

CAPÍTULO II

LA CONSTITUCIÓN

1. Planteamiento	15
2. El orden jurídico	16
3. Concepto de constitución	21
4. Algunos aspectos sobre la constitución y el órgano constituyente	24
5. La “constitución escrita” y la constitución	27

CAPÍTULO II

LA CONSTITUCIÓN

SUMARIO: 1. *Planteamiento*; 2. *El orden jurídico*; 3. *Concepto de constitución*; 4. *Algunos aspectos sobre la constitución y el órgano constituyente*; 5. *La "constitución escrita" y la constitución*.

1. *Planteamiento*

Es frecuentemente sostenido que la constitución de un orden jurídico, para ser considerada como tal, requiere satisfacer cierto contenido. Típico de esta tendencia es el artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución". El desarrollo del constitucionalismo moderno, con el advenimiento de las constituciones escritas, vinculó por lo general la noción de constitución con un contenido específico: limitación del poder gubernamental, libertad individual, derechos humanos fundamentales, división de poderes, democracia parlamentaria, etcétera.

Sin embargo, pareciera que la noción de constitución del párrafo anterior, cuyo carácter es eminentemente persuasivo, sólo pretendía coronar con la etiqueta de "constitución" o "constitucional" ciertos sistemas gubernamentales y excluir otros. Al respecto, debe observarse que el liberalismo y la democracia, por ejemplo, son sólo dos tipos de organización jurídico-política posibles, como pueden serlo también el socialismo y la autocracia. Surge así la necesidad de proporcionar un concepto jurídico de constitución que abarque a todos los tipos de constitución que, en relación a los distintos sistemas, existen o pueden existir.

Es claro que resulta no sólo interesante sino necesario el análisis valorativo —desde el punto de vista político y moral— de los distintos sistemas y sus respectivas constituciones. No obstante, es prioritario proporcionar un concepto jurídico de constitución —ética y políticamente neutro, que atienda sólo a propiedades descriptivas empíricamente verificables—, el cual permita establecer objetivamente cuándo se estará en presencia de una constitución, sin que ello implique juicios de valor tendientes a justificar o rechazar el sistema respectivo. Una vez reco-

nocidos o identificados ciertos objetos como constitucionales, sólo entonces será posible y conveniente distinguir, nítidamente, el contenido que efectivamente tiene cierta constitución del contenido que debiera tener —desde el punto de vista valorativo— esa constitución (tarea esta última que excede los propósitos de este trabajo).

Si sólo se aplicara el concepto de constitución a determinados objetos que satisficieran algún ideal específico de justicia, libertad o democracia, además de provocar quizá alguna incomunicación entre juristas con diferentes valores, se correría el riesgo de confundir la realidad con nuestros ideales. En efecto, desde esta perspectiva nada sería empíricamente constitución, sino que se aplicaría dicho término sólo a aquello que debiera ser constitución. Esta situación obstaculizaría no sólo la descripción de la realidad sino la crítica de esa realidad según nuestros ideales. Igualmente, ante dicha perspectiva no sería posible hacer comparaciones —que, por otro lado, resultan sumamente útiles— entre constituciones, por ejemplo, justas e injustas, liberales y opresivas, democráticas y no democráticas. Por lo anterior, es necesario establecer un concepto de constitución que atienda exclusivamente a características descriptivas y excluya cualquier alusión a propiedades valorativas.

Uno de los intentos más difundidos para caracterizar a la constitución —y, en general, al derecho— según propiedades descriptivas verificables empíricamente, sin aludir a notas estimativas o valorativas, ha sido el realizado por Hans Kelsen a través de su *Teoría pura del derecho*. Así, en las próximas páginas se expondrá, brevemente, la noción kelseniana de orden jurídico para arribar a un concepto de constitución consistente con dicho modelo. Posteriormente, se corroborará la operatividad de tal concepto, analizando las características más relevantes de la constitución y del órgano que la crea, denominado comúnmente “poder constituyente”. Para concluir, se cuestionará si el documento solemne establecido por la mayoría de los estados modernos y habitualmente conocido como “constitución” funciona siempre, en la experiencia jurídica, como la constitución del respectivo sistema normativo, aludiendo a la plausibilidad de un derecho constitucional consuetudinario.

2. El orden jurídico

Si se atiende a las características comunes que exhiben los diversos objetos que habitualmente son designados como “derecho” —o por cualquiera de sus equivalentes en otros idiomas (*ius*, *Recht*, *law*, *droit*, *diritto*, etcétera)— se podrá observar que todos ellos aparecen como ordenamientos de la conducta humana.¹ El derecho se presenta así como

¹ Cfr., KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción española de la segunda

un conjunto de normas que regulan la conducta humana.² Todas estas normas que constituyen el derecho no están aisladas o separadas entre sí, sino por el contrario, se encuentran íntimamente relacionadas de tal manera que forman órdenes o sistemas jurídicos.³ Una pluralidad de normas constituye un “orden” o “sistema” cuando éstas forman una unidad, lo cual ocurre cuando todas ellas tienen el mismo fundamento de validez.⁴

El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra, nunca en un hecho.⁵ Así, las normas derivan su validez de otras, las cuales, a su vez, encuentran su apoyo en otra u otras, hasta llegar a la norma última, la que sirve de base o fundamento a las demás normas del sistema y que, por esa circunstancia, se le denomina “norma fundamental”.⁶ Todas las normas cuya validez puede ser referida a

edición en alemán por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, p. 44. Conforme al modelo kelseniano, otra nota común del derecho es su carácter coactivo, elemento que permite diferenciarlo de los demás sistemas sociales que regulan la conducta humana. En este sentido, el derecho no es más que una técnica social específica que consiste en provocar la conducta socialmente deseada mediante la amenaza de aplicar una medida coactiva, con el carácter de sanción, en caso de conducta contraria (*vid.*, *ibidem*, pp. 46 y 55).

² Las normas pueden referirse a contenidos objetivos distintos de la conducta humana —como los hechos o los acontecimientos—, pero sólo en cuanto éstos sean condiciones o efectos de la conducta humana (*cfr.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 25-26). Sin embargo, pareciera que esto sólo correspondiera a los sistemas jurídicos de los pueblos civilizados, puesto que en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, las plantas, inclusive de cosas inanimadas —en virtud de una representación animista—, se regulaba en idéntica manera por el orden jurídico (*cfr.*, *ibidem*, pp. 45-46).

³ En el presente trabajo interesa determinar el criterio que permite identificar un conjunto de normas como constituyendo un orden jurídico —problema de la identidad—, mas no se pretende profundizar sobre la cuestión de saber qué es una norma jurídica completa —problema de la individuación—. En cuanto a la plausibilidad teórica de deslindar el problema de la identidad de los sistemas jurídicos del problema de la individuación, *vid.*, Raz, Joseph, “La identidad de los sistemas jurídicos”, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, México, año vii, núm. 19, enero-abril de 1974, pp. 141-142.

⁴ *Cfr.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1), pp. 44-45.

⁵ La imposibilidad lógica de desprender consecuencias normativas de premisas de hecho, o viceversa, se puntualiza en el siguiente aserto kelseniano: “De que algo sea, no puede seguirse que algo deba ser; así como, de que algo sea debido, no puede seguirse que algo sea” (*idem*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 201). Sin embargo, como se explicará más adelante, hay cierta relación entre el deber y el ser: puesto que para que una norma jurídica sea considerada como válida, no sólo requiere ser establecida por un acto del ser sino tener cierto grado de eficacia, es decir, debe ser de hecho generalmente aplicada y obedecida (*vid.*, *ibidem.*, pp. 20-25).

⁶ “La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es —como la que se refiere a la causa de un efecto— un *regressus ad infinitum*, sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez

una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden. Que una norma pertenece a cierto orden jurídico se puede comprobar sólo si deriva su validez de la norma fundamental que constituye tal orden.⁷

Es de observar que el derecho —el orden jurídico— es siempre positivo, y su positividad consiste en el hecho de que es creado, aplicado y nuli-ficado por actos de seres humanos, los cuales transcurren en el espacio y en el tiempo. Las normas que integran un orden jurídico (las senten-cias, la constitución, las leyes, los contratos, etcétera) son “puestas”, “establecidas” o “creadas” por actos humanos,⁸ lo cual es una forma metafórica de expresar que tales actos adquieren el *sentido* o la signi-ficación específica de constituir normas jurídicas.⁹ Sin embargo, no cualquier persona que pretenda “establecer” de *manera subjetiva* una “norma” —proporcionándole a sus actos una significación normativa—, va a crear una norma *válida*, es decir, una norma obligatoria que *deba* ser obedecida por los destinatarios de la misma. Una “norma” que no sea jurídicamente válida no es una norma jurídica. Una norma válida es una norma, mientras que una “norma” inválida no lo es.

Para que una norma sea considerada *válida* y obligue, es necesario que el sentido subjetivo del acto mediante el cual fue establecida se interprete también como su *sentido objetivo*. Un acto cuyo sentido sub-jetivo sea el de constituir una norma adquiere también ese sentido objetivo a través de otra norma; esto es, cuando ese acto ha sido auto-

dentro de un sistema normativo” KELSEN, HANS, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, 2ª ed., México, UNAM, 1979, p. 131. Para evitar equívocos conviene advertir que en este trabajo se alude, por “norma fundamental”, al último fundamento jurídico positivo de cierto orden normativo y, en relación al postulado epistemológico kelseniano que permite considerar como válidas todas las normas de dicho orden, se le denomina “norma hipotética funda-mental” (*vid., infra*, nota 13).

⁷ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1), pp. 201-202; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 6), pp. 130-131. *Contra*, HART, H. L. A., “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, traducción de Rolando Tamayo, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, nueva serie, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre de 1974, pp. 132-140; *idem.*, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2ª ed., México (reimpresión), 1978, pp. 113-137. Igualmente, *contra*, RAZ, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 122-129; *idem*, *The Concept of a Legal System*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 95-109 y 187-202.

⁸ Las normas *no puestas* —las extrahistóricas— se encuentran al margen de la experiencia jurídica y no forman parte de un estudio positivista del derecho.

⁹ Hay que distinguir entre la norma y el acto que la crea; esto es, se debe dife-renciar entre lo fáctico del acto o de la serie de actos sensiblemente perceptibles y que acaecen en el espacio y en el tiempo, de la significación normativa que tales actos adquieren por el lado del derecho (*cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 16).

rizado por una norma que, por ello, funciona como su fundamento de validez.¹⁰ Es claro que la norma que sirve de fundamento de validez a una norma específica requiere, a su vez, ser válida, lo cual ocurre cuando la misma ha sido creada de conformidad a lo previsto por otra también válida y, hasta llegar a la norma fundamental del sistema. En este sentido, la norma fundamental constituye el criterio último que nos permite distinguir los actos de seres humanos que pueden crear normas jurídicas, de otros actos que no tienen tal efecto, así como a los individuos con el carácter de órganos creadores de derecho, de otros a quienes no se otorga tal carácter.

Es necesario advertir, pues, que las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma fundamental tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas porque la exigencia que emana de las mismas sea considerada intrínsecamente valiosa. Las normas jurídicas pueden tener cualquier clase de contenido. No hay conducta humana que, en cuanto tal, se encuentre excluida de constituir el contenido de una norma jurídica. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida en virtud de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Tomando en cuenta que un orden jurídico positivo es libre de establecer cualquier contenido para sus normas, debe rechazarse toda doctrina que pretenda ignorar como derecho cierto tipo de disposiciones simplemente por considerarlas injustas, inmorales, desnaturalizadas o por cualquier otro pretexto. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con lo previsto por determinada norma, y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico constituye el criterio último de acuerdo con el cual las normas de tal orden son establecidas y anuladas, es decir, adquieren y pierden validez.¹¹

Lo anterior revela otra peculiaridad del propio derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye el fundamento de validez de la primera. Si a la norma que regula la creación de otra se le considera superior a ésta y a la creada de acuerdo con tal regulación, se le estima inferior a la primera; entonces, puede decirse que las normas de un orden jurídico se encuentran estructuradas jerárquicamente de tal manera que la norma fundamental constituye la suprema razón de validez de dicho orden.¹²

La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fun-

¹⁰ Cfr., *ibidem*, pp. 16-22.

¹¹ Cfr., Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1), p. 205; *idem.*, *op. cit.*, *supra* (nota 6), p. 133.

¹² Cfr., *ibidem.*, p. 232; *ibidem*, p. 146.

damental del propio orden se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con tal norma fundamental. A la pregunta, por ejemplo, de por qué una norma individualizada —una sentencia judicial— vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad con cierta ley. Esta ley, por su parte, deriva su validez de la constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente bajo el procedimiento previsto por la propia constitución. Si inquirimos por qué la constitución es válida, tal vez encontremos su fundamento de validez en otra constitución más antigua. Llegaremos, así, finalmente a una constitución que es históricamente la primera, esto es, que no es enmienda de una constitución previa, y que funciona como el último fundamento jurídico positivo del orden jurídico en cuestión.¹³

Ahora bien, para sostener que cierta constitución *funciona* como el último fundamento jurídico positivo de cierto sistema de normas, es necesario que históricamente se produzca el orden jurídico que dicha constitución establece, lo cual indica que, en última instancia, se requiere que el orden jurídico determinado por esa constitución sea eficaz,¹⁴

¹³ Conforme al modelo kelseniano, la validez de esta primera constitución es el supuesto último, el *postulado* final del que depende la validez de todas las normas del respectivo orden jurídico. Se prescribe que “debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera constitución”. Ésta es la norma hipotética fundamental del orden jurídico en cuestión, la cual confiere validez, inmediatamente, a una determinada constitución y, mediatamente, a las demás normas jurídicas producidas conforme a esa constitución (*cfr.*, *ibidem*, pp. 208-209; *ibidem*, p. 135; *vid.*, *supra*, lo apuntado en la nota 6). Al respecto señala Kelsen: “La norma básica (norma hipotética fundamental) no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, la básica (hipotética fundamental) no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas... Al formular la norma básica (hipotética fundamental), no introducimos en la ciencia del derecho un nuevo método. Tan sólo hacemos explícito lo que todos los juristas, inconscientemente en la mayoría de los casos, dan por supuesto, cuando consideran el derecho positivo como un sistema de normas válidas, y no únicamente como un conjunto de hechos” (KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 137; lo que se encuentra entre paréntesis es nuestro).

¹⁴ De esta manera, resulta clara la afirmación de Kelsen de que una constitución se supone válida sólo cuando el orden jurídico que crea es largamente eficaz. Como él advierte, la norma hipotética fundamental no es un producto arbitrario de la imaginación del jurista sino, por el contrario, tiene un carácter eminentemente empírico, ya que su contenido se encuentra determinado por los hechos a través de los cuales es creado y aplicado cierto orden; esto es, por el material positivo que deséase comprender como derecho, por los actos humanos realizados en el espacio y en el tiempo y que son interpretados como actos jurídicos. En efecto, la norma hipotética fundamental de cualquier orden jurídico positivo sólo confiere autoridad jurídica a aquellos actos por los cuales es creado y aplicado un orden que en su totalidad tiene un mínimo de eficacia (*cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 209-211; *idem*,

ya que en caso contrario tal pretendida “constitución” no estaría fundamentando ordenamiento normativo alguno, por lo que no funcionaría como constitución y quedaría al margen de la experiencia institucional, considerándose como si no existiera.¹⁵ Así pues, un orden jurídico positivo consiste en la primera constitución histórica y todas las normas creadas, directa o indirectamente, por el ejercicio de los poderes conferidos por esa primera constitución. Una norma pertenece a cierto orden jurídico si, y sólo si, es parte de la primera constitución o ha sido creada a través del ejercicio de los poderes conferidos, directa o indirectamente, por esa primera constitución.

3. Concepto de constitución

Como se apuntó, el derecho se concibe como un conjunto de normas relacionadas entre sí y estructuradas jerárquicamente de tal manera que la producción de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior. La relación entre las normas de una grada superior y las de una grada inferior del orden jurídico —por ejemplo, entre lo que se conoce como constitución y una ley, o entre la ley y una sentencia judicial— es una *relación de determinación* o vinculación: la norma de grado superior regula el acto por el cual es producida la norma de nivel inferior (o el acto de ejecución, según el caso); así pues, aquella no sólo determina el procedimiento bajo el cual debe producirse la norma que la aplica, sino que, eventualmente, establece también —hasta cierto grado— cuál ha de ser su contenido.

Al señalar o determinar las características que deben satisfacer los actos o normas que las aplican, las normas de grado inferior encuentran su base o su fundamento en las de grado superior. En este sentido, las normas de una grada superior determinan, establecen o *constituyen* la producción de las normas de la grada inferior. Es así como ciertas normas realizan una función *constitutiva* en relación con los actos y normas que las aplican. Así pues, la “constitución” no representa sino la función de determinación que realiza cierta norma respecto al acto o norma que la aplica. Esta *función constitucional* es esencial en el orden jurídico, ya que se encarga de producir y relacionar las diversas normas que lo integran.

Debe observarse que todas las normas que determinan la forma de

op. cit., *supra*, nota 6, pp. 139-141). Así, la única razón por la que un conjunto de órdenes de una banda de ladrones no se considera como un sistema de normas jurídicas válidas es que, ese orden, no tiene aquella efectividad duradera sin la cual ninguna norma hipotética fundamental es presupuesta (*cfr.*, *idem*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 60).

¹⁵ *Vid.*, *infra*, “Desuetudo constitucional”.

producción —y, en ocasiones, el contenido— de otras, realizan la *misma función constituyente*. En efecto, en todas las etapas de la creación progresiva del derecho se presenta la misma relación de determinación entre un *acto o norma constituyente* y un *acto o norma constituido*. Si todas las normas que determinan la producción de otras realizan la misma función constituyente, entonces, la función que realiza lo que comúnmente se denomina “constitución”, en relación a los actos y normas que la aplican, es *exactamente igual* a la que se presenta en las demás gradas del orden jurídico, como, por ejemplo, entre la ley y una sentencia judicial.¹⁶

Conviene insistir en que la función constituyente que realizan ciertas normas en relación a las que inmediatamente las aplican es siempre igual, con independencia del lugar que ocupen dentro de la *creación escalonada del derecho*. Esta insistencia tiene por objeto evitar todos los elementos emocionales que la jurisprudencia dogmática constitucional incorpora al problema de la *aplicación* de las normas que *funcionan* como el último fundamento jurídico positivo de cierto orden jurídico, las cuales se conocen comúnmente con el nombre de “constitución”.¹⁷

De lo apuntado se observa que el término “constitución” es un tanto relativo, ya que corresponde a cualquier norma que determine la producción de otra. No obstante, se reservará este vocablo para designar a aquellas normas del orden jurídico que no se encuentran constituidas o determinadas por norma jurídica positiva alguna. En este sentido, la constitución de un orden jurídico se forma por el conjunto de normas que funcionan como el último fundamento jurídico positivo de dicho orden. La única diferencia que existe, pues, entre la constitución y cualquiera otra norma que determine la producción de otra (ley, reglamento, etcétera) es que la constitución determina o relaciona a la totalidad de las normas que integran un orden jurídico, en tanto que las demás sólo a una parte.

Es necesario observar que cualquier norma que determina la producción de otras puede representar a la constitución, en tanto último fundamento jurídico positivo de cierto orden normativo (total o parcial), todo depende de la dimensión de la experiencia jurídica que se considere. Es así como se puede hacer referencia a la constitución de una entidad federativa, provincia o departamento, a la constitución de un Estado (federal) nacional, o bien, a la constitución consuetudinaria de

¹⁶ Sobre la *función constitucional* que se presenta en el orden jurídico, *vid.*, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 127-128.

¹⁷ Algunos aspectos sobre los errores en que ha incurrido la dogmática jurídica cuando trata el problema relativo a la aplicación de la constitución, pueden consultarse en *ibidem*, pp. 129-131.

la comunidad internacional.¹⁸ Inclusive, una norma o un conjunto de normas denominado “ley” puede ser considerado como la constitución de un orden jurídico parcial, *v. gr.*, la ley que determinaba la organización de una colonia, si se toma en cuenta sólo a la colonia, o la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, si se considera sólo a esa entidad de los Estados Unidos Mexicanos; lo mismo que los estatutos constitutivos de una sociedad mercantil, si sólo se considera el orden jurídico parcial que dicha sociedad constituye, etcétera.¹⁹

Pues bien, si la constitución es la norma o conjunto de normas que funcionan como el último fundamento jurídico positivo de cierto orden o sistema, entonces, la constitución, al señalar las características que deben satisfacer los actos o normas que la aplican, contiene las determinaciones (normas o prescripciones) más generales de la creación progresiva o escalonada del derecho.²⁰ En tal virtud, y para los efectos de este trabajo, se puede caracterizar la constitución como al *conjunto de normas positivas más generales de cierto orden jurídico nacional*²¹ (siempre que *funcione* como tal, esto es, siempre que se produzca el orden jurídico que ella determina, pues en caso contrario tal pretendida “constitución” no estaría determinando ordenamiento normativo alguno y permanecería al margen de la experiencia jurídica).²²

El anterior concepto nos permite abarcar todos los tipos de constitución que existen o pueden existir, por lo que en él se incluye tanto a la modalidad escrita como a la no escrita, a la emanada de un órgano específico o a la que es producto de un procedimiento consuetudinario, a la que tenga un carácter democrático como a la que establezca un régimen totalitario, etcétera.

Asimismo, tal concepción indica que siempre que hay un orden jurídico (independientemente del origen, estructura o régimen ideológico, económico o político que sustente), en cuanto sistema de normas, dicho orden tendrá, necesariamente, una constitución, esto es, un último fundamento jurídico positivo que determine todo el sistema normativo.

¹⁸ Como sostiene Kelsen, los órdenes jurídicos nacionales son, considerando la totalidad de la experiencia jurídica, órdenes jurídicos parciales que forman parte de la comunidad internacional (*vid.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 225-228 y 338-341).

¹⁹ *Vid.*, TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 16), p. 129.

²⁰ Parafraseando lo apuntado por Rolando Tamayo en: *ibidem*, p. 128.

²¹ Esta noción corresponde, esencialmente, a la de “constitución en sentido material” de Hans Kelsen; *cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1), pp. 232-233; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 6), pp. 146-147.

²² *Vid.*, *supra*, lo apuntado al final del inciso anterior. En este orden de ideas resulta exacta la afirmación de Kelsen, siguiendo a Verdross, de que “un orden jurídico es positivo si se le individualiza y en tanto que se le individualiza” KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1973, p. 327).

Como advierte el profesor Biscaretti:

*Todo Estado tiene siempre una Constitución... Un Estado no constituido sería algo sin sentido, una contradicción en los términos. En sus formas más rudimentarias la Constitución podrá reducirse a una sola institución: la del soberano absoluto, y a una sola norma (a menudo puramente consuetudinaria), la cual estatuye que todos los poderes corresponden al rey; pero siempre habrá una Constitución.*²³

4. Algunos aspectos sobre la constitución y el órgano constituyente

La constitución desempeña, pues, la función esencial de relacionar la totalidad de las normas jurídicas que integran cierto orden. En este sentido, la constitución representa a la norma o al conjunto de normas que determina las características más generales del procedimiento de creación progresiva del orden jurídico, es decir, contiene las disposiciones más generales de cierto sistema normativo.

En efecto, al observar determinado orden jurídico nacional se advierte que el estrato superior jurídico positivo se encuentra representado por la constitución. Es así como ésta constituye el último fundamento jurídico positivo de todo el orden jurídico estatal.²⁴ “Como quiera que se defina —apunta Kelsen—, la constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que se pretende conocer.”²⁵

La constitución es la norma suprema de un específico orden jurídico. Sobre ella no hay norma jurídica nacional alguna que la determine. Por el contrario, ella determina todas las normas que integran dicho orden jurídico. Como certeramente señala el profesor Schmill, la constitución “es el fundamento de todo el sistema jurídico, es la que determina el particular sistema normativo de un Estado, sus características esenciales y los métodos o cauces por los cuales la actividad estatal y la de los individuos se debe desarrollar”.²⁶

Ahora bien, la constitución, en cuanto último fundamento jurídico positivo de un orden estatal, determina al órgano encargado de realizar el acto que inmediatamente la aplicará y el procedimiento a través del cual éste debe presentarse, así como, en cierta medida, el contenido de

²³ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, traducción de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, p. 149.

²⁴ *Id.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1), pp. 232-233.

²⁵ KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la constitución”, traducción de Rolando Tamayo, en *Anuario Jurídico*, vol. 1, UNAM, 1974, p. 476.

²⁶ SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *El sistema de la constitución mexicana*, México, Textos Universitarios, S. A., 1971, p. 17.

las normas que la sucederán, ya sea en forma positiva o negativa, esto es, disponiendo que dichas normas deben cumplir con determinado contenido específico.

Cuando la constitución determina que las normas que la aplicarán deben cumplir con cierto contenido, en realidad, sólo se da la promesa de promulgar alguna norma (ley, reglamento, etcétera) con dicho contenido, puesto que, por razones de técnica jurídica, el órgano encargado de aplicar la constitución difícilmente se encontraría en obligación de hacerlo.²⁷ En cambio, más eficaz resulta la determinación de la constitución que señala que las normas que la aplicarán deben abstenerse de un contenido específico, ya que puede prever que los órganos infractores incurran en responsabilidad personal, o bien, establecer un procedimiento donde quepa la posibilidad de cuestionar y, en su caso, anular la norma (ley, reglamento, decisión administrativa, sentencia, etcétera) que no se adecue a lo previsto por la constitución.²⁸

Cabe observar que al determinar el contenido del que deben abstenerse los actos y normas de aplicación, en realidad, lo que hace la constitución es limitar el ejercicio de las facultades que concede a los órganos que constituye. Así, por ejemplo, como señala Schmill: "Las garantías individuales son las determinaciones constitucionales que limitan materialmente las competencias conferidas a los órganos del Estado".²⁹

En tanto que la constitución determina, en cierto grado, el contenido de las normas que la sucederán, nos encontramos con la posibilidad de que no sólo las normas inmediatamente subordinadas a la constitución —aquellas que son un tanto menos generales y que comúnmente son conocidas como "leyes"— sino también otras normas jurídicas (como "reglamentos" e, incluso, actos individuales) sean directamente inconstitucionales si no se adecuan a lo previsto por la constitución.

En la primera parte del presente capítulo, se advirtió que las normas que integraban un orden jurídico eran sólo las positivas, en tanto establecidas por actos humanos ocurridos en el espacio y en el tiempo. Fue así como se caracterizó a la constitución como el último fundamento jurídico positivo de un cierto sistema de normas. Pues bien, siguiendo al profesor Ulises Schmill, el carácter histórico de la constitución puede demostrarse por dos caminos: a) porque existieron actos humanos dados

²⁷ Cfr., Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1), p. 234. Conforme al modelo kelseniano, para que un individuo se encuentre bajo la obligación o el deber jurídico de realizar cierta conducta, se requiere que la conducta opuesta figure como la condición para la aplicación de un acto coactivo, con el carácter de sanción (*vid.*, *ibidem*, pp. 129-133).

²⁸ *Vid.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 25), pp. 489-490 y *passim*.

²⁹ Schmill, *op. cit.*, *supra* (nota 26), p. 112.

en el tiempo y el espacio, es decir, en un lugar determinado y en ciertas fechas, cuya significación fue la creación de una constitución y, b) porque con arreglo a esta constitución se comportan los hombres que habitan un cierto territorio, porque a ella ajustan su conducta.³⁰

Aquellos actos cuya significación sea la de establecer una constitución adquieren el carácter de actos constituyentes. El conjunto de hombres que a través de sus actos establece la constitución recibe el nombre de órgano constituyente. El órgano constituyente es el órgano que determina a todos los demás órganos del Estado.

El órgano constituyente no tiene un carácter puramente pasivo, reproductor de una realidad. En él hay una voluntad formativa; su actividad es *constituyente*, no reproductora. La función del órgano constituyente es creadora de derecho y, en este sentido, no representa meras palabras descriptivas de ciertos hechos, sino que determina la *creación de una realidad jurídica que no existía antes*.³¹

Es oportuno mencionar que del mismo modo que la constitución no tiene una validez *superior* respecto de las demás disposiciones de un orden jurídico, ya que la función que realiza es exactamente igual a la de cualquier norma que la sucede o aplica, nos encontramos con que el órgano constituyente tampoco cuenta con un *poder* —como frecuentemente lo pretende la dogmática constitucional— cualitativamente mayor al de cualquier otro órgano constituido; su única diferencia es que el órgano constituyente determina a todos los demás órganos estatales. La función que desempeñan los diversos órganos jurídicos es de igual importancia dentro de la creación progresiva del derecho.³²

La constitución puede ser producida —como se había apuntado— a través del procedimiento consuetudinario de creación, o bien, por un acto, de uno o varios individuos, directamente encaminado a tal efecto, esto es, mediante el procedimiento realizado por lo que comúnmente se conoce como “congreso”, “asamblea” o “poder constituyente”. Pues bien, en virtud de que en este último caso siempre queda vertida en un documento se suele hablar de “constitución escrita”,³³ la cual desempeña una función específica.

³⁰ Cfr., *ibidem*, p. 18.

³¹ Cfr., *ibidem*, pp. 106-107.

³² Vid., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 16), pp. 127-131.

³³ En virtud de que la “constitución escrita” —como se explicará con detenimiento más adelante— no corresponde exactamente con la constitución de un orden jurídico, tal y como se ha descrito, durante el desarrollo de este trabajo se escribirá entrecomillada, reservando el término *constitución* para aludir al último fundamento jurídico positivo de un orden jurídico nacional.

5. La “constitución escrita” y la constitución ³⁴

La “constitución escrita” no es sino la constitución en sentido formal, ³⁵ esto es, el documento solemne que contiene al conjunto de disposiciones consideradas como *fundamentales* de cierto orden jurídico y que se caracteriza por su procedimiento más dificultado de elaboración.

La conveniencia de comprender las disposiciones “constitucionales” en un texto solemne único tiene dos antecedentes principales. Uno, bastante remoto, revivido por el puritanismo tanto en Inglaterra como en sus colonias de Norteamérica: el pacto bíblico que se imponía tanto a gobernantes como gobernados, el cual constaba *por escrito* en las Sagradas Escrituras. El otro, quizá más relevante, obedeció a la difusión por varios escritores políticos del siglo xviii, sobre la base de una concepción iusnaturalista, la cual argumentaba que se reproducía en tal texto el supuesto “contrato social”. ³⁶

Partiendo del principio de que la constitución es un pacto —señala Kelsen—, se llegó a proclamar la necesidad de un documento constitucional... Así como los contratos de cierta importancia suelen otorgarse en escritura pública y solemne, del mismo modo se pensó en la conveniencia de extender el pacto constitucional en documento público, con la firma de los legisladores como partes contratantes. ³⁷

Sin embargo, se ha observado que pretender reunir en un sólo documento todas las disposiciones constitucionales presenta varios problemas de técnica jurídica e, igualmente, ha provocado que la “constitución escrita” con frecuencia no se adapte a la evolución constante de las exigencias sociales, razón por la cual resulta muy cuestionable su conveniencia. ³⁸

La solemnidad que envuelve a la “constitución escrita” (con todos los elementos que la pueden componer, tales como preámbulo, exposición de motivos, declaración de derechos, etcétera), en realidad no tiene otro objetivo —consciente o inconsciente— que tratar de proporcionar una mayor dignidad que sirva para garantizarle una amplia efectividad en su aceptación por los destinatarios. ³⁹

³⁴ Esta distinción corresponde, en esencia, a la más difundida, que diferencia entre constitución formal y constitución material.

³⁵ *Id.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1), p. 233.

³⁶ *Id.*, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, UNAM, tomo I, 1979, pp. 169-172.

³⁷ Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 22), p. 331.

³⁸ *Cfr.*, BISCARETTI, *op. cit.*, *supra* (nota 23), p. 262.

³⁹ *Id.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 6), pp. 309-318.

Es indudable que la “constitución escrita” permite que conste fehacientemente la voluntad del constituyente, con lo cual se pretende incrementar la seguridad jurídica de los destinatarios. No obstante, es claro que también tiene como propósito asegurar la permanencia y la regularidad de las funciones orgánicas por ella determinadas. Para la consecución de este último objetivo, la “constitución escrita” establece un régimen de *supralegalidad* constitucional.

Es así como las disposiciones de la “constitución escrita” en vez de ser formuladas por los órganos legislativos ordinarios a través de su procedimiento habitual de trabajo, son expedidas ya sea por órganos especialmente reunidos (*asambleas* electas con tal finalidad y comúnmente calificadas como *constituyentes*, cuerpo electoral interpelado necesariamente mediante referéndum, etcétera), o bien por los órganos legislativos ordinarios, pero con procedimientos más elaborados y complejos (los llamados *procedimientos dificultados*: reuniones de las dos cámaras en sesión conjunta, necesidad de mayorías calificadas en cada una de ellas, aprobación reiterada en el tiempo o en posteriores legislaturas, etcétera), con lo que se llega a contraponer el “poder legislativo ordinario” al “poder constituyente o de revisión constitucional”. De esta distinción se deriva, además, la difundida diferenciación entre las *constituciones rígidas* (las que son modificables sólo mediante los procedimientos más complejos antes mencionados) y las *constituciones flexibles* (aquellas modificables a través del procedimiento legislativo ordinario). Otra garantía de la “supralegalidad” constitucional vienen a ser los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración, particularmente por vía jurisdiccional.⁴⁰

Es conveniente observar que el régimen de “supralegalidad” constitucional puede traducirse en el fortalecimiento del poderío de un determinado grupo que se encuentra protegido por la “constitución escrita”.⁴¹ Así pues, hay ocasiones que ésta se encarga de proporcionar a ciertas disposiciones que no son estrictamente constitucionales —es decir, que no representan a las normas positivas más generales del respectivo sistema normativo— una relativa permanencia, aprovechando el procedimiento dificultado de reforma que la misma establece, para evitar que sean fácilmente modificadas por cualquier otro grupo que llegue al poder.

Pues bien, es claro que el hecho de que el documento llamado “constitución” no logre reunir a todas las disposiciones materialmente consti-

⁴⁰ Vid., BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, traducción de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 286-287.

⁴¹ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 22), p. 330. “La doctrina del *pouvoir constituant* no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo” (*ibidem*, p. 331).

tucionales o, asimismo, el que haya casos en que las disposiciones que tal documento contenga no puedan considerarse estrictamente constitucionales, conduce a diferenciar a la auténtica constitución, de lo que comúnmente se conoce como “constitución escrita”.

Si se toma en cuenta que la constitución, de acuerdo con lo apuntado anteriormente, sólo se integra por las normas más generales de cierto orden jurídico, entonces, una “constitución escrita” sólo será constitución si las determinaciones que contiene funcionan como el último fundamento jurídico positivo del sistema normativo en cuestión.

Por el contrario, todo aquello que conste en dicha “constitución escrita” que no funcione como fundamento jurídico positivo del sistema normativo, representará algún ideario político, económico o religioso; cierta prédica social; meras palabras de un texto; etcétera; pero jamás se podrá considerar como constitución.⁴² Como también advierte el profesor Wheare, hay ocasiones en que las “constituciones escritas” contienen materiales que en sentido estricto no son constitucionales o, en todo caso, no son susceptibles de traducirse en auténticas normas jurídicas que regulen comportamiento humano.⁴³ Todos estos contenidos de la “constitución escrita” que carecen de función normativa alguna, si bien cuentan con mayor o menor relevancia política, equivalen jurídicamente —empleando la terminología de Fernando Lassalle—⁴⁴ a una mera *hoja de papel*.

Si se compara la distinción establecida entre “constitución escrita” y constitución (que, como se apuntó, equivale en esencia a la que se hace entre constitución formal y constitución material) con la clasificación ontológica de las constituciones, elaborada por el ilustre profesor Loewenstein, se podrá apreciar que mientras la primera se refiere exclusivamente al criterio jurídico para determinar qué es lo que funciona como último fundamento jurídico positivo de cierto sistema de normas, la segunda se encamina a analizar la concordancia de las normas cons-

⁴² Vid., Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1), pp. 65-66; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 6), pp. 146-147 y 309-318.

⁴³ Cfr., WHEARE, K. C., *Las constituciones modernas*, Barcelona, Editorial Labor, 1971, pp. 37-38. “Ejemplo de la inclusión en una ‘constitución’ de una materia de tipo no constitucional es la disposición introducida en la ‘constitución suiza’ (artículo 25 bis) en 1893, que prohíbe apuñalar a los animales destinados al matadero para carne sin haber sido previamente apaleados y aturdidos. Por otro lado, muchas ‘constituciones’ modernas contienen declaraciones de derechos de los súbditos o los ciudadanos, o de objetivos políticos, o del origen y fines del Estado que, aunque relativamente interesantes para el estudio de las cuestiones constitucionales, no se reducen ni casi nunca pueden reducirse a normas legales” (*ibidem*; las medias comillas son nuestras).

⁴⁴ Cfr., LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1940, pp. 61-62.

titucionales con la realidad del proceso del poder.⁴⁵ Al respecto, se puede decir que la “constitución escrita” equivale, en cierta medida, a lo que dicho autor denomina constitución nominal;⁴⁶ por otra parte, constitución —conforme a la terminología empleada en este trabajo— abarca tanto a la constitución normativa⁴⁷ como a la constitución semántica.⁴⁸ Como se advirtió, la clasificación de las constituciones⁴⁹ en atención a ciertos valores —en el caso de Loewenstein, según la distribución o no del ejercicio del poder político— es sumamente útil y valiosa, pero excede a los propósitos del presente estudio, ya que aquí sólo se procura determinar un concepto jurídico e ideológicamente neutro de constitución, sin pretender justificar o rechazar un sistema normativo específico.

Ahora bien, si la “constitución escrita” no siempre concuerda con la constitución propiamente dicha, es posible señalar las siguientes relaciones que se pueden dar entre ambas: a) Las disposiciones más generales del sistema, las cuales figuran como el último fundamento jurídico positivo del mismo, se encuentran contenidas, entre otras cosas, en el documento solemne llamado “constitución”; en este caso la “constitución escrita” expresa la constitución del orden jurídico nacional. b) La “constitución escrita” no contiene la totalidad de las determinaciones que funcionan como último fundamento jurídico positivo del orden jurídico; en este segundo caso la “constitución escrita” es constitución sólo en parte. c) La “constitución escrita” no consigna absolutamente disposición alguna que funcione como la constitución del orden jurídico nacional; en este último caso la “constitución escrita” es solamente un

⁴⁵ *Vid.*, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, traducción de Alfredo Gallego, 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1976, pp. 216-222.

⁴⁶ Por constitución nominal, según Loewenstein, se entiende la falta de concordancia entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales, a causa de una serie de factores sociales y económicos. La función de la constitución nominal es educar a la población sobre un “gobierno constitucional” que establezca límites al poder, y la meta es convertirse en constitución normativa, que determine realmente la dinámica del poder, lo cual puede ocurrir debido a la buena voluntad de los detentadores y de los destinatarios del poder (*cfr.*, *ibidem*, p. 218).

⁴⁷ En el caso de la constitución normativa, sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a los límites establecidos por ella (*cfr.*, *ibidem*, p. 217).

⁴⁸ La constitución semántica es aquella que, si bien es plenamente aplicada y observada, no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores fácticos del poder, quienes la utilizan para estabilizar y perpetuar su poder, en lugar de que sirva para limitar al propio poder (*cfr.*, *ibidem*, pp. 218-219).

⁴⁹ Un examen sobre los diversos criterios para clasificar a las constituciones, aportando nuevos elementos para el efecto, puede consultarse en CARPIZO, Jorge, “La clasificación de las constituciones. Una propuesta”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Nueva serie, año XII, núm. 38, mayo-agosto de 1980, pp. 359-380.

texto llamado “constitución” que no fundamenta al orden jurídico del estado nacional, por lo cual es ignorada por la experiencia jurídica.

En los supuestos a que se refieren las dos últimas hipótesis, considerando que todo orden jurídico tiene forzosamente una constitución, ¿cómo se puede determinar cuál es la constitución de un sistema de normas en ausencia de textos que la consignent? Si la auténtica constitución, en dichos casos, no es producto del proceso legislativo constitucional, ¿sería razonable concluir que la misma se deriva de algún otro procedimiento normativo de creación? ¿Cabría pensar, entonces, que las disposiciones constitucionales fueran producto del procedimiento consuetudinario de creación jurídica?

Antes de intentar responder las anteriores preguntas, será conveniente señalar cuál es el criterio que nos permite determinar cuándo nos encontramos en presencia del procedimiento consuetudinario de creación de derecho.