normas jurídicas, pues dependiendo del órgano que las expide será el grado de importancia que les corresponda. De acuerdo con Kelsen, una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra de rango superior, presentándose un vínculo de supra y subordinación.<sup>106</sup> Es decir, la norma que determina la creación de otra, es superior a ésta, y la creada de acuerdo a tal regulación, es inferior a la primera.

En ese orden de ideas, la función legislativa constituyente, es la actividad fundamental del Estado, encaminada a la creación, adición o reforma de las normas constitucionales.<sup>107</sup> Es decir, las normas fundamentales del Estado, las de rango superior, aquellas que gozan de supremacía. Esta función a su vez, se distingue en originaria y permanente; el Poder Constituyente Originario, es aquél que le da forma política a un Estado o permite que este vuelva a fundarse después de un movimiento revolucionario; el Poder Constituyente Permanente, es un poder constituido, es decir, creado por el constituyente originario, a quien se le atribuye la importante

---

<sup>105</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Poder Legislativo*, op. cit., p. 176

<sup>106</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 146

<sup>107</sup> Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 44



tarea de ir adaptando las normas constitucionales a los cambios o transformaciones de la sociedad a través de adiciones o reformas. Tema que abordaremos ampliamente en el siguiente capítulo.

La función legislativa ordinaria, es aquella que realiza normalmente el poder legislativo y es la actividad fundamental del Estado encaminada a la creación de la ley, es decir, los actos regla son aquellos que generan situaciones jurídicas generales.<sup>108</sup> A diferencia de la función legislativa constituyente que se ejerce por una asamblea Extraordinaria o Congreso Constituyente cuya única función es crear la Constitución, la función legislativa ordinaria, recae en una Asamblea, Parlamento o Congreso de la misma naturaleza –ordinaria- cuya función principal es crear las leyes que reglamenten los postulados constitucionales, que hagan posible la aplicación o pormenoricen su contenido.

Al respecto, el maestro González Uribe, explica que la función legislativa se clasifica en constituyente y ordinaria. La primera es aquella que tiende a crear y definir la competencia de los órganos inmediatos o constitucionales del Estado, especialmente en las circunstancias más graves de la vida política de un país, ya sea después de una revolución que ha subvertido el orden existente o de un cambio decisivo en las corrientes de opinión pública.<sup>109</sup> La segunda, actúa normalmente dentro del orden jurídico creado por la Constitución, y su misión es dar las leyes y decretos relativos a la organización y funcionamiento del Estado ya constituido.<sup>110</sup> Luego entonces, la función legislativa constituyente es política y no jurídica, no puede tener dicha naturaleza porque ella es el origen del Derecho. En tanto que el poder legislativo ordinario, es creado por el Constituyente para legislar, sus atribuciones se encuentran previstas en la Constitución quien limita su actuar a la competencia que ella misma le otorga.

---

<sup>108</sup> *Ibidem* p. 46

<sup>109</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, *op. cit.*, pp. 373-374.

<sup>110</sup> *Idem*

Por otra parte, Ricardo Guastini, define la función legislativa como aquella que consiste en la producción de normas generales y abstractas, y agrega que las funciones jurisdiccional y ejecutiva, están jurídicamente subordinadas a ésta, en virtud de que presuponen lógica y cronológicamente normas que aplicar; asimismo, señala que es ejercida de forma centralizada por una asamblea o colectivamente por dos distintas asambleas.<sup>111</sup> En la última parte de su afirmación, este destacado jurista hace referencia al sistema unicameral o bicameral en que puede funcionar el poder legislativo al señalar que la función legislativa se puede ejercer de manera centralizada o colectivamente.

Mención aparte merece la primera afirmación del citado autor al afirmar que tanto la función ejecutiva, como la jurisdiccional, se encuentran subordinadas a la legislativa, dado que la actuación de estos órganos presupone la existencia de normas que aplicar, normas que evidentemente emanaron con anterioridad del poder legislativo, situación con la que estamos de acuerdo siempre y cuando se refiera a la función legislativa ordinaria, pues como se explicó anteriormente, el órgano legislativo, no puede crear normas jurídicas contrarias a las decisiones políticas fundamentales que han quedado plasmadas en el pacto constitutivo del Estado, por tanto, es su obligación legislar conforme a lo previsto por el Constituyente, pues si con las leyes que emita el legislativo ordinario vulnera la competencia o las atribuciones reconocidas en la Constitución a los otros órganos del Estado, su actuar estaría viciado y carecería de validez.

### **2.1.2. Función legislativa y soberanía**

Función legislativa y soberanía son dos conceptos que dentro de la teoría constitucional no se pueden separar. En líneas anteriores se ha afirmado que la función legislativa es la actividad del Estado que tiende a crear el ordenamiento jurídico que ha de regular la conducta de los individuos y la organización social y

---

<sup>111</sup> Guastini, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, Fontamara, 2003. p. 60-62.

política de la entidad estatal, atribuida primordialmente al órgano legislativo sin que ello sea obstáculo para que, materialmente, puedan realizarla los otros órganos primarios del Estado. Por otra parte, en el capítulo anterior comentamos que la soberanía ha sido definida por destacados autores como “la capacidad que tiene el Estado de determinarse a sí mismo desde el punto de vista jurídico” (Jellinek), como “el ejercicio de la voluntad general” (Rousseau), como “una cualidad del orden jurídico que consiste en que éste sea supremo” (Kelsen). En otras palabras, la soberanía es la capacidad que tiene el Estado para autogobernarse y autodeterminarse a través del ordenamiento jurídico, es también la expresión de la voluntad general que se manifiesta a través de la ley, y la cualidad del orden normativo que le permite gozar de supremacía. Luego entonces, la soberanía de la entidad estatal se manifiesta a través del orden normativo que crea el propio Estado por conducto del órgano legislativo, llámese Congreso, asamblea o Parlamento, sea en asamblea extraordinaria u ordinaria, es decir, en función legislativa constituyente o función legislativa ordinaria.

El vínculo existente entre ambos conceptos, queda de manifiesto al dilucidar el problema de la titularidad de la soberanía, el cual se presenta en dos aspectos: entendida como concepto político, a partir del cual se puede realizar un análisis específico y de sus características; y por otro, como noción jurídica.<sup>112</sup> Desde el punto de vista del derecho político, el poder, además de ser un elemento del Estado es el vínculo que sujeta a los otros dos elementos –territorio y pueblo- cuando el poder reconoce la existencia de otros poderes similares (Estados de la comunidad internacional) pero no admite la existencia de otro igual a él, se conceptualiza entonces como Soberanía.

Actualmente, la mayoría de los países en el mundo coinciden en que la soberanía del Estado radica en el pueblo o en la nación, y aunque sabemos que ambos conceptos tienen un significado distinto, desde el punto de vista sociológico

---

<sup>112</sup> Andrade Sánchez, Eduardo J., *Teoría General del Estado*, 2a., ed., México, Oxford University Press, 2003, p. 432

se identifican y se acercan cada vez más. El poder, en estricto sentido, es inmaterial y por tanto indivisible, en consecuencia, la soberanía es también una sola y permanece indivisible en su sede natural: el pueblo o la nación, pero es posible delegar su ejercicio en sus representantes.<sup>113</sup> La creación real del derecho, o sea la conversión de poder en derecho, que es la característica de la soberanía, radica en el estudio de lo que la politología estadounidense ha llamado el proceso de decisión *making*, esto es, la forma como efectivamente se toman las decisiones que se convierten en jurídicamente obligatorias para la comunidad.<sup>114</sup> Este modelo o proceso racional de toma de decisiones hace referencia a la forma en que deben tomarse decisiones en organizaciones complejas con base en los procesos conductuales y cognitivos de los seres humanos. El Estado es, por supuesto, una organización compleja y el ejercicio de su soberanía implica como mencionábamos anteriormente la capacidad de autodeterminación, relativa a la toma de decisiones con plena autonomía y sin interferencia de influencias externas.

Si partimos de la base de que el pueblo tiene como atributo de esencia el ser soberano, es lógico inferir que es a él a quien corresponde, en principio, el ejercicio de la soberanía, pero en atención a circunstancias de índole práctica, frecuentemente no puede ejercerla de manera directa, de tal manera que delega su ejercicio en órganos por él creados expresamente en la Constitución, los cuales ejercen el poder soberano popular en forma derivada. Se recurre entonces a la teoría de la representación para organizar y determinar el diario ejercicio del poder, siempre en beneficio del pueblo y siempre por vía de la delegación,<sup>115</sup> sin que ésta delegación pueda significar que el pueblo lo enajena, o que éste deje de ser su depositario.

En este orden de ideas, el pueblo es el depositario de la soberanía y éste la ejerce a través de sus representantes, dicha soberanía se puede manifestar de

---

<sup>113</sup> Barragán Barragán, José, *Conceptos mínimos sobre la soberanía*, México, IJ UNAM, p.442 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/20.pdf>

<sup>114</sup> Andrade Sánchez, Eduardo J., *op. cit.*, p. 434.

<sup>115</sup> Barragán Barragán, José, *op. cit.*, p.447

diversas formas, pero en relación con la función legislativa podemos mencionar las siguientes.

En nuestra opinión, se manifiesta en grado máximo cuando se convoca a una Asamblea Constituyente para elaborar y, en su caso, aprobar, una Constitución. Dicha asamblea delibera y resuelve de manera definitiva sobre cómo ha de ejercerse el poder soberano; la forma de Estado y la forma de gobierno que más le conviene adoptar; la separación de las funciones del Estado en distintos órganos – generalmente, legislativo, ejecutivo y judicial- la distribución de sus competencias, su organización y funcionamiento; en la separación del poder pueden adoptarse fórmulas más o menos flexibles, como para atribuir funciones materialmente legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales, en mayor o menor grado, a los distintos órganos del Estado, crear un cuarto poder, o algún otro órgano constitucional autónomo.

Asimismo, dentro de éste apartado de la división del poder para su ejercicio, tenemos que la soberanía también se puede manifestar en la configuración del denominado comúnmente por la doctrina, poder *revisor*, *poder reformador*, o *constituyente permanente*, el cual se encarga de ir adecuando la Ley Fundamental a las circunstancias cambiantes de la realidad social; el poder revisor de la Constitución es también un poder constituido, como lo son, en su caso, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, por lo tanto se encuentra sujeto a la competencia que le atribuye el texto constitucional, sobre el cual abundaremos en el siguiente capítulo.

Otra forma de manifestación de la soberanía se observa en la encomienda que se hace al poder legislativo ordinario -integrado regularmente por representantes de la nación- a quien se atribuye la creación del orden normativo interno del Estado, actividad que evidencia la potestad y el imperio del mismo dada la supremacía de que gozan las leyes emitidas por los órganos legislativos, sean estos Congresos, Asambleas o Parlamentos.

## 2.2. Función Administrativa

La función administrativa, es aquella que formalmente pertenece al Poder Ejecutivo, aunque materialmente puede ser ejercida por los demás Poderes del Estado.<sup>116</sup> Tanto el Poder Legislativo como el Judicial, realizan actos que por su naturaleza son actos administrativos, como por ejemplo, el nombramiento de sus empleados,<sup>117</sup> o la administración de su presupuesto.

Como todas las funciones Estado tiene por objeto la satisfacción de las necesidades públicas pero a diferencia de la legislativa y la judicial ésta se lleva a cabo de manera constante y permanente, tiene por contenido fundamental las actividades del poder Ejecutivo que son complejas y de difícil acotamiento, por esa razón hay quienes han tratado de definirla por exclusión al sostener que será administrativa toda función pública diferente a la legislativa y a la judicial,<sup>118</sup> afirmación que dada la transformación de la teoría clásica de la división de poderes en la teoría moderna de separación de funciones y de órganos, no es posible conceptualizarla de manera tan simple, pues con la aparición de las funciones administrativas emergentes,<sup>119</sup> como la fiscalizadora, la electoral, la regulación monetaria, la registral, entre otras, hacen inaceptable dicha definición.

La función administrativa se refiere a la actividad ejecutiva, encaminada a la actuación directa de las leyes, y la función gubernamental, que custodia los asuntos del Estado y tiende a la satisfacción de los intereses y necesidades de la colectividad. Asimismo, le corresponde la función política de coordinación de los poderes del gobierno y la alta dirección del Estado.<sup>120</sup> Esta definición distingue el carácter administrativo del carácter político de la función administrativa, pues, por un lado nos dice que dicha función tiende a la satisfacción de las necesidades de la

---

<sup>116</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, op. cit., p. 376.

<sup>117</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 64.

<sup>118</sup> Jellinek, en Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, 7ª ed., México, Porrúa, 2016, p. 54

<sup>119</sup> *Idem*

<sup>120</sup> Porrúa Pérez, Francisco, op. cit., p. 404.

colectividad, que regularmente se lleva a cabo mediante la prestación de los servicios públicos, limitando su actuar al cumplimiento de las leyes en la materia, y por otra, menciona la coordinación de los poderes del gobierno y la alta dirección del Estado, haciendo referencia a la función de jefe de gobierno y jefe de Estado que recaen en el poder Ejecutivo.

Por su parte, Andrés Serra Rojas señala que la función administrativa es encausada por el derecho administrativo que forma el conjunto de normas que rigen a la administración pública, a los servicios públicos y demás actividades relacionadas con dicha función. Consiste en tomar decisiones particulares, creadoras de situaciones jurídicas concretas, bajo la forma de actos condición y de actos subjetivos y se encamina a la satisfacción de las necesidades de interés público.<sup>121</sup> Además, afirma que los elementos de dicha función son los siguientes: a) Se trata de una función jurídica del Estado; b) Los actos concretos que la comprenden se realizan con vista a la creación y funcionamiento de un servicio público y al cumplimiento concreto de los fines generales que la legislación contiene; y, c) La creación de un orden jurídico que se aplica a la administración pública y a las personas que establecen relaciones con ella.

Kelsen afirmó que la administración estatal, como cualquier otra actividad del Estado, no puede comprenderse sino como contenido de las normas de Derecho, ni puede traducirse en otro cosa que en actos jurídicos; los fines de poder o cultura, así como el fin jurídico, no son dos opuestos contradictorios, porque el Derecho es la forma o el medio específico de afirmar el poder o impulsar la cultura; desde el punto de vista teleológico, la función jurídica del Estado –legislación y jurisdicción–, es un medio al servicio del fin del poder o de cultura, es decir, una función que sirve para firmar el primero e impulsar la segunda.<sup>122</sup> Aquí observamos que en un criterio puramente positivista el jurista vienés explica que el fundamento jurídico de la administración pública está constituido por las leyes administrativas; la función

---

<sup>121</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 67-69.

<sup>122</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 309.

administrativa, tiene a su cargo concretar la ley, el particularizarla para que de este modo se cumpla la voluntad del legislador; la acción administrativa provee el mantenimiento de los fines públicos. En la función administrativa como en la jurisdiccional, hay también creación de normas jurídicas, por esa razón, para él toda la actividad del Estado es creadora del orden jurídico.

En cuanto las particularidades de la función administrativa, Emilio Rabasa destaca las siguientes:<sup>123</sup>

- a) El órgano administrativo es parte interesada dentro de las funciones que realiza;
- b) Su fin es el desarrollo de la prosperidad material e intelectual colectiva, la ley le sirve como medio para alcanzar esa finalidad;
- c) Los actos administrativos son por naturaleza revocables; y,
- d) Actúa por iniciativa propia.

Al respecto, se puede decir que la función administrativa se caracteriza por estar subordinada a la ley, su finalidad se cumple con la actuación oficiosa de la autoridad, e implica, además, la realización de todos los actos materiales como antecedentes del acto jurídico o como medios necesarios que hacen posible el cumplimiento de la ejecución de la ley.

### **2.3. Función Judicial**

La función judicial llamada también jurisdiccional desde el punto de vista material, alude a la facultad genérica del Estado para resolver controversias mediante la aplicación de normas jurídicas previamente establecidas. Duguit sugiere el empleo de la segunda expresión porque la primera hace referencia al criterio formal en tanto que la segunda se refiere a la verdadera naturaleza de dicha

---

<sup>123</sup> Rabasa, Emilio O., *op. cit.*, p. 203.



función.<sup>124</sup> En palabras del Dr. Jorge Fernández Ruiz, en sentido formal y subjetivo se puede entender por función jurisdiccional la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional, mas, en sentido objetivo o material es dable interpretar dicha función como la actividad de dictar el derecho, es decir, de aplicar la ley al caso concreto de controversia.<sup>125</sup>

Como podemos observar, ésta función, al igual que la legislativa y la administrativa, admite también la distinción de función formalmente jurisdiccional y función materialmente jurisdiccional. La primera hace referencia a la actividad encomendada a los órganos depositarios del poder judicial; en tanto la segunda, es ejercida no sólo por éstos, sino por los poderes Legislativo y Ejecutivo u otros órganos del Estado a quien por mandato constitucional o legal se les atribuya la mencionada función. En palabras más simples, cuando se habla de que un acto es *judicial* se está haciendo referencia al aspecto formal, es decir, a que dicho acto emana de un órgano que forma parte del Poder Judicial; y cuando se hace referencia a un *acto jurisdiccional* estamos aludiendo al aspecto material, que se refiere a la naturaleza propia del acto, es decir, la función o actividad consistente en resolver conflictos.

La actividad primordial del poder judicial es la “actividad jurisdiccional”, aunque también se le atribuye actividad legislativa -cuando se emiten acuerdos generales por ejemplo- y actividad administrativa relativa a diversas facultades, como puede ser el procedimiento de designación de los jueces, la administración de sus recursos, y/o los procesos de disciplina y vigilancia en relación con su personal.

Los actos emanados del Poder Judicial atendiendo al órgano que los emite, es decir, desde el punto de vista formal, son en su totalidad judiciales, y se consideran jurisdiccionales, desde una perspectiva material, sólo aquéllos que

---

<sup>124</sup> Véase Duguit, en Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 53

<sup>125</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Poder Legislativo*, op. cit., pp. 176-177

dirimen controversias, aquéllos por los que se pretende satisfacer un interés tutelado por el Derecho, cuando por alguna razón no se acate la norma jurídica que lo proteja.<sup>126</sup> Por otra parte, los actos materialmente jurisdiccionales no son exclusivos de los órganos judiciales, pues es posible que autoridades administrativas o legislativas, emitan actos que produzcan o modifiquen una situación jurídica particular, personal y concreta, tendentes a la protección de un derecho tutelado por el sistema jurídico.

Ahora bien, la expresión *jurisdicción* proviene del latín *jurisdictio* que significa “decir el derecho”, sin embargo, la función judicial o jurisdiccional, no se limita a declarar lo que es el derecho, sino que tiene aparejada la facultad de imponer coactivamente su resolución. La sentencia, es el medio por el cual el juez, dará a conocer su resolución; puede ser: de condena, cuando se obliga a una de las partes a determinada prestación; declarativas, cuando se trata de hacer patente un derecho; y consecutivas, cuando crean o hacen cesar una situación jurídica.<sup>127</sup> En cualquier caso, se dice que la naturaleza jurídica de la sentencia descubre la intención de la ley y la aplica al caso controvertido como objeto exclusivo de la resolución. En otras palabras, la sentencia judicial es la resolución de una controversia.

Cabe hacer notar que no referimos como actividad primordial del poder judicial la de impartir justicia, dado que, en nuestra opinión, los tribunales no tienen como atribución legal dicha función, sino la de aplicar la ley al caso que se someta a su consideración para resolver un conflicto o declarar una cuestión de derecho. Esto es así porque el tema de la justicia escapa de lo estrictamente jurídico y su análisis se encuentra sometido más bien a la filosofía del derecho, quedando ajeno a la determinación de una ley que un órgano jurisdiccional esté capacitado para tan loable labor. No obstante, el juzgador está obligado a actuar de manera imparcial y

---

<sup>126</sup> Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 12.

<sup>127</sup> Rabasa, Emilio O., *op. cit.*, p. 202.

de acuerdo con la lógica jurídica pues su juicio producirá nuevos efectos jurídicos que no se encontraban en el derecho original de las partes.

En ese orden de ideas, la función esencial del poder judicial y demás órganos jurisdiccionales es resolver, conforme a ley, las controversias o conflictos de intereses que se susciten entre los particulares o entre éstos y las autoridades públicas. Al juzgador le corresponde interpretar la ley, aplicarla al caso en concreto y darle eficacia, mediante la actuación coactiva de las sentencias.<sup>128</sup> Kelsen, precisó que la función del Estado que se conoce como jurisdicción o administración de justicia, se encamina esencialmente a la realización del acto coactivo o a su preparación procesal.<sup>129</sup> En efecto, la finalidad del acto jurisdiccional es declarar imparcialmente el derecho en los casos controvertidos que son de su competencia, al resolver el juez el caso concreto se establece la verdad legal, y una vez que alcanza el estatus de cosa juzgada ésta debe contar con eficacia definitiva mediante el poder coactivo del Estado.

Algunas particularidades de la función jurisdiccional son las siguientes:<sup>130</sup>

- a) La función jurisdiccional es una actividad del Estado subordinada al orden jurídico, dicha actividad puede ser atributiva, constitutiva o productora de derechos.
- b) El órgano titular de la función jurisdiccional es ajeno a la cuestión sobre la que se pronuncia.
- c) El juez para actuar necesita del requerimiento de las partes, en ese momento se sustituye la voluntad de ellas.
- d) La jurisdicción está subordinada a la legislación, no obstante los jueces deben de actuar, con autonomía e independencia.
- e) El acto jurisdiccional es imparcial, hace cierto y estable el derecho dudoso.

---

<sup>128</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, op. cit., p. 379.

<sup>129</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., pp. 316-317.

<sup>130</sup> Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 53-66

Aunado a lo anterior, en la actualidad, al poder judicial le corresponde desempeñar un papel de la mayor trascendencia ya que en gran parte de los países en el mundo se le atribuye la función de proteger y vigilar la aplicación del principio de división de poderes con base en las facultades de intérprete último de la Constitución que se le atribuyen y como garante del orden jurídico debe proveerlo de toda la eficacia que se requiera para su cumplimiento.

En conclusión, el principio de división de poderes, es una peculiaridad de los Estados democráticos, toda vez que es preciso evitar el abuso de poder público. No obstante, en la época contemporánea, no es posible vislumbrar la teoría de la división del poder desde una óptica restringida; pues no se puede soslayar que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, encuentran relación en la medida que en su conjunto, tienen por finalidad la obtención de diversos fines estatales. Máxime que la teoría de los frenos y contrapesos, postula la idea del equilibrio entre los distintos poderes del Estado, para evitar precisamente que se concentre el poder en uno solo de ellos. En las normas fundamentales del Estado se previene la división de poderes, y se establecen funciones expresas que a cada uno le compete en exclusiva; por ello, no es viable que éstos, *mutuo proprio*, realicen actos que le correspondan a otro poder. No obstante, es inevitable la cooperación y coordinación entre aquéllos, en virtud de que no debe perderse de vista que su función tiene por objetivo la concreción de los fines que persigue el Estado, entre ellos, el bien común.

Las funciones Legislativa, ejecutiva y judicial son indispensables para el cumplimiento de los fines del Estado, no obstante, el órgano legislativo adquiere mayor relevancia en virtud de que en éste se crea el ordenamiento jurídico, incluso podría estimarse que es en donde reside la soberanía, toda vez que su estructura favorece tanto la representación política de los ciudadanos, como la de las Entidades o regiones que integran al Estado.

### **Capítulo III. La función legislativa Constituyente reformadora del Estado**

*Sumario: 1. La Soberanía como fundamento del poder constituyente; 2. Teorías sobre la titularidad del Poder Constituyente; 2.1. Jean-Jacques Rousseau y la soberanía popular; 2.2. Emmanuel Joseph Sieyès y la soberanía nacional; 3. Poder constituyente y poderes constituidos; 3.1. Poder constituyente; 3.1.1. Características del poder constituyente; 3.2. Poderes constituidos; 4. El Poder Revisor de la Constitución en el Estado; 5. Sistemas de reformabilidad de la Constitución del Estado; 6. Alcances de la función legislativa constituyente del Estado.*

#### **1. La Soberanía como fundamento del poder constituyente**

El estudio de la teoría del Poder Constituyente y de la soberanía por lo regular corresponde a la teoría Constitucional y a la teoría del Estado, respectivamente. Sin embargo, dada la estrecha relación que existe entre el primero con el poder soberano del Estado y su titularidad conforme al principio de soberanía nacional o soberanía popular, se vuelve un tema de estudio obligado para el objeto que persigue la presente investigación. Esto es así, porque el Poder Constituyente se encuentra inevitablemente unido al concepto de soberanía, sin la cual no se puede concebir la existencia de éste. La soberanía, por su parte, además de ser un principio plasmado en prácticamente todas las Constituciones de los Estados, es fundamental en cuanto al poder soberano que reviste y conforma a todo Poder Constituyente.

Existen diversas teorías sobre el origen del poder Constituyente; Cárdenas Gracia señala que entre las principales se pueden distinguir tres:<sup>131</sup> la que surge de la teoría del contrato social; la que lo entiende como un acto revolucionario de transformación; y la que lo explica como un proceso de legitimación democrática.

En el primer caso, señala que el Poder Constituyente surge de la teoría contractualista que sostiene que el Estado y el Derecho tienen origen en un pacto en el que la comunidad decide organizarse institucional y jurídicamente con base en la libertad civil que corresponde a los ciudadanos, es decir, la libertad natural que sigue inherente a los individuos después de haber abandonado el estado de naturaleza para conformar una sociedad civil; en una segunda etapa, los individuos en comunidad ceden parte de su soberanía a una entidad superior constituyendo en ese momento lo que conocemos como pueblo o nación; es en este punto donde surge el Poder Constituyente cuya naturaleza inicial es política y fáctica ya que su actuación no se encuentra condicionada a los límites del derecho previo; finalmente, en una tercera etapa, la comunidad creada o refundada ejerce su poder soberano para darse su propia Constitución, dando comienzo a la fase del proceso constituyente, en la cual se establece la organización política del Estado con el debido reconocimiento de los derechos fundamentales y un sistema de garantía de la libertad frente al poder público.

En el segundo caso, el Poder Constituyente surge como un acto revolucionario de transformación, en donde las ideas relevantes no son las del pacto o contrato, ni la creación del Estado por consenso, sino el de un rompimiento definitivo con el poder establecido. Esta explicación aparece por primera vez con el movimiento revolucionario francés en 1789, en este periodo el Poder Constituyente surge de una fuerza revolucionaria, ilimitada y transformadora que se contrapone

---

<sup>131</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, "Constituyente y Constitución", *La Revolución Mexicana a 100 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*, México, UNAM, 2010, pp. 135-139  
<https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/05DrCARDENAS.pdf>

al régimen establecido, el titular de la soberanía y por consiguiente del Poder Constituyente es el pueblo, quien tiene el derecho inalienable de modificar la estructura del Estado.

No obstante, cabe hacer mención de que la radicación de la soberanía en el pueblo no fue una concepción reconocida en la práctica del constitucionalismo europeo a lo largo del siglo XIX dado que ésta se expresaría fundamentalmente a través del principio monárquico-constitucional.<sup>132</sup> En efecto, el liberalismo doctrinario de esa época elaboró la teoría de la soberanía compartida en la cual la soberanía reside en la persona que ocupa el trono y en el órgano del Estado a través del cual se expresa la nación, es decir, el Parlamento. El rey junto con los representantes de la burguesía en el Parlamento se convierten en los únicos depositarios de la soberanía del Estado, lo que sustituyó la idea de la soberanía democrática por la soberanía del monarca<sup>133</sup> y, en consecuencia, se desconoció la existencia de una teoría democrática del Poder Constituyente; en tal sentido, el Poder Constituyente deja de existir para el constitucionalismo monárquico del siglo XIX, y no es sino hasta finales de la Primera Guerra Mundial que se vuelve a plantear, de manera expresa, el problema de la soberanía en términos de soberanía popular. La Constitución volvió a ser entendida como la expresión de la voluntad de un *Poder Constituyente* democrático, gracias a la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, la introducción del principio de rigidez Constitucional y el carácter de norma jurídica suprema de la Constitución.<sup>134</sup> Principios todos que se encuentran insertos en el constitucionalismo democrático contemporáneo.

La tercera teoría entiende al Poder Constituyente como un proceso de legitimación democrática. Las Constituciones no derivan del mero *factum* de su nacimiento, sino de una magnitud que la precede y que aparece como un poder o

---

<sup>132</sup> Mora- Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución Normativa*, México, IJ UNAM, 2002, p.27 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/237/7.pdf>

<sup>133</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, "Constituyente y Constitución", *cit.*, pp. 137-138.

<sup>134</sup> *Idem.*

autoridad especial que no es otra cosa que el poder constituyente.<sup>135</sup> Éste rebasa el ámbito del derecho y se basa en la fundamentación y legitimación de su poder. Con base en este razonamiento, el Poder Constituyente se sustenta en la justificación de la validez normativa de la Constitución, para ello es preciso aceptar que la fuerza que hace surgir y que legitima a la Constitución tiene que representarse como una magnitud política, es decir, las ideas de justicia y de lo recto, cobran fuerza legitimadora para la vida en común de los hombres.

La titularidad del Poder Constituyente es una característica decisiva sobre la legitimidad del mismo, en su origen, la teoría y la práctica del Poder Constituyente aparece conectada con la afirmación de la soberanía del pueblo y la soberanía nacional. Mario de la Cueva concuerda con la afirmación anterior, para el autor mexicano, el poder constituyente se ejerce en función inmediata de la soberanía que reside en el pueblo, el cual no puede desprenderse de esta potestad, dado que la soberanía es al pueblo lo que la libertad es al hombre.<sup>136</sup>

Para un mejor entendimiento del tema que nos ocupa, abordaremos de manera general las teorías más destacadas en la elaboración de la ideología del poder Constituyente y su titularidad.

## **2. Teorías sobre la titularidad del Poder Constituyente**

La teoría del poder constituyente es una teoría de un poder generador que busca, precisamente, crear un poder nuevo y estable, donde por alguna razón, ya sea de creación de un Estado o por ruptura revolucionaria, opera como creador de poderes constituidos. Para explicar los alcances de la Función Legislativa constituyente del Estado, es preciso estudiar, por lo menos, de manera general la

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>136</sup> Cueva, Mario de la, en Carpizo Jorge, "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo I, IJ UNAM, México, 1988, p. 149.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/641/10.pdf>



teoría del poder constituyente y su ineludible fundamento: la Soberanía, como fuente inmediata y directa del mismo, y su respectiva titularidad, basándonos en el pensamiento de sus más lúcidos teóricos del constitucionalismo francés: Rousseau y Sieyès.

## 2.1. Jean-Jacques Rousseau y la soberanía popular

En principio, podría señalarse a Rousseau como padre del concepto de poder constituyente,<sup>137</sup> en base a su teoría de la voluntad general como poder moral y por lo mismo político, única potencia capaz de reprimir los intereses particulares y decidir qué es el interés general. El autor de *El Contrato Social* redefine la libertad individual como la renuncia a la libertad individual en pos de la voluntad general, del mismo modo que la libertad natural se redefine por el igual carácter de soberanos de los individuos al participar en esta voluntad general.<sup>138</sup> En este orden de ideas, la alineación de la libertad natural supone la alineación de la voluntad general en manos del autogobierno colectivo.

Para éste pensador francés, la única manera de garantizar un procedimiento que logre mantener la libertad y la igualdad en la vida política es la ley, por tanto, toda ley en la que el pueblo no ha participado es nula y con ello afirma la necesidad de referéndum, de lo cual se desprende el principio de que la soberanía es inalienable al pueblo, lo que la convierte en una concepción imposible de practicar,<sup>139</sup> ya que esta fundamenta una democracia directa ejercida solo por el soberano: el pueblo. En palabras de Rousseau, la voluntad general es absoluta, carece de límites, no está subordinada a la ley, porque ella es la fuerza universal y compulsiva que mueve y dispone de cada parte del modo más conveniente para la

---

<sup>137</sup> Nogueira, Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional." *Revista Ius Et Praxis*, Chile, Vol. 15, núm. 1 2009, p. 230. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/201>

<sup>138</sup> Ayuso Torres, Miguel, *El problema del poder constituyente, Constitución, soberanía y representación en la época de las transformaciones*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2012, p.65.

<sup>139</sup> Nogueira, Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 230

comunidad.<sup>140</sup> Observemos entonces, que en dicha manifestación podemos encontrar algunas de las particularidades más destacadas del poder constituyente, como es su carácter absoluto e ilimitado, superior a cualquier otro poder y a la misma ley, lo que lo caracteriza como soberano.

La voluntad general que crea el Estado es al mismo tiempo Constitución y poder constituyente; sin embargo, Constitución y soberano, es decir, Constitución y voluntad general no se confunden: la Constitución está subordinada a la soberanía. En la concepción roussoniana la soberanía es el poder constituyente que no cesa, en constante ejercicio, permanente, subordinante de todo gobierno y de toda ley.<sup>141</sup> Lo que explica la crítica a la representación como pérdida de la autonomía moral y, por lo mismo, política. Lo anterior es así, porque el constitucionalismo de Rousseau no se basa en la desconfianza del poder sino en un optimismo ilimitado en la soberanía, por tanto rechaza la representación, la división de poderes y la limitación del Estado, para eso la ley debe convertir a los hombres en ciudadanos, transformar su naturaleza, lo que resulta una aspiración muy difícil –por no decir, imposible- de alcanzar.

Como podemos observar, en el pensamiento del filósofo francés la titularidad del poder constituyente reside en el pueblo, el contrato social se da con la enajenación total de cada sociedad con todos sus derechos a la comunidad entera, la cual a su vez le permite salir del estado de naturaleza, crear la sociedad política que se manifestará a través de la voluntad general y que a su vez se manifiesta a través de la ley. Para Rousseau el pueblo no trasmite ni delega su soberanía y no hay nadie que exprese la voluntad general en su representación, por lo tanto, no es posible ni legítimo distinguir entre poder constituyente y poderes constituidos.

## **2.2. Emmanuel Joseph Sieyès y la soberanía nacional**

---

<sup>140</sup> Rousseau, en Ayuso Torres, Miguel, *op. cit.* p. 67.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 68.

Considerado el más lúcido teórico de la teoría del poder constituyente y de la democracia representativa, Emmanuel Sieyès, es quien por primera vez se refiere al poder constituyente como una de las características de la nación y como quien decide sobre la Constitución que le da gobierno. En su famoso ensayo *¿Qué es el Tercer Estado?*, sostiene que antes de la nación y por encima de ella, solo existe el derecho natural. La nación, como poder constituyente, decide una Constitución para someter a sus mandatarios; luego, la nación no está ligada a las formalidades de esa Constitución, ya que la nación es el origen de todo, su voluntad es siempre legal; es la ley misma.<sup>142</sup> Como podemos observar, en la concepción de Sieyès la nación es el origen del poder, impera su voluntad, en ejercicio Constituyente decide de qué forma se quiere constituir y como ha de controlar el actuar de sus mandatarios para poder garantizar los derechos individuales de los integrantes de la nación.

La nación es un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por la misma legislatura. La nación es todos los habitantes y todos los tributarios de la cosa pública.<sup>143</sup> La titularidad del poder constituyente reside entonces en la nación, ente que constituye una ficción política y jurídica que se integra por todo el pueblo (el tercer estado), pero a su vez, por nadie en concreto, lo que origina la democracia representativa como forma de ejercicio de dicho poder constituyente. Con ello, bajo la ficticia soberanía de la Nación estableció la soberanía efectiva de la Asamblea de representantes, excluyendo la participación directa del pueblo.

En este orden de ideas, es al poder constituyente, es decir, a la asamblea nacional, a quien compete establecer la Constitución representativa, representación que se expresa en el reconocimiento de los plenos poderes del representante que actúa en el lugar del comitente y no se reduce a manifestar la opinión del poderdante.<sup>144</sup> La representación no es solamente principio constitutivo del poder

---

<sup>142</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 142.

<sup>143</sup> Sieyès, *Proemio de la Constitución francesa de 1789*, en Ayuso Torres, Miguel, *op. cit.* p. 74.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 72-73

legislativo; también lo es de la asamblea nacional y del mismo constituyente, que tiene por misión interpretar la voluntad nacional, esta concepción demanda que la asamblea nacional no sea solo parte de la nación sino la nación misma, y solamente *el tercer estado*<sup>145</sup> puede considerarse depositario de los poderes de la nación.

Esta ideología trae como consecuencia la clara distinción entre “poder constituyente” y “poderes instituidos” o “constituidos”. Así, las potestades instituidas por la Constitución obtienen su validez y legitimidad del poder constituyente que crea la Carta Fundamental, y deben actuar dentro del marco jurídico político que fija la Constitución, la que determina sus funciones y atribuciones, mismas que no pueden ser vulneradas por los órganos constituidos.<sup>146</sup> Dicha distinción resulta de la mayor importancia porque eso determina que el Constituyente limita totalmente a los constituidos, les señala un fin y los faculta para realizarlo. Luego entonces, mediante el concepto y la institución del poder constituyente, Sieyès genera un instrumento que permitirá crear una Constitución, que vincule directamente a la autoridad con la Ley Fundamental que emana de la nación soberana. Así gobernantes y gobernados quedan subordinados a esta Constitución.

Bajo esta perspectiva, el abate francés abre paso al racionalismo político constitucional, desarrollando la teoría de la soberanía nacional y, por tanto, radicando la titularidad del poder constituyente en la nación. Pero, aquí surge una cuestión, ¿en qué basa Sieyès su teoría de la representación? Para este autor, toda asociación política es obra de la *voluntad unánime* de los asociados, sin embargo, el Estado constituye el resultado de la *voluntad de la mayoría* de los asociados, esto es así porque siendo difícil e incluso imposible la unanimidad en los asuntos, *la mayoría* constituye una suerte de *unanimidad mediata*, es decir, a diferencia de Rousseau, Sieyès sostiene que la voluntad general se forma a través de la voluntad

---

<sup>145</sup> En la concepción de Sieyès, el Tercer Estado se compone de la población carente de privilegios jurídicos y económicos, como el campesinado, la burguesía, -compuesta por los habitantes de las ciudades de las que formaban parte artesanos, comerciantes, y gente pobre de la ciudad- es decir, gremios totalmente opuestos al clero y a la nobleza que gozaban de privilegios como no pagar impuestos.

<sup>146</sup> Nogueira, Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 231.

de la mayoría, porque la mayoría reemplaza legítimamente a la unanimidad.<sup>147</sup> En ese orden de ideas, la asamblea nacional o constituyente tiene una misión específica: dotar al pueblo de una Constitución, pero de ningún modo ejerce facultades legislativas ordinarias, ya que dicha función compete únicamente a los poderes constituidos.

Finalmente, el ilustre pensador de la revolución francesa cerró el círculo de su constitucionalismo racional con su propuesta de *Jury Constitutionnaire* o Tribunal Constitucional encargado de revisar la constitucionalidad de las leyes en defensa de la propia Constitución.

En palabras de Vanossi, tres son las grandes aportaciones de Sieyès al constitucionalismo moderno:<sup>148</sup>

- a) La teoría del poder constituyente;
- b) La doctrina de la representación política, y
- c) La organización del control de la constitucionalidad de las leyes.

Aportaciones que en la actualidad constituyen pilares fundamentales de todos los regímenes democráticos de gobierno; pues en efecto, el desarrollo sistemático de su teoría del poder constituyente, así como la teoría de la representación y el control de la constitucionalidad de las leyes, son hoy en día la base de toda la organización política y, como afirmaba el político francés, el mejor sistema de gobierno, la soberanía nacional sólo puede expresarse por medio de representantes.

### **3. Poder constituyente y poderes constituidos**

---

<sup>147</sup> Sieyès, en Ayuso Torres, Miguel, *op. cit.* p. 71.

<sup>148</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo A., en Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 143.

Hemos hablado hasta aquí sobre las teorías del origen del poder constituyente, la radicación de su titularidad y la estrecha relación que existe entre éste y la soberanía de un Estado, sea que ésta se deposite en el pueblo o en la nación. Es importante ahora hacer una distinción precisa entre los términos poder constituyente y poderes constituidos, ello resulta indispensable para poder entender la naturaleza del poder reformador y los alcances de la función legislativa constituyente del Estado.

### **3.1. Poder constituyente**

El poder constituyente, se define como: la expresión de la voluntad de autodeterminación política de un grupo humano que, en un territorio dado, decide organizarse jurídicamente como un Estado, para lo cual establece las reglas fundamentales de la convivencia (Constitución) reconociendo derechos a las personas y asignando competencia a los órganos de los que se compondrá el Estado, y fijando los procedimientos que deberá seguirse para modificar dichas reglas fundamentales.<sup>149</sup> El poder constituyente surge regularmente cuando existe un vacío de poderes constituidos con el objeto de darle forma política a un Estado que antes no existía o bien que ha decidido romper con el orden constitucional vigente en virtud de un proceso revolucionario.

Asimismo, el Poder Constituyente se ha conceptualizado como una capacidad de ejercicio de la soberanía o como "la suprema capacidad de dominio del pueblo sobre sí mismo al darse, por propia voluntad, una organización política y un ordenamiento jurídico".<sup>150</sup> En efecto, consideramos que el poder constituyente es propiamente la expresión de autodomínio del pueblo quien decide organizarse política y voluntariamente para dictar las normas básicas que han de regir la convivencia pacífica de la comunidad.

---

<sup>149</sup> Abel, Federico, *Reforma Constitucional*, en Walter, F. Carlota (director), *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 346.

<sup>150</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, en Mora- Donatto, Cecilia, *op. cit.*, p. 27.

Carl Schmitt, lo definió como “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.<sup>151</sup> Para el autor alemán, la Constitución tiene su fundamento de validez en una decisión política que toma un ser político –el soberano- sobre el modo y la forma de su propio ser, es decir, el poder constituyente es el creador del orden jurídico pero se encuentra fuera de él, es parte del mundo del ser y permanece latente en la existencia de la propia comunidad.

Para Hermann Heller, soberanía y poder constituyente son equiparables, y este último crea el derecho entendido como la organización estatal.<sup>152</sup> Este breve concepto del jurista alemán destaca claramente la estrecha relación que existe entre el poder constituyente y la soberanía, subsumiéndolos a una categorización equivalente a la cual se atribuye la organización jurídica del Estado mediante la creación del derecho.

Para Hans Kelsen, el tema del poder constituyente es puro derecho natural y no tiene otra finalidad sino la de poner dificultades a la reforma de ciertos preceptos jurídicos, por tanto, no puede suponerse un poder constituyente diferente al legislativo.<sup>153</sup> Al parecer, para el jurista austriaco, la facultad del poder constituyente se reduce lisa y llanamente al ejercicio de la función legislativa, con la única salvedad de que para la reforma de las normas que de él emanen se han de dificultar los procesos legislativos, sin que ello implique una distinción entre poder constituyente y poder legislativo ordinario.

Para Sánchez Agesta, el poder constituyente es superior al orden jurídico que crea y a todos los mismos poderes creados por él. Su superioridad sobre cualquier otro poder se deduce de su eficacia, que se quebrantaría si hubiera un

---

<sup>151</sup> Schmitt, Carl, en Barragán, B., José, *et al.*, *Teoría de la Constitución*, 8ª ed., México, Porrúa, 2018, p. 93.

<sup>152</sup> Véase Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 144.

<sup>153</sup> *Idem.*

poder que pudiera oponérsele.<sup>154</sup> Como podemos observar el político español destaca la superioridad del poder constituyente en relación con todos los demás poderes jurídicos por él creados, lo que deduce de su eficacia y de la inexistencia de algún otro poder que se le pueda oponer.

Para Luis Carlos Sáchica, el poder constituyente es la facultad y la función correspondientes a la calidad política que pertenece al hombre, en comunidad. Es poder creativo, de ingeniería política, de construcción y estructura relacional de la convivencia que le impone su condición de animal social.<sup>155</sup> Para este autor, es inherente a toda comunidad de hombres darse organización que asegure sus intereses. A esa capacidad de auto organización, a esa voluntad eficiente que configura o da forma a un ente colectivo de carácter político, se le llama poder constituyente.

Para Sieyès el poder constituyente es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución, el poder constituyente es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control.<sup>156</sup> En esta definición el ensayista francés destaca algunas de las principales características del poder constituyente que lo distinguen de lo que el mismo denominó como poderes constituidos, como es precisamente su naturaleza política y no jurídica y la libertad con que actúa al configurar el ejercicio del poder público.

Para Sánchez Viamonte el poder constituyente es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez. Esta potestad es la “suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento

---

<sup>154</sup> *Idem.*

<sup>155</sup> *Idem.*

<sup>156</sup> Sieyès, en Nogueira, Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 231.



jurídico”.<sup>157</sup> Además, para el jurista argentino el poder constituyente es la soberanía originaria en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua.

Jorge Carpizo sostiene que el poder constituyente consiste en la facultad de decisión sobre la organización jurídico-política de la comunidad, es una atribución de estructurar libremente una Constitución, de construir un orden jurídico.<sup>158</sup> Con base en el concepto de decisiones políticas fundamentales elaborado por Schmitt, el jurista mexicano define al poder constituyente precisamente como la capacidad de decisión política de una comunidad para elaborar su propio orden jurídico y para estructurar libremente su Constitución.

### 3.1.1. Características del poder constituyente

Nogueira Alcalá, destaca entre las principales características del poder constituyente las siguientes:<sup>159</sup>

- Es *originario*, porque no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente, sino que emana directamente del cuerpo político de la sociedad.
- Es *extraordinario*, porque no opera regularmente como una potestad estatal, sino solamente en los momentos en que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser cambiado o sustituido.
- Es *autónomo*, ya que puede fundar la Constitución en la idea de derecho válida que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad.

---

<sup>157</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, en Nogueira, Alcalá, Humberto, “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 36, Enero-Junio 2017, p. 328. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10868/12955>

<sup>158</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 146.

<sup>159</sup> Nogueira, Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre...” *cit.*, pp. 232-234.

Por su parte, Luis Carlos Sáchica señala que los caracteres del poder constituyente son los siguientes:<sup>160</sup>

- Es un poder *original*, no recibido, no deriva de otro, nace de sí mismo, es su propia fuente; porque, precisamente, es del que nacen los demás poderes y del que se deriva su legitimidad: es, pues, un poder autogenerado.
- Es un poder *táctico, político*, porque la decisión constituyente es un hecho, un suceso o un proceso histórico. Es un acto de creación, anterior al Estado y su derecho. Casi siempre como resultado de una revolución o de una separación, independencia o descolonización política.
- Es un poder *prejurídico*; porque no está condicionado por normas, ya que es previo al orden jurídico y a la Constitución del Estado. En razón de lo cual no puede discutirse su validez jurídica, su legalidad, pues él la crea.
- El Constituyente justifica política e históricamente su decisión; no tiene que legitimarla, porque en él se origina la legitimidad

Otros autores abundan sobre las particularidades del poder Constituyente, pero en síntesis se puede decir que el poder constituyente es un poder originario, supremo, fundante, prejurídico, soberano, trascendente, eficaz, creador, incondicionado, único, independiente, irreductible, singular, latente, creador de facultades, sin limitaciones políticas, rebelde, inicial, inmediato, hegemónico, primario, autónomo, directo, no gobierna con poderes retroactivos, inagotable en sus posibilidades, sin interferencias, irrumpe con fuerza para imponerse, es dinámico, variable, flexible e innovador.

A mayor abundamiento, expliquemos brevemente tan solo algunas de sus características.

---

<sup>160</sup> Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, IIJ UNAM, México 2002, pp. 66-67. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/6.pdf>

- Es *único*, porque no existe otro igual.
- Es *extraordinario*, porque no aparece con frecuencia.
- Es *incondicionado*, porque no tiene límites formales ni materiales.
- Es *eficaz*, porque la fuerza de que dispone quien lo invoca, crea el orden frente a las otras fuerzas que puedan oponérsele.
- Es *creador*, porque tiene una acción renovadora, no conservadora, y por lo tanto está en contradicción con la actividad política que tiende a defender el orden constituido.
- Es *supremo*, porque por encima de él no existe ningún otro.
- Es *fundante*, porque dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política.
- Es *pre-jurídico*, porque es previo a cualquier ordenamiento, no tiene fundamento en ninguna norma, él es el origen del derecho.
- Es *ilimitado*, porque al existir antes que cualquier ordenamiento este no se encuentra condicionado en su actuar.

### 3.2. Poderes constituidos

Una vez elaborada la constitución el poder constituyente no desaparece ni queda subsumido en la Constitución, siempre podrá hacerse presente si existe la conciencia de que el orden establecido no es satisfactorio o no cumple con sus propósitos, y si se cuenta con la fuerza o magnitud política capaz de articular nuevas pretensiones para sustituir o modificar radicalmente el *status quo*.<sup>161</sup> Es preciso distinguir entonces entre poder constituyente (quien elabora la Constitución), poderes constituidos (órganos creados por el constituyente y regulados en la Constitución), y poder revisor de la Constitución, (facultado para reformar la Constitución) que también es un poder constituido pero de distinta naturaleza que los demás.

---

<sup>161</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 146.

En función de la doctrina sobre la que teorizó Sieyès, quedaron escindidos de forma irremediable los conceptos de poder constituyente, atribuido al pueblo de la Nación, y de poderes constituidos, entendidos como el conjunto de los órganos y de las competencias creadas por aquél, mediante la Constitución, para el gobierno de la nación o de las subentidades que pudieran conformar ésta. En la constitución se ordenan y regulan los poderes constituidos que son por esencia limitados y que están sometidos en su actuación a la ley fundamental.<sup>162</sup> Observamos entonces algunas características de los poderes constituidos como son su juridicidad, limitación y sometimiento a la Constitución que elabora el constituyente.

Los poderes constituidos, al estar regulados y supraordenados a la Constitución, son esencialmente jurídicos y, por ende, de ellos siempre se puede predicar su legitimidad o ilegitimidad. Ocurre que, al estar sometidos al principio de legalidad, tanto las decisiones de las que traen causa como aquellas que representan su actuación, se encuentran sujetas a normas formales y sustantivas, que tienen su fuente última en la Constitución.

Luego entonces, se llama poder constituido a todo poder legal, es decir, conferido y disciplinado por normas positivas vigentes (y ejercido, al menos *prima facie*, en conformidad con aquellas). Las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento dinámico de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes. Por el contrario, se llama poder constituyente a aquel poder que instauro una primera Constitución. El poder constituyente no puede, por definición, situarse en el respecto del orden constitucional preexistente: si lo hiciera, sería un poder constituido. Aquel es un poder de hecho dirigido a la instauración de un nuevo orden constitucional. Por tanto, quien detenta tal poder se reconoce vinculado solamente por aquellos límites que, por razones de oportunidad, aquél considera compatibles con el propio diseño innovador.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> *Idem*.

<sup>163</sup> Guastini, Ricardo, *La Sintaxis del Derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 156-157.

El siguiente cuadro sirve de apoyo para distinguir al poder constituyente de los poderes constituidos con base en sus características.

<b>PODER CONSTITUYENTE</b>	<b>PODERES CONSTITUIDOS</b>
Es un poder originario	Son poderes derivados de la Constitución
Es un poder creador de todo el orden jurídico	Son poderes creados por propio poder Constituyente
En principio es un poder ilimitado. No tiene límites jurídicos internos.	Están completamente limitados, no pueden actuar más allá de la competencia que la Constitución les otorga
Tiene solo una función: darse su propia Constitución	Tiene múltiples funciones
No gobierna	Fueron precisamente creados para gobernar
Es un poder innovador, que crea y establece la Constitución.	Son poderes creados para conservar lo que creó el constituyente
Es un poder pre-jurídico	Son poderes jurídicos

#### **4. El Poder Revisor de la Constitución en el Estado**

Al poder Revisor de la Constitución se le conoce de distintas formas, algunos lo llaman poder reformador, otros, constituyente permanente, hay quien se refiere a él como constituyente derivado o constituyente instituido, o bien, poder renovador; existiendo puntos y contrapuntos en relación con cada una de estas denominaciones. Sin embargo, sea cual fuere el término que se utilice para referirse a él, lo cierto es que, el poder Revisor, es un poder creado por el Constituyente y regulado en la Constitución, con la finalidad de ir adaptando la Ley fundamental a

las cambiantes circunstancias históricas, sociales, políticas, económicas y culturales, a fin de satisfacer en todo tiempo las necesidades y exigencias de los pueblos.

En efecto, una Constitución tiene que irse adecuando a la cambiante realidad, si bien es cierto, que toda constitución aspira esencialmente a permanecer, también lo es que dicha permanencia está supeditada a que la Constitución se adapte a los tiempos, pero a la vez vaya conservando sus fundamentos esenciales.<sup>164</sup> La inmutabilidad constitucional pura, atenta contra la sociedad y contra la misma inteligencia que la tendencia racionalista defiende férreamente.

Con base en el principio de la necesidad de establecer un sistema para garantizar una mejor tutela de los intereses de la colectividad en todo estado con constitución rígida o escrita, *Paolo Biscaretti* considera imperiosa la creación, en la propia Constitución de un órgano especial para con ello hacer más difícil toda reforma constitucional.

La doctrina distingue entonces entre poder constituyente originario, que es aquél que decide el orden jurídico y se da su propia constitución, y el poder constituyente derivado, que es aquel que se va a encargar de ir adecuando la Constitución a la realidad social a través de reformas constitucionales.

La capacidad de organizar el poder político o de modificar su organización es lo que de manera general puede entenderse como poder constituyente. De una parte, es el acto fundamental por el cual se materializa, por medio de la formación jurídica, la creación o renovación de un sistema político, mediante la expedición de un texto constitucional; y de otra, la posibilidad de reformar las instituciones ya creadas, por medio de la revisión de un texto constitucional vigente. Así, el poder constituyente es un poder creador, cuando funda y organiza el poder político, y un poder reformador, cuando procede a su alteración dentro de los límites prefijados

---

<sup>164</sup> Faya Viesca, Jacinto, *Teoría Constitucional*, México Porrúa 2008, p. 195.

en la formación constitucional o por procedimientos no previstos en ordenamiento alguno.

Dentro de la conceptualización jurídica, el pueblo, sea que se le considere como depositario de la soberanía o apenas como elemento funcional de la soberanía de la Nación, que ejerza de manera directa la capacidad originaria de organizar o reformar las instituciones políticas estatales mediante procedimientos como el plebiscito o que lo haga de manera indirecta, por medio de representantes o delegatarios suyos en un cuerpo especial –llámese Asamblea Constituyente, Convención, Congreso, o Parlamento-, es el depositario formal de la capacidad constituyente primaria u originaria. En cambio, el cuerpo elegido en representación del pueblo o de la Nación, encargado de fijar las pautas organizativas del Estado por medio de la expedición de un texto constitucional, o bien de reformarlas mediante la modificación de dicho texto, es entendido como el constituyente secundario o derivado.<sup>165</sup> Entonces, el poder constituyente, será la expresión de la soberanía, que se materializará en la creación de normas fundantes y en la modificación de dichas normas a través del órgano denominado revisor o reformador de la Constitución.

El poder constituyente derivado o reformador, es un poder constituido, creado y regulado por la Constitución, teniendo en la mayoría de los casos limitaciones formales y materiales. Como señala Zagrebelsky, el poder de revisión de la Constitución no es el poder constituyente, sino un poder constituido, sometido a la Constitución, se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez.<sup>166</sup> Como afirma el jurista italiano, quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo a nombre del mismo enemigo, luego entonces, los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos.

---

<sup>165</sup> Echeverri, Uruburu Álvaro, *Teoría constitucional y ciencia política*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 443.

<sup>166</sup> Nogueira, Alcalá, Humberto, “Poder constituyente...”, *cit.* p. 333 y 334.

La idea que se tiene del poder reformador es ante todo su semejanza con el poder constituyente, inherente al pueblo y consecuentemente, inalienable, indivisible e imprescriptible, además es un poder supra estatal, porque al igual que el constituyente originario, por una parte, crea o modifica normas rectoras de la estructura y organización de los órganos del Estado, pero por otra, no participa en el desarrollo de las funciones estatales.<sup>167</sup> Asimismo, es un poder de una sola función, reformadora de la Constitución, es un poder de decisión más no de ejecución, porque sus mandamientos son cumplidos y ejecutados por el Estado.

Como podemos observar, el poder revisor de la Constitución encuentra importantes semejanzas con el poder constituyente, sin embargo, de ninguna manera deben ser confundidos pues existen diferencias entre uno y otro que los distinguen plenamente y caracterizan su naturaleza, al respecto, podemos mencionar las siguientes:

- El poder de reforma es una atribución radicada en un poder constituido para conservar lo que decidió el auténtico constituyente.
- La revisión constitucional es una competencia jurídica regulada y limitada por la propia Constitución.
- El poder reformador es un poder conservador, no originario, ni incondicional, jurídico, no constituyente sino constituido.

También es importante distinguirlo, de los demás poderes estatales constituidos:<sup>168</sup>

- El poder reformador es una atribución indeclinable del pueblo, y actúa de conformidad con las normas prescritas en la Constitución.

---

<sup>167</sup> Lazcano Fernández, Román, *Análisis comparado del poder constituyente, Imposibilidad constitucional para convocar por vía de derecho a una asamblea constituyente en México*, México, Porrúa, 2006, p. 201.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 204



- Es un poder constituido pero es constituyente respecto de los poderes estatales.
- Es un poder representativo, al que debe aplicarse la frase de Berlie: “es el representante de la Nación soberana para el ejercicio de una función, y no el representante soberano de la Nación”.

## 5. Sistemas de reformabilidad de la Constitución del Estado

La metodología para introducir modificaciones a la Constitución por ser una facultad necesariamente reglamentada, tiene múltiples matices, cabe destacar los siguientes:<sup>169</sup>

- a) Se pueden establecer las llamadas cláusulas pétreas, que prohíben la reforma de determinados preceptos constitucionales, por estimarse que allí reside su esencia, el principio de legitimidad, los derechos fundamentales, la fórmula política, la división de poderes, etc.
- b) Se puede prohibir cualquier reforma durante determinado tiempo, mientras se procura estabilizar el nuevo régimen.
- c) Se establecen complejos trámites que dificulten la enmienda para evitar innovaciones injustificadas o aventuradas.
- d) Se exigen mayorías especiales para la aprobación o se añade la necesidad de referéndum.

Luis de la Hidalga menciona que en cuanto a al procedimiento, se pueden distinguir dos sistemas:<sup>170</sup>

1. Por la creación de órganos especiales, diferentes de los legislativos ordinarios;

---

<sup>169</sup> SÁCHICA, Luis Carlos, *op. cit.*, pp. 75-76.

<sup>170</sup> HIDALGA DE LA, Luis, *op. cit.*, p. 51.

2. Por los órganos legislativos ordinarios, pero mediante procedimientos agravados respecto a los seguidos para la aprobación de otras leyes. En este caso son muchos y muy variados los sistemas.

Conforme a lo anterior, en cada sistema se distingue siempre el proceso legislativo del constituyente, dificultando su ejercicio para evitar caer en reformas de forma o superficiales. Mencionemos ahora algunos sistemas de reformabilidad en diversos Estados.

a) Sistema Norte Americano.- El artículo V, de la Constitución norteamericana establece que las enmiendas a la misma se podrán proponer siempre que las dos terceras partes de las cámaras lo juzguen necesario; o por una Convención Nacional a petición de las dos terceras partes de las legislaturas de los estados. Dichas reformas serán válidas cuando las ratifiquen las legislaturas de las tres cuartas partes de todos los Estados, separadamente o por convenciones celebradas en las tres cuartas partes de los mismos, el Congreso podrá promover ya el uno, ya el otro modo de ratificación.

b) Sistema Cubano.- El artículo 141 de la Constitución de la República de Cuba señala que la Constitución puede ser reformada total o parcialmente por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo, votado en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número de sus integrantes. Pero en el caso de que la reforma sea total, es decir, que afecte la integración y facultades de la Propia Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, se requiere además, su ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos.

c) Sistema mexicano.- En México el poder revisor de la Constitución se encuentra previsto en el artículo 135, el cual establece que la Constitución puede ser adicionada o reformada, pero para que las adiciones o reformas lleguen a ser

parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

d) Sistema español.- Por lo que se refiere a la reforma de la Constitución española, los artículos 166 y 168 de la misma disponen que ésta puede ser reformada parcial o totalmente. En el caso de la reforma parcial, los proyectos deberán ser aprobados por las tres quintas partes de los integrantes de cada una de las Cámaras y en caso de no lograrse por falta de acuerdo entre éstas, una comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. De no lograrse la aprobación y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. Una vez aprobada la reforma por las Cortes Generales, ésta podrá ser sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo solicite una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. En caso de que la reforma a la Constitución sea total o afecte parcialmente los Títulos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas, o a la Corona, se procede a la aprobación del principio por mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara y la disolución de inmediata de las Cortes Generales. Los nuevos integrantes del poder legislativo deberán ratificar la decisión anterior y someter a referéndum la reforma para su ratificación.

e) Sistema francés.- El artículo 89 de la Constitución francesa señala que la iniciativa de reforma corresponde al Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro o a los miembros del parlamento. El proyecto debe ser votado por las dos Cámaras en términos idénticos. La reforma será definitiva después de aprobada por referéndum. No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma sólo quedará

aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional.

No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de reforma.

f) Sistema suizo.- El sistema suizo permite que la Constitución se reforme siempre que esté de acuerdo el Poder Legislativo. Sin embargo, es indispensable la aprobación del pueblo por medio de la figura del referéndum para que se convierta en reforma.

Como podemos observar en los sistemas de reformabilidad antes mencionados, se llevan a cabo complejos procedimientos que dificultan la modificación parcial o total de la Constitución, como es el caso la constitución cubana y la española; en todos los casos se exigen mayorías especiales para la aprobación de las reformas -dos terceras partes, tres cuartas partes, tres quintas partes-, se establecen cláusulas pétreas como en el caso de la francesa; o se añade la necesidad de referéndum como lo establecen las Constituciones cubana, española, suiza y francesa.

Al respecto, consideramos que la práctica de la democracia directa prevista en dichas Constituciones mediante la consulta popular conocida como referéndum, es sana porque legitima los procedimientos mediante el ejercicio de la soberanía a través de su titular, trae consecuencias positivas como una mayor práctica democrática, madurez jurídica y conciencia política; sin embargo, tiene mucha dificultad en cuanto a su aplicación en la mayoría de los países con exceso de población y con un pueblos carentes de cultura cívica.

## 6. Alcances de la función legislativa Constituyente reformadora del Estado

En el protocolo de investigación hicimos la consideración que en relación a la función legislativa constituyente del Estado, existen diversas opiniones sustentadas en la doctrina sobre si el poder revisor de la Constitución tiene límites o no. Algunos opinan que no tiene ningún límite, mientras otros afirman que hay ciertos principios que no pueden ser suprimidos ni reformados.

Sabemos que la facultad de revisión de la Constitución del Estado puede tener límites *formales*, que se refieren al proceso de reforma previsto en cada Constitución; y, límites *materiales*, relativos al tema, la materia o el contenido específico en que ha de versar la reforma. En relación a éstos últimos, se ha hablado de límites explícitos y límites implícitos. Los primeros hacen referencia a los “principios pétreos” o “cláusulas de intangibilidad”, previstos expresamente en algunas constituciones y que implican que el poder revisor se encuentra impedido para reformarlos.<sup>171</sup> En el segundo caso, algunos doctrinarios sostienen la subsistencia de límites implícitos absolutos al pretender reformar ciertos fundamentos de carácter político-jurídico por ser la base fundamental de la misma Constitución,<sup>172</sup> como son: los derechos fundamentales, la forma de gobierno y la división del poder.

Ahora bien, después de haber investigado y desarrollado el tema de la Soberanía como fundamento del Poder Constituyente y los diversos criterios doctrinales en los que destacan los de Rousseau y Sieyes sobre la titularidad y facultades del mismo, es lógico deducir que el Poder Revisor de la Constitución tiene límites en su función legislativa reformadora; lo anterior, no obstante que

---

<sup>171</sup> Serna de la Garza, José Ma., *Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad en México*, Publicación Electrónica, núm. 1, 2011, Instituto de Investigaciones, Jurídicas, UNAM, p. 472.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/19.pdf>

<sup>172</sup> Biscaretti, en Hidalgo de la, Luis, *op. cit.*, p. 54.

algunas constituciones establecen límites explícitos o implícitos al poder de reforma. Sin embargo afirmamos que sea cual fuere la modalidad que adopte el poder revisor, éste no debe atentar contra la esencia de Ley Fundamental.

Al respecto coincidimos con Zagrebelsky en el sentido de que el poder revisor de la Constitución no debe nunca transformarse en poder constituyente, ni siquiera en los casos en que se permite llevar a cabo una reforma total de la Constitución, ya que la potestad reformadora para ser válida y legítima tiene como límite ineludible, el núcleo esencial de la Constitución, como límite material implícito o explícito, ya que el poder reformador obtiene su legitimidad de la Constitución vigente.<sup>173</sup>; en efecto, el Poder Constituyente originario, que es el depositario de la soberanía es el único facultado para ir más allá de las decisiones políticas fundamentales.

A continuación sustento esta opinión en las diferentes tesis de destacados doctrinarios que coinciden en la limitación de reformabilidad constitucional del Estado:

Carl Schmitt es uno de los teóricos más destacados del derecho constitucional que sostiene que el poder revisor de la Constitución es limitado. Para el politólogo alemán, la nota formal de la constitución o indistintamente de la Ley constitucional, se hallará en que los cambios constitucionales están sometidos a un procedimiento especial con condiciones más difíciles. Mediante las condiciones de reforma dificultadas se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y se aumenta la fuerza legal.<sup>174</sup> Las decisiones políticas fundamentales solo pueden ser reformadas por el poder que las adopto, es decir, el por el poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo mismo.

---

<sup>173</sup> Zagrebelsky, Gustavo, en Nogueira Alcalá, Humberto, "Poder constituyente..." *cit.*, p. 339

<sup>174</sup> Schmitt, Carl, en Barragán, B., José, *et al.*, *op. cit.*, p.203

Para Schmitt, la facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etcétera, pero manteniendo la Constitución;<sup>175</sup> ello lleva a afirmar que el poder constituyente derivado no puede sustituir al poder constituyente originario, alterando la fórmula política o principios supremos establecidos constitucionalmente, más bien, el poder constituyente reformador sólo puede operar dentro de los propios principios supremos y fórmula política establecida por el constituyente originario, sin poder sustituirla o abrogarla.<sup>176</sup>

Reformar implica modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo, no puede un poder instituido operar al margen de los principios fundamentales creados por el constituyente.

Al respecto, el maestro Miguel de la Madrid coincide con Schmitt y afirma que el poder revisor de la constitución se encuentra limitado porque no es auténticamente un poder constituyente, por tanto, no cuenta con facultades propiamente constituyentes, es decir, no puede adoptar, revocar o alterar las decisiones políticas fundamentales.

El maestro Mario de la Cueva,<sup>177</sup> nos brinda dos importantes referencias sobre la ideología de dos destacados juristas extranjeros, Maurice Hauriou de Francia y William L. Marbury de Norteamérica, en relación a la corriente limitacionista del poder revisor de la Constitución.

Hauriou es uno de los defensores del constitucionalismo individualista, al que se propuso convertir en un orden intangible. De aquí surge la idea central de su teoría, según la cual, por encima de la Constitución, se eleva una especie de súper legalidad constitucional que sostiene los principios fundamentales del régimen y

---

<sup>175</sup> Schmitt, Carl, en Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre ...", *cit.*, p. 241

<sup>176</sup> *Idem*

<sup>177</sup> De la Cueva, Mario, en Barragán, B., José, *et al.*, *op. cit.*, p.204.

todos los principios del orden individualista que están en la base del Estado.<sup>178</sup> La tesis del jurista francés gira sobre la idea de los derechos individuales del hombre y del ciudadano y de su reconocimiento por el pueblo que los declara e impone al Estado, pero si esos principios, incluido el de la separación de poderes, que aparece como garantía indispensable y única de los derechos, y sin la cual no puede existir Constitución en términos del artículo 16 de la Declaración de 1789, son intocables aun para el pueblo en su calidad de poder constituyente, es evidente que dichas limitaciones se imponen también al poder revisor.

Por lo que hace al pensamiento constitucional norteamericano, el profesor William L. Marbury escribió un artículo en 1919 en el que defiende las limitaciones de la función reformativa de la Constitución argumentando como premisa que se puede asegurar con toda claridad, que en la concepción del poder de reformar la Constitución no se incluyó el poder de destruirla.<sup>179</sup> En otro apartado de su texto, Marbury insiste en que el pueblo Norteamérica no quiso ni pudo querer, al conferir a las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados el poder de hacer enmiendas de la constitución, que se entendiera que autorizaba la adopción de cualquier medida que so pretexto de enmendar, produjera el efecto de destruir, en todo o en parte, a alguno de los miembros de la unión perpetua.

En efecto, coincidimos ampliamente con el jurista norteamericano en un razonamiento que deriva incluso de la propia lógica, pues no es posible concebir que un constituyente cree un órgano con la intención de que a la postre, dicho órgano acabe con su obra o atente contra los principios básicos adoptados por la voluntad libre y soberana del pueblo, y que excusado en la simulación de enmendar pretenda destruir la Constitución.

---

<sup>178</sup> *Idem.*

<sup>179</sup> *Idem.*



Por otra parte, el jurista italiano Constantino Mortati, defendió la idea de que el poder de revisión no puede alterar las líneas fundamentales del sistema constitucional.

En Colombia, Ramírez Cleves, ha afirmado que el poder revisor o reformador de la Constitución es un poder limitado, ya sea de manera expresa o implícita, por garantías democráticas como los derechos fundamentales que desarrollan, dan base y sentido a la organización constitucional y estructuran al Estado democrático de derecho,<sup>180</sup> pues sostener lo contrario sería deslegitimar el propósito mismo del poder constituyente originario y de la Constitución.

Por su parte los destacados constitucionalistas mexicanos, Mario de la Cueva, Ignacio Burgoa y Jorge Carpizo apoyan las tesis que limitan los alcances de la función legislativa reformadora del Estado en los siguientes términos.

El maestro Mario de la Cueva sostiene que el procedimiento de reforma parcial sólo puede concluir en modificaciones concretas pero nunca en cambio de los principios fundamentales de la Constitución.<sup>181</sup> En palabras de este autor, el poder revisor debe detenerse ante los valores ideológicos fundamentales que contribuyen a la integración del estilo de vida política del pueblo. Si el poder reformador altera esos valores, altera también la esencia de la Constitución que le dio vida.

Al respecto, el maestro emérito Ignacio Burgoa, afirma que la modificabilidad de los principios esenciales que se contienen en una Constitución, o sea, de los que implican la sustancia o contextura misma del ser ontológico y teleológico del pueblo, la facultad de sustituir dicho ordenamiento, son inherentes al poder constituyente.

---

<sup>180</sup> Ramírez Cleves Gonzalo, en Cárdenas Gracia, Jaime, *Los límites al poder de reforma a la Constitución*. Publicación Electrónica, núm. 1, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 41. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/5.pdf>

<sup>181</sup> Madrazo, Jorge, "Comentarios al artículo 135", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Comentada, México, UNAM, IJ, 1994, p. 652.

Por ende, solo el pueblo puede modificar tales principios o darse una nueva Constitución. Ni el congreso constituyente, cuya tarea concluye con la elaboración constitucional, ni por mayoría de razón, los órganos constituidos, es decir, los que se hayan creados en la Constitución, tienen semejantes atribuciones. Suponer lo contrario equivaldría a admitir aberraciones inexcusables, tales como la de que el consabido poder no pertenece al pueblo, de que la asamblea constituyente, una vez cumplida su misión, subsiste, y de que los órganos existentes a virtud del ordenamiento constitucional pudiesen alterar las bases en que éste descansa sin destruirse a ellos mismos.<sup>182</sup>

Como podemos observar, el jurista mexicano sostiene categóricamente la imposibilidad de que los órganos constituidos creados en la Constitución modifiquen los principios esenciales en que radican la existencia misma del pueblo y su finalidad, pues dicha facultad es inherente a su titular; aceptar que los órganos creados por el poder constituyente, en este caso, el poder reformador, puede alterar las bases del orden constitucional en su núcleo esencial sería tanto como creer que pueden hacerlo sin afectarse a ellos mismos, lo que resulta inadmisibles, criterio con el que comulgamos ampliamente.

Sobre el particular, Jorge Carpizo señala que las decisiones fundamentales no pueden ser reformadas por el poder revisor, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo.<sup>183</sup> Haciendo referencia a aquellos principios y decisiones que son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política, sobre las cuales descansan todas las demás normas del orden jurídico. En palabras de este autor, las reformas llevadas a cabo por el poder revisor a las decisiones fundamentales son válidas y constitucionales siempre que sean hechas a la forma y no a la idea misma de la decisión fundamental.

---

<sup>182</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 372.

<sup>183</sup> Carpizo, Jorge, en Barragán, B., José, *et al.*, *op. cit.*, p. 205.

En relación a las limitaciones o no del Constituyente permanente mexicano, Tena Ramírez señala que es el único investido de plena soberanía para reformar o adicionar en cualquiera de sus partes la Constitución mexicana. Por vía de reforma o adición, nada escapa a su competencia, con tal de que subsista el régimen constitucional, que aparece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución.<sup>184</sup> Al respecto, cabe hacer mención que para algunos la anterior manifestación es considerada como una postura intermedia, no obstante, desde mi particular punto de vista es claro que el destacado maestro sí encuentra límites a la función legislativa constituyente reformadora del Estado al afirmar que el poder de reforma está condicionado a la subsistencia del régimen constitucional que la historicidad del país considera esenciales para la existencia de una Constitución.

Las mencionadas teorías han sido reconocidas y apoyadas por autores contemporáneos, como Miguel Carbonell, que han aceptado la teoría de los límites implícitos para el poder revisor en la Constitución. Así propone que toda Constitución incluida la mexicana esté comprometida con valores mínimos, pues sustituir esos principios y valores equivale a poco menos que un golpe de estado, aunque se haga a través de los mecanismos constitucionales.<sup>185</sup>

En otro orden de ideas, vale decir que existen criterios doctrinarios de algunos autores que sostienen que el poder revisor tiene capacidad de reformar parcial o totalmente la Constitución como Carré de Malberg, Adhemar Esmeind, León Duguit, Ulises Schmill, entre otros, criterios con los que no coincidimos por las múltiples razones de orden doctrinal que han quedado expresadas en líneas anteriores.

Finalmente y a manera de mencionar una solución a este problema de límites de reformabilidad Constitucional del Estado, es importante dar un vistazo a la

---

<sup>184</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 26º Ed., Porrúa, México, 1992, p. 58.

<sup>185</sup> Miguel, Carbonell, en Cárdenas Gracia, Jaime, "Los límites al poder de reforma...", *cit.*, p. 42.

evolución histórica del Estado y del desarrollo político de la humanidad para darnos cuenta de los grandes logros que en virtud de la creación de las Constituciones se han podido alcanzar en pro de la subsistencia del propio Estado y de los elementos que lo constituyen, incluyendo por supuesto, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Es por ello de suma importancia que las normas constitutivas del Estado protejan expresamente lo que Schmitt denominó en su momento como las “decisiones políticas fundamentales”, o lo que la doctrina alemana ha calificado como “cláusulas de intangibilidad”.

Estas cláusulas de intangibilidad constituyen auténticos límites materiales para el órgano u órganos encargados de la reforma constitucional, dichos límites son expresos, contundentes y sin supuestos excepcionales.<sup>186</sup> No obstante, consideramos que aún en el caso de que no se dé una prohibición expresa, el poder revisor de la constitución no tiene facultades para atentar en contra de los valores que podrían cambiar radicalmente el curso de la historia de un pueblo, toda vez que solo el pueblo tiene el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno y como lo subraya Ignacio Burgoa, el Poder Constituyente es el pueblo mismo que puede alterar principios esenciales, esto es, decisiones políticas fundamentales sobre las que se asienta el ordenamiento constitucional, siendo una de estas la forma de gobierno, misma que no podría ser modificada en ejercicio de la facultad legislativa reformadora del Estado.

Si bien, las cláusulas de intangibilidad no pueden evitar golpes de Estado, rebeliones o revoluciones, su reconocimiento sí puede dificultar enormemente las “tomas de poder formalmente legales”<sup>187</sup> o el desmantelamiento progresivo del Estado constitucional ocasionado por una coyuntura electoral en un momento determinado.

---

<sup>186</sup> Faya Viesca, Jacinto, *op. cit.* p. 256

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 263.

Al respecto, Vázquez Gómez Bisogno denomina *núcleo intangible de la Constitución* al elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.<sup>188</sup> El núcleo intangible de la Constitución ha de hacer referencia entonces a los valores y principios fundamentales que soportan la estructura del Estado Constitucional.

Un *valor*, en el ámbito constitucional, es una realidad o proposición que, clara y evidentemente constituye el orden de conveniencia política y es el fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admite por la sociedad como estimable sin necesidad de demostración.<sup>189</sup> En tratándose de valores constitucionales, los hay superiores e inferiores, siendo la principal diferencia, que los primeros son admitidos por cualquier sociedad como estimables sin la necesidad de demostración por tratarse de decisiones axiológicas que tienen por base los derechos a la vida, la dignidad, la libertad y la igualdad; en tanto los segundos, son estimables sin la necesidad de demostración pero solo por una sociedad concreta. Luego entonces, se podría decir que entre los valores superiores se encuentra el reconocimiento de los derechos humanos, el principio de supremacía y de división de poderes; y, entre los valores constitucionales inferiores encontramos el sistema de organización estatal, la forma de Estado y la forma de gobierno, éstos últimos son los que configuran las decisiones políticas fundamentales que derivan de las concretas circunstancias políticas, sociales culturales e históricas de los pueblos.

Por otra parte, un principio constitucional es la norma pre-legal llevada al texto constitucional debido a que goza de general y constante aceptación en el ámbito jurídico que tiene como finalidad concretar los valores constitucionales tanto superiores como inferiores.<sup>190</sup> Los valores y principios constitucionales son normas de reconocimiento para todo el ordenamiento jurídico, ya que son los parámetros

---

<sup>188</sup> Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución*, México, Porrúa, 2012, p. 157.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 207.

que permiten identificar qué normas deben permanecer en el sistema y cuáles no. Por lo tanto, debe entenderse que no todas las normas de la Constitución forman parte del núcleo intangible de la misma.

En otras palabras, se puede afirmar que el núcleo intangible de la toda Constitución se integra por las decisiones axiológicas y políticas fundamentales que derivan directamente de los valores y principios constitucionales. Sobre este núcleo intangible sostenemos que el poder de reforma encuentra sus límites sea explícita o implícitamente.

## Conclusiones

**PRIMERA.** El Estado es una forma de organización política producto de la organización humana, es un territorio con fronteras ciertas en el que habita un pueblo entendido como un conjunto de personas con deberes y derechos, sometidos a un poder soberano que emana del mismo pueblo y con un ordenamiento jurídico específico. El Estado aparece en el centro de la vida social para orientarla y satisfacer sus necesidades, surge en un tiempo y lugar determinado y su existencia es permanente.

**SEGUNDA:** El Estado actúa en el ejercicio de su poder con el propósito de alcanzar sus fines. La actividad que desarrolla el Estado en base a su poder y para el cumplimiento de sus fines constituye las llamadas funciones del Estado, que consideradas en conjunto representa el ejercicio pleno del poder de acuerdo con las normas que regulan la competencia y con las modalidades que requieran los correspondientes intereses públicos que han de tutelar.

**TERCERA.** La teoría clásica de la división de poderes formulada por Montesquieu, se basa en el postulado de distribuir el ejercicio del poder legislativo, el ejecutivo, y el judicial en órganos fundamentalmente independientes unos de otros. Al ejercer la soberanía en un plano de igualdad, se puede obtener un equilibrio que se traduzca en un prudente ejercicio del poder, en un balance de poderes, en el que un poder sirva de freno y de control al otro.

**CUARTA.** El Estado como la más elevada institución política, en su finalidad esencial de hacer posible la convivencia humana dentro de su sociedad política, tiene que ser estructurado en tres de sus actividades básicas: crear el derecho (función legislativa), ejecutarlo (función administrativa), y aplicarlo (función jurisdiccional). La función legislativa estatal tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales y abstractas, de naturaleza primaria o secundaria, es decir,

normas constitucionales o secundarias, dicha función la lleva a cabo el Estado en ejercicio de su soberanía.

**QUINTA.** La soberanía es fundamento del Poder Constituyente. Juan Jacobo Rousseau impulsó la idea de soberanía popular y Emmanuel J. Sieyès desarrolló la teoría de la representación y la idea de soberanía Nacional. Para Rousseau el pueblo no trasmite ni delega su soberanía y no hay nadie que exprese la voluntad general en su representación, por lo tanto, no es posible ni legítimo distinguir entre poder constituyente y poderes constituidos. En la concepción de Sieyès la nación es el origen del poder, impera su voluntad, en ejercicio Constituyente decide de qué forma se quiere constituir y como ha de controlar el actuar de sus mandatarios para poder garantizar los derechos individuales de los integrantes de la nación.

**SEXTA.** El poder revisor de la Constitución, también denominado por diversos autores como poder reformador, constituyente permanente, constituyente derivado, constituyente instituido, o bien, poder renovador, es un poder creado por el Constituyente y regulado en la Constitución, con la única finalidad de ir adaptando la Ley fundamental a las cambiantes circunstancias históricas, sociales, políticas, económicas y culturales, a fin de satisfacer en todo tiempo las necesidades y exigencias de los pueblos.

**SÉPTIMA.** El poder de revisión de la Constitución no es el poder constituyente, sino un poder constituido, creado por el constituyente, sometido a la Constitución y regulado por ella, su legitimidad se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez.

**OCTAVA.** El poder revisor de la Constitución no debe nunca transformarse en poder constituyente, ni siquiera en los casos en que se permite llevar a cabo una reforma total de la Constitución, ya que la potestad reformadora para ser válida y legítima tiene como límite ineludible, el núcleo esencial de la Constitución, como



límite material implícito o explícito, ya que el poder reformador obtiene su legitimidad de la Constitución vigente.

**NOVENA.** Es de suma importancia que las normas constitutivas del Estado protejan expresamente decisiones políticas fundamentales, o lo que la doctrina alemana ha calificado “cláusulas de intangibilidad” que constituyen auténticos límites materiales para el órgano u órganos encargados de la reforma constitucional, dichos límites son expresos, contundentes y sin supuestos excepcionales.

**DÉCIMA.** No obstante lo anterior, consideramos que aún en el caso de que no se dé una prohibición expresa, el poder revisor de la constitución no tiene facultades para atentar en contra de los valores que podrían cambiar radicalmente el curso de la historia de un pueblo, toda vez que solo el pueblo tiene el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno y como lo subraya Ignacio Burgoa, el Poder Constituyente es el pueblo mismo que puede alterar principios esenciales, esto es, decisiones políticas fundamentales sobre las que se asienta el ordenamiento constitucional.

## Bibliografía

ABEL, Federico, *Reforma Constitucional*, en Walter, F. Carlota (director), *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo J., *Teoría General del Estado*, 2a., ed., México, Oxford University Press, 2003.

ARNAIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, 4a., ed., México, Trillas, 2008.

\_\_\_\_\_ *El Estado y sus Fundamentos Institucionales*, 2a. ed., México, Trillas, 2007.

AYUSO TORRES, Miguel, *El problema del poder constituyente, Constitución, soberanía y representación en la época de las transformaciones*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2012.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *et. al., Teoría de la Constitución*, 6a. ed., México, Porrúa, 2014.

BARRAGÁN, B., José, *et al., Teoría de la Constitución*, 8ª ed., México, Porrúa, 2018.

\_\_\_\_\_ *Conceptos mínimos sobre la soberanía*, México, IIJ UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/20.pdf>

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª edición, Porrúa, México, 2016

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Constituyente y Constitución”, *La Revolución Mexicana a 100 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*, México, UNAM,

2010.

<https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/05DrCARDENAS.pdf>

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Los límites al poder de reforma a la Constitución*. Publicación Electrónica, núm. 1, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/5.pdf>

CARPIZO, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo I, IIJ UNAM, México, 1988. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/641/10.pdf>

CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Poder Judicial*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Segunda Edición en Español, Fondo de Cultura Económica, México, 1998

DE LA HIDALGA, Luis, *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, 2008.

DABIN, Jean. *Doctrina general del Estado*. Trad. Héctor González Uribe. IIJ de la UNAM, México, 2018

ECHEVERRI, Uruburu Álvaro, *Teoría constitucional y ciencia política*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

FAYA VIESCA, Jacinto, *Teoría Constitucional*, México Porrúa 2008.

FERNANDEZ RUIZ, Jorge. *Tratado de derecho electoral*. Editorial Porrúa, México, 2010

\_\_\_\_\_ Poder Legislativo, 4ª edición, México, Porrúa, 2015

\_\_\_\_\_ *Derecho administrativo y administración pública*, 7ª ed., México, Porrúa, 2016.

FERNANDEZ RUIZ, María Guadalupe. *Marco jurídico estructural de la Administración Pública Federal Mexicana*. IJ UNAM. México, 2015  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4519/6.pdf>

GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría del Estado*, 7a., ed., México, Porrúa, 2013.

GARCÍA Y GARCÍA, Miguel, *et al.*, *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 2016.

GARITA ALONSO, Miguel Ángel, *et al.* *Teoría del Estado*. Editorial Porrúa, México, 2018

GAYOSSO, Moisés, *Teoría General del Estado*, México, Iure, 2006.

GONZÁLEZ URIBE Héctor. *Manual de filosofía social y ciencias sociales*. México, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001

\_\_\_\_\_ *Teoría Política*, 5a., ed., México, Porrúa, 1984.

GUASTINI, Ricardo, *La Sintaxis del Derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 2a. ed., trad. De Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1998

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Trad. Fondo de Cultura Económica, México, 1987

JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, 2a., ed., trad. de Fernando de los Ríos Urruti, México, Compañía Editorial Continental, 1958.

\_\_\_\_\_ *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, 5a., ed., México, Ediciones Coyoacán, 2015.

\_\_\_\_\_ *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 2010

LAZCANO FERNÁNDEZ, Román, *Análisis comparado del poder constituyente, Imposibilidad constitucional para convocar por vía de derecho a una asamblea constituyente en México*, México, Porrúa, 2006.

LOCKE, John, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil.

MADRAZO, Jorge, "Comentarios al artículo 135", Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, México, UNAM, IJ, 1994.

MORA- DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución Normativa*, México, IJ UNAM, 2002. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/237/7.pdf>

NAVA VÁZQUEZ, César, *La División de Poderes y de Funciones en el Derecho Contemporáneo Mexicano*, México, Porrúa, 2008.

NOGUEIRA, ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional.” *Revista Ius Et Praxis*, Chile, Vol. 15, núm. 1 2009.

<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/201>

\_\_\_\_\_ “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 36, Enero-Junio 2017.  
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10868/12955>

PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado, Teoría Política*, 40a., ed., México, Porrúa.

RABASA, Emilio O., *Teoría General del Estado*, México, Porrúa, 2017.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Francisco Sergio, *La Teoría de la División de Poderes y la Cultura Física en los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Espasa Calpe, Duodécima Edición, Madrid, 2007

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1995.

SERNA DE LA GARZA, José Ma., Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad en México. Publicación Electrónica, núm. 1, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/19.pdf>

SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, 19a. ed., México, Porrúa, 2012.

\_\_\_\_\_, *Ciencia Política, la proyección actual de la Teoría General de Estado*, 13a., ed., México, Porrúa, 1995.

\_\_\_\_\_, *Derecho Administrativo*, 29a. ed., México, Porrúa, 2010

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado*, 5a., ed., México, Porrúa, 2009.