

CAPÍTULO V

EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONSUETUDINARIO

1. Planteamiento	89
2. El establecimiento de la constitución y su carácter consuetudinario	95
3. La substitución consuetudinaria de la constitución	98
4. La modificación consuetudinaria de la constitución	103

CAPÍTULO V

EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONSUETUDINARIO

(con especial referencia al ordenamiento mexicano)

SUMARIO: 1. *Planteamiento*; 2. *El establecimiento de la constitución y su carácter consuetudinario*; 3. *La substitución consuetudinaria de la constitución*; 4. *La modificación consuetudinaria de la constitución*.

1. *Planteamiento*

En esta última parte del trabajo nos interesa analizar la función que desempeña el derecho consuetudinario en el establecimiento, aplicación, substitución y reforma de la constitución.

De acuerdo con lo apuntado en el capítulo segundo, la constitución consiste en el último fundamento jurídico positivo de cierto orden normativo. En este sentido afirmamos que la constitución se integraba con el conjunto de disposiciones más generales del sistema de normas de un estado nacional, siempre que fuera eficaz, esto es, en tanto se produjera el orden jurídico determinado por esa constitución.

Asimismo, advertimos que todo orden jurídico, independientemente del régimen ideológico, económico o político que sustentase, en cuanto sistema de normas, tendría, forzosamente, una constitución, la cual podría ser producida por vía consuetudinaria, o bien, por un acto, de uno o varios individuos, directamente encaminados a tal efecto, quedando vertida generalmente, en este último caso, en un documento solemne al que denominamos “constitución escrita”.

Pues bien, atendiendo a la doctrina constitucionalista podemos observar que un gran número de juristas reconocen la existencia jurídica de la costumbre constitucional, esto es, admiten la posibilidad de que, junto al derecho constitucional establecido por una “constitución escrita”, se forme un derecho constitucional consuetudinario.

En efecto, tomando en cuenta que la “constitución escrita” no puede prever todos los casos presentes y futuros,¹ es ampliamente aceptado

¹ Como se explicó en el último tema del capítulo III, las cualidades formales que la dogmática jurídica le ha atribuido a la legislación (ya se trate de la constitucional o la ordinaria) —tales como la precisión, la completitud y la consistencia—, no se presentan realmente en la práctica jurídica.

que el derecho constitucional puede integrarse por normas consuetudinarias que no figuren de manera expresa, ni implícita, en la “constitución escrita”, sin que tampoco puedan ser deducidas de su texto por alguna interpretación posible. Estas normas, afirma Girola, son establecidas por las prácticas adoptadas persistentemente por los órganos públicos más importantes, llegando a constituir el derecho que regula las relaciones entre los mismos.²

Sobre estas prácticas de los órganos públicos superiores que adquieren el carácter de obligatorias y determinan aspectos fundamentales de la actividad estatal, cabe observar que la doctrina inglesa las denomina *constitutional conventions* y las diferencia de las que considera propiamente *normas* constitucionales —ya sean estas últimas legislativas o consuetudinarias—, en tanto que a pesar de su misma obligatoriedad las primeras no pueden ser aplicadas coactivamente por los tribunales.³ En nuestra opinión y de conformidad a lo apuntado en el capítulo tercero, no hay inconveniente alguno para considerar a la mayoría de las llamadas *constitutional conventions* como auténticas costumbres constitucionales, en tanto que son establecidas por ciertos órganos jurídicos —aunque no se trate de tribunales— como el derecho aplicable ante determinadas situaciones “repetidas” y configuran algunas de las disposiciones más generales de un sistema normativo específico, al que sirven de último fundamento jurídico positivo.

Si, consecuentes con la doctrina inglesa aludida, se redujera el criterio de lo jurídico-normativo a sólo aquello reconocido por los tribunales, habría que ignorar un sinnúmero de disposiciones —muchas de ellas equivalentes a las *constitutional conventions* británicas—⁴ que han sido incluidas en una “constitución escrita” en otros sistemas jurídicos, por el simple hecho de que no corresponde a los jueces resolver jurisdiccionalmente al respecto. Piénsese aquí, por ejemplo, en varias de las disposiciones correspondientes a la denominada “parte orgánica” de las “constituciones escritas”.

Una vez salvada la anterior cuestión terminológica, cabe insistir en que gran parte de la doctrina acepta la existencia de una costumbre constitucional, ya sea para completar los textos legislativos constitucio-

² Cfr., GIROLA, Carlò, “Les coutumes constitutionnelles”, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, París, tomo III, 1935, p. 10.

³ Vid., DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 9th. ed., London, 1939, pp. 21-24, 417-424. Para un análisis crítico al respecto, vid., JENNINGS, Ivor W., *The Law and the Constitution*, 5th. ed., London, University of London Press, 1959 pp. 103-136.

⁴ Algunos ejemplos sobre las referidas *constitutional conventions* de la Gran Bretaña pueden consultarse, *infra*, en el próximo capítulo.

nales o para interpretar sus fórmulas. Es así como se clasifica a la costumbre constitucional en complementaria e interpretativa.⁵

Mayor oposición ha encontrado, sin embargo, la doctrina que admite la posibilidad de que se establezca una costumbre en contra de lo prescrito por la “constitución escrita” y que, en consecuencia, esta última pierda su validez por la operancia de la *desuetudo*⁶ —especialmente en los sistemas jurídicos de tradición romanista—.⁷ Antes de pronunciarnos sobre el particular, es necesario señalar ciertos problemas que enfrenta la “legislación constitucional”; entendiendo por tal expresión a la “constitución escrita” (excluyendo de ella las declaraciones jurídicamente irrelevantes).

En cuanto a la legislación constitucional, nos encontramos que ella se ve afectada por los mismos problemas que enfrenta la legislación ordinaria;⁸ entre otros aspectos, en lo que respecta a su eficacia. Por eficacia

⁵ Vid., EL-HELW, *op. cit.*, *supra* (nota 36, capítulo III), pp. 22-30; POVIÑA, Jorge Raúl, *Costumbres y usos constitucionales*, Tucumán-Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, 1950, p. 89.

⁶ Entre los juristas que admiten expresamente la costumbre constitucional *contra legem* y la operancia de la *desuetudo* sin limitación alguna, podemos citar a Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), pp. 237 y 242; y, entre los mexicanos, a TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), pp. 185-188. Asimismo, entre los constitucionalistas franceses, cabría citar a DUVERGER, Maurice, “La carte forcée”, en *Le Monde*, París, 22-23 de diciembre de 1968 p. 7; y, VEDEL, GEORGES, “Le droit par la coutume”, en *Le Monde*, París, 22-23 de diciembre de 1968, p. 7; así como entre los italianos a CARBONE, Carmelo, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova, 1948, pp. 39 y ss.

⁷ Entre los juristas que rechazan expresamente la posibilidad de que se generen costumbres constitucionales *contra legem* podemos citar, de Francia, a AKZIN, Benjamin, “La désuétude en droit constitutionnel (Quelques conséquences pour le droit anglais)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, París, vol. 45, 1928, pp. 709-711; EL-HELW, *op. cit.*, *supra* (nota 36, capítulo III), pp. 20-21 y 113-121; GÉNY, *op. cit.*, *supra* (nota 19, capítulo III), pp. 402-403; HAURIU, André, “Contre le viol des constitutions”, en *Le Monde*, París, 9-10 de marzo de 1969, p. 7; LAFERRIÈRE, Julien, “La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, París, vol. 60, 1944, pp. 27-29 y 35-41; así como, de Argentina, a POVIÑA, *op. cit.*, *supra* (nota 5, capítulo V), pp. 70 y 81. Por último, entre los juristas mexicanos con esta tendencia, podemos citar a CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 3a. ed., México, UNAM, 1979, pp. 281-282.

⁸ Como se apuntó en el segundo capítulo, la relación que guarda la constitución con los actos y normas que la aplican es *exactamente igual* a la que se presenta entre una grada superior y una inferior en cualquier otra etapa de la escala progresiva del derecho (*vid.*, TAMAYO, *op. cit.*, *supra*, nota 16, capítulo II, pp. 127-128). “La relación que se da entre las normas jurídicas generales producidas por promulgación expresa, o por costumbre, y su aplicación por los tribunales o por órganos administrativos, es *esencialmente la misma* que se da entre la Constitución y la producción por ella determinada de normas jurídicas generales” (Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 1, capítulo II, pp. 241-242; el subrayado es nuestro).

se entiende el que los destinatarios se adecuen o la prescrito por una norma; esto es, que los sujetos sometidos a ella por lo general la observen y, en caso contrario, que los órganos aplicadores se encarguen de disponer las consecuencias previstas para el incumplimiento. En este sentido, una ley será eficaz si existe conformidad entre lo prescrito por el texto legislativo y la conducta real de los destinatarios. Por el contrario, una ley, o cualquier disposición legislativa aislada, no será eficaz si no es observada ni aplicada en la práctica, cuando menos hasta cierto grado, por los destinatarios. Sin aludir a casos límite, cuando una ley —o cualquier norma aislada— no es observada ni aplicada en lugar alguno ni por nadie durante un largo periodo de tiempo, pierde su función normativa y, en consecuencia, no puede considerarse como una norma válida; es decir, no existe como norma.⁹ Así pues, las disposiciones legislativas constitucionales, al igual que las disposiciones de la legislación ordinaria, podrían carecer de validez en virtud de su ineficacia.

En nuestra opinión, como habíamos adelantado en el capítulo precedente, pueden distinguirse, cuando menos, dos tipos de ineficacia:

a) la consistente en la inobservancia de cierta disposición jurídica por parte de los miembros de una comunidad y su falta de aplicación por los órganos jurídico-aplicadores como consecuencia del procedimiento consuetudinario productor de una costumbre en contrario, y

b) Aquella que se refiere exclusivamente a la falta de aplicación de determinada disposición legislativa por no darse las condiciones que hacen jurídicamente posible su aplicación.

En relación al primer supuesto, mismo que caracterizamos propiamente como *desuetudo*, observamos que éste no se derivaba del hecho de que dejaran de presentarse la serie de condiciones señaladas por una disposición jurídica, sino, más bien, era producto del procedimiento consuetudinario que establecía una costumbre de no aplicar las consecuencias previstas a las condiciones realizadas. En este sentido, el carácter normativo de las conductas que constitúan la serie de condiciones se encontraba determinado no por la disposición jurídica que perdió su validez por haber operado la *desuetudo*, sino por la costumbre recientemente establecida.

En cuanto al segundo supuesto distinguimos, igualmente, dos hipótesis: i) cuando las condiciones que hacen jurídicamente posible la aplicación de las consecuencias previstas por cierta disposición legislativa se presentaron durante un tiempo específico pero, posteriormente, esas condiciones dejaron de realizarse, y ii) cuando jamás han sido realizadas las

⁹ Cfr., Kelsen, *op. cit.*, pp. 24-25; Tamayo, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 168.

condiciones que permiten la aplicación de las consecuencias señaladas por determinada disposición legislativa.

Consideramos que ambas hipótesis producen consecuencias jurídicas diferentes. En relación a la primera de ellas, cuando la falta de aplicación de las consecuencias previstas por cierta disposición obedece a que han dejado de presentarse las condiciones por ella señaladas, no obstante que durante un tiempo éstas fueron realizadas (situación que anteriormente caracterizamos como “desuso”), es necesario observar que aun cuando no se crea una nueva norma jurídica —puesto que no hay condición a la cual pueda imputarse alguna consecuencia—, en realidad, el sistema jurídico sí sufre alteración en virtud de que una de sus partes ha dejado de pertenecer al respectivo orden jurídico.

Un ejemplo de una disposición constitucional caída en desuso en el orden jurídico mexicano, puede ser la facultad otorgada por el órgano constituyente de 1917 en favor del ejecutivo para conceder patentes de corso (artículo 89, fracción IX). Si bien esta facultad del ejecutivo había perdido prácticamente su validez a causa de una ineficacia prolongada con anterioridad, el órgano revisor permanente de la constitución la derogó formalmente por decreto de 11 de octubre de 1966, publicado en el *Diario Oficial* del 21 del mismo mes y año.

Por otra parte, respecto del caso en que las condiciones señaladas por cierta disposición legislativa jamás han sido realizadas, es conveniente advertir que el mundo normativo, en este supuesto, no sufre alteración alguna, en tanto que ni antes había norma jurídica, ni posteriormente puede haberla mientras sigan sin realizarse las condiciones necesarias para su aplicación, equivaliendo tal situación a una mera *hoja de papel*.

En relación con este último supuesto tiene especial relevancia, tratándose de la legislación constitucional, el caso de las disposiciones de orden programático (aquellas que para su aplicación requieren del establecimiento de disposiciones reglamentarias). En efecto, particularmente en el orden jurídico mexicano y en varios sistemas de Latinoamérica, es frecuente que algunas disposiciones de su respectiva “constitución escrita” no expresen más que desiderata programáticos, o simples declaraciones ideológicas por los detentadores del poder, sin que las mismas determinen jurídicamente realidad alguna.¹⁰ Piénsese, por ejemplo, en varias de las disposiciones contenidas en los artículos 27 y 123 de la “constitución”

¹⁰ Vid., KARST y ROSENN, *op. cit.*, *supra* (nota 80, capítulo III), pp. 60-62. “Estas ‘constituciones’ son frecuentemente verdaderos catecismos políticos más que indicaciones materiales para el desenvolvimiento racional del proceso gubernamental... Un conocido ejemplo de ‘Constitución’ condicionada ideológicamente es la mexicana de 1917, con su expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista” (LOEWENSTEIN, *op. cit.*, *supra*, nota 45, capítulo II, p. 212; las medias comillas son nuestras).

mexicana de 1917 que durante un lapso prolongado han tenido —o algunas de ellas tuvieron—¹¹ el carácter de meras declaraciones programáticas y no el de normas jurídicas efectivas aplicables.

Tomando en cuenta que el principal propósito de este trabajo es destacar la función que desempeña el derecho consuetudinario en relación con la constitución de un orden jurídico, en las próximas páginas nos ocuparemos del proceso de cambio consuetudinario que, como lo afirma el profesor Wheare, sin duda afecta la legislación constitucional, a veces haciendo que en la práctica sea letra muerta o, en otras, condicionando la forma en que será prácticamente aplicada, aun cuando deje su texto inalterado.¹² Este fenómeno también es reconocido por el profesor Loewenstein, quien lo denomina mutación constitucional para diferenciarlo de la reforma constitucional en sentido formal (esto es, bajo el procedimiento previsto); mientras que en este último caso el cambio constitucional queda vertido en el documento llamado “constitución”, en la mutación constitucional el texto de la “constitución” permanece intacto.¹³

Pues bien, de conformidad con lo señalado en el capítulo anterior, cuando determinada disposición pierde su validez por inobservancia de los miembros de una comunidad y su falta de aplicación por los órganos jurídico-aplicadores, esto es, por la *desuetudo*, tal situación resulta de un procedimiento consuetudinario que establece una costumbre que contraría lo prescrito por aquella disposición. En este sentido, ¿podríamos afirmar que el derecho existente después de que la legislación constitucional pierde su validez por ineficacia, no habiendo sido derogada por otra legislación constitucional, sería producto de un procedimiento consuetudinario de creación como el que hemos caracterizado en los capítulos precedentes?

Antes de intentar responder esta pregunta, permítasenos explicar cómo se establece una constitución y cuál es la función que en este proceso desempeña el procedimiento consuetudinario de creación de derecho.

¹¹ *Vid.*, *supra*, lo apuntado en la nota 46 del capítulo iv. Tal es el caso, por ejemplo, de las obligaciones patronales de participar de las utilidades a los obreros, así como de otorgarles habitación y capacitación que, si bien se han hecho intentos reglamentarios importantes al respecto, la realidad dista mucho de adecuarse a lo prescrito por el precepto “constitucional”.

¹² *Cfr.*, WHEARE, *op. cit.*, *supra* (nota 43, capítulo ii), p. 127. *Vid.*, BISCARETTI, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo ii), pp. 129-131; JELLINEK, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo iii), pp. 405 y ss.

¹³ “Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una ‘constitución escrita’ y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el ‘texto constitucional en vigor’ será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor” (LOEWENSTEIN, *op. cit.*, *supra*, nota 45, capítulo ii, p. 166; las medias comillas son nuestras).

2. El establecimiento de la constitución y su carácter consuetudinario ¹⁴

Conforme a lo sostenido en el tema 3 del capítulo II, una disposición, o un conjunto de disposiciones, se estimará como constitucional siempre y cuando se trate del último fundamento jurídico positivo de cierto sistema normativo eficaz en términos generales, esto es, siempre que se produzca el orden jurídico por ellos determinado.

Así pues, los actos de un individuo, o de un grupo de individuos, mismo que podemos denominar "x", adquieren el carácter de actos orgánicos (originarios, constituyentes) de creación normativa, siempre que las disposiciones o prescripciones establecidas por x funcionen como la *constitución* del sistema, esto es, sólo que se produzca el orden jurídico que x propone, lo que en última instancia indica que se requiere que el orden jurídico determinado por la constitución que x establece sea eficaz.

Es conveniente observar que los actos de x son actos originarios, es decir, actos que no se encuentran previstos o determinados por disposición jurídica alguna, sino, por el contrario, los actos de x son jurídicamente novedosos y pretenden establecer un nuevo sistema jurídico. ¹⁵ En este sentido, los actos de x proponen el establecimiento de una determinada normatividad, esto es, *proponen* la creación de un específico orden jurídico.

Es fácil observar que todo comportamiento jurídico novedoso plantea a los miembros de la comunidad la disyuntiva de seguir comportándose como hasta entonces, o bien, adherirse a la nueva normatividad propuesta por x. Si los miembros de la comunidad dejan de comportarse como lo habían venido haciendo para adecuarse a lo dispuesto por x, entonces, los miembros de la comunidad aceptan la normatividad propuesta por x, otorgándole completa eficacia. Sólo de esta manera los actos de x se convierten en actos constituyentes y sólo así los miembros de una comunidad establecen la constitución que determina todo su ordenamiento jurídico. ¹⁶

¹⁴ Durante el desarrollo de este tema seguiremos, en buena medida, a Rolando Tamayo, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), pp. 172-178.

¹⁵ Es importante señalar que la propuesta que contiene el comportamiento jurídicamente innovador no necesita presentarse de manera explícita, es decir, hecha de manera a informar o convencer. Es suficiente con que el comportamiento se aleje mayor o menormente de como hasta entonces se ha comportado la comunidad, para proponer el establecimiento de una determinada normatividad. Esta propuesta puede ser explícita o implícita, brusca o imperceptible, violenta o pacífica, etcétera; pero siempre es consecuencia de un comportamiento jurídicamente novedoso que intenta establecer una cierta normatividad (*vid.*, TAMAYO, *op. cit.*, pp. 173-175).

¹⁶ Es así como se realiza la hipótesis de la "convención jurídica institucional" que utiliza el profesor Tamayo para explicar la creación jurídica normativa (*cfr.*, *ibidem*, p. 176). Esta tesis podría encuadrarse, como admite Rolando Tamayo, en aquellas

De todo esto podemos inferir, como afirma Rolando Tamayo, que no basta que alguien proponga la creación de una cierta normatividad, sino que es indispensable que los actos de aquellos que constituyen la comunidad se realicen de manera que se produzca una aceptación de la normatividad propuesta. De esta manera, el proceso de creación o innovación jurídica se compone de la totalidad de los actos humanos que en él participan. Dicho proceso, pues, se compone tanto de los actos que proponen una cierta normatividad como de aquellos que la aceptan. Es justamente este conjunto de comportamientos humanos los que conservan o transforman las normas jurídicas, dando existencia a un específico sistema de normas jurídicas.¹⁷

Mediante este procedimiento se establece al órgano originario (constituyente) de una comunidad. Como se aprecia, este proceso normativo de creación es ajeno al de la legislación. No crea legislación alguna ni tampoco aplica ninguna legislación. Este procedimiento simplemente otorga el carácter de acto jurídico creador —acto constituyente— al acto de un individuo o grupo de individuos respecto del cual la comunidad conforma su conducta.¹⁸

En este proceso encontramos, como apunta el profesor Tamayo, dos elementos persistentes: i) los actos humanos que lo integran (los actos de x y los actos de obediencia a x), y ii) la adopción (consciente o inconsciente) de una disposición que tiene como contenido dichos actos: “comportarse como lo ordena x (el órgano constituyente)”. Ahora bien, si observamos con atención veremos que tal proceso encaja perfectamente en el procedimiento consuetudinario anteriormente descrito. En efecto, en este proceso aparece el carácter fáctico del procedimiento consuetudinario de creación; los actos humanos (los actos de x y los que se conforman a lo que x dispone). También aparece el elemento normativo: la determinación del “derecho aplicable”, determinación que convierte los actos de obediencia a x en el contenido de una costumbre: “comportarse como ordena x ”.¹⁹

teorías que, según el profesor Raz, dan énfasis a los órganos aplicadores de derecho en la determinación de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos (cfr., RAZ, *op. cit.*, *supra*, nota 3, capítulo II, p. 148).

¹⁷ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 177.

¹⁸ Un individuo, en el caso, X , se convierte en constituyente sólo cuando los miembros de la comunidad hacen posible —a través de sus actos— el orden jurídico que dicho individuo propone —conformando su conducta a lo dispuesto o prescrito por X . De todas las propuestas posibles sólo una se convertirá en la base del orden jurídico de la comunidad en cuestión (cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra*, nota 23, capítulo III, p. 177).

¹⁹ Cfr., *ibidem*, pp. 177-178. En este sentido podemos señalar que, como afirma Braybrooke, toda costumbre —en este caso la originaria— implica el consentimiento de los destinatarios, el cual se encuentra dado por su conducta (cfr., BRAYBROOKE, *op. cit.*, *supra*, nota 18, capítulo III, p. 77, la nota 45). Así pues, podríamos pensar en una *opinio necessitatis* distintiva de la costumbre siempre y cuando aquella sea

Esta costumbre, pues, no tiene más función que habilitar o facultar a un individuo (o grupo de individuos) a emitir disposiciones jurídicas válidas (legisladas o no). Es de esta manera como los actos de *x* se convierten en los primeros actos constituyentes de un conjunto de normas jurídicas, esto es, establecen consuetudinariamente la constitución del orden jurídico de una comunidad.²⁰ Cuando a través de este procedimiento se habilite a un órgano centralizado para crear derecho escrito, podemos afirmar, con Heinrich, que se ha establecido una costumbre delegante.²¹

Pensamos que las anteriores consideraciones proporcionan una explicación sobre la manera como el jurista, en cuanto científico, puede atribuir a determinado individuo, o grupo de individuos, el carácter de *órgano constituyente*, recurriendo, necesariamente, a la *costumbre originaria* como fundamento de validez de los actos (constituyentes) realizados por tales individuos.

Ahora bien, si atendemos a la totalidad del fenómeno jurídico y sostenemos la existencia de una comunidad jurídica internacional, podremos observar que el fundamento de validez de un específico orden jurídico que pretenda implantarse en cierto Estado no se encontrará en una costumbre con el carácter de *originaria* —como habíamos apuntado—, sino, más bien, en una costumbre *derivada* del derecho internacional positivo, que establece, *consuetudinariamente*, el *principio de eficacia*²² como fundamento de validez de los diversos órdenes jurídicos estatales.

Sin embargo, queremos insistir en que, en ambos casos, el estableci-

desprovista de cualquier factor psicológico, sólo cuando la *comunidad respalda*, en alguna forma, tal costumbre (*cfr.*, PATON, *op. cit.*, *supra*, nota 2, capítulo III, p. 193).

²⁰ *Vid.*, TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 178. “Ni aun la presencia de un legislador o un órgano constituyente excluye la presencia de la costumbre jurídica, ya que ni el legislador ni el constituyente obtienen su investidura por imposición divina” (AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, capítulo III, p. 349).

²¹ *Cfr.*, HEINRICH, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo II), pp. 139-141.

²² “La peculiaridad de la delegación del orden jurídico interno por el derecho internacional consiste únicamente en que, entre las condiciones prescritas por éste para la validez de la legislación interna, figura un cierto grado de eficacia de los actos que tienden a realizar este orden. Esto no es incompatible en modo alguno con la antinomia de ser y deber ser, pues ésta no es suprimida sino cuando se sostiene que sólo es válido lo que es, y que todo lo que es tiene valor. La proposición ‘si *a* es, debe ser *b*’ carece de sentido si *a* es igual a *b*, y su sentido es meramente el de una proposición lógica y no normativa, en tanto que *a* difiere en algo de *b*, pero, no obstante, coincide casi en su totalidad con él. La norma por medio de la cual el derecho internacional reconoce a un Estado, no dice: ‘si *A* manda y *B* obedece siempre, *A* debe mandar y *B* debe obedecer’, sino ‘si *A* manda y *B* obedece la mayoría de las veces, *A* debe mandar y *B* obedecer siempre” (KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 22, capítulo II, p. 167). *Vil.*, AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), pp. 311 y 355. *Contra*, GIOJA, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo IV), pp. 160-162.

miento del *órgano constituyente* de un orden jurídico específico tiene un origen consuetudinario.

Así pues, los actos que aplican o se conforman a x , es decir, a lo dispuesto por la constitución que él establece, pueden ser considerados como actos *regulares*, en tanto que aplican u observan el sistema normativo previsto en x . La constitución del referido orden jurídico (el conjunto de prescripciones establecidas por x) proporciona el criterio o los criterios que nos permiten determinar qué actos son regulares y qué actos no. De esto podemos inferir lo siguiente: todos los actos humanos que se produzcan de conformidad con el procedimiento previsto, serán actos jurídicos *regulares* y, por consiguiente, entidades de un determinado orden jurídico:²³ el orden jurídico que x origina. Mientras x sea ampliamente eficaz, el orden jurídico de la comunidad será sólo el que x establece.²⁴

Se puede afirmar que, al igual que el establecimiento de la constitución, el *mantenimiento* de dicha constitución es producto de un procedimiento normativo de creación que ignora la legislación. En efecto, el mantenimiento de la constitución resulta de un procedimiento consuetudinario cuyos elementos y resultados son exactamente los mismos que hemos descrito anteriormente. Podría incluso decirse que, en realidad, es el mismo procedimiento, toda vez que el “derecho aplicable” que se encuentra en la base del sistema sigue siendo una costumbre delegante que prescribe “compórtense como lo ordena x ”.²⁵

Pero ¿qué ocurre cuando los actos originarios o constituyentes no se ven sucedidos por actos que los apliquen u obedezcan? Pareciera que, dado el caso, no podría crearse el orden jurídico previsto por aquellos actos. ¿Qué pasaría, entonces, con los actos que dejan de observar a los anteriores actos constituyentes? ¿Podría sostenerse que la interrupción de la aplicación prevista da origen a la substitución o reforma constitucionales a través de un procedimiento irregular?

3. La substitución consuetudinaria de la constitución

Una vez que cierta disposición, o conjunto de disposiciones —consten por escrito o no—, funcionen como la constitución de un orden jurídico

²³ Véase, *supra*, lo apuntado en los dos primeros temas del capítulo II.

²⁴ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 180. Es importante señalar que todo sistema jurídico contiene criterios de identidad que nos permiten reconocer como entidades del respectivo sistema a los actos anulables, en tanto que los mismos no sean substituidos por actos regulares no anulables, teniendo aquéllos, consecuentemente, una pertenencia provisional a dicho sistema (*vid.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 25, capítulo II, pp. 484-485).

²⁵ *Ibid.*, TAMAYO, *op. cit.*, p. 180; AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), pp. 311, 343 y 349.

determinado, es necesario que las mismas se vean seguidas y observadas por los actos que ellas han previsto para su aplicación, permitiendo así el mantenimiento de esa específica constitución que sirve de fundamento al respectivo sistema jurídico.

Ahora bien, la interrupción de la observancia y aplicación prevista da origen a la irregularidad. Son actos irregulares, como señala el profesor Tamayo, aquellos que no se conforman con lo dispuesto en el sistema normativo previsto (en nuestro ejemplo, el que *x* determina).²⁶ Así pues, los actos irregulares, al no conformarse con lo establecido por *x* no pertenecen al sistema del cual las disposiciones de *x* sirven de fundamento.

Cabe observar que el problema de la irregularidad no se agota con señalar qué actos son ajenos al sistema. La *irregularidad* no tendría sentido alguno si se limitara a indicar los actos ajenos al orden jurídico previsto; actos completamente irrelevantes. El verdadero problema de la irregularidad consiste en explicar de qué manera los actos irregulares (actos *contra legem*, *desuetudo*, revolución, etcétera), pueden llegar a substituir, total o parcialmente, el orden jurídico considerado modificando la normatividad existente.²⁷

²⁶ Cfr., TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 180. "La determinación de la conformidad e inconformidad de un acto a los actos jurídicos que le preceden, puede ser, sin embargo, un problema bastante complicado. En particular, cuando existen procedimientos destinados a garantizar la regularidad del procedimiento previsto de creación. En estos casos, habrá que distinguir entre la regularidad o irregularidad que resulta de la conformidad o no conformidad de un acto a las características previstas (analíticamente) en los actos jurídicos que le condicionan, y la regularidad o irregularidad que resulta del procedimiento de control de regularidad, en donde la regularidad —la conformidad de un comportamiento a las características previstas en los eventos jurídicos que le preceden— puede declararse irregular por decisión del procedimiento de control. Asimismo, la irregularidad —la no conformidad de un evento jurídico a las características señaladas (analíticamente) en algún acto-condición del sistema— puede estimarse regular por el procedimiento de control. De esta manera, el procedimiento de control, al declarar regular o irregular un cierto acto, puede llegar a modificar el sistema jurídico previsto" (*idem*, *op. cit.*, *supra*, nota 16, capítulo II, p. 102).

²⁷ "Ciertamente la substitución irregular no constituye la única forma de substitución del sistema jurídico. Por el contrario, el sistema busca, en gran medida, que sus cambios se produzcan regularmente mediante procedimientos previstos de creación jurídica. De ahí que el sistema jurídico puede verse constantemente cambiado a través de procedimientos y actos regulares. Tengamos pues presente que la innovación jurídica puede presentarse tanto regular como irregularmente. A este respecto es conveniente señalar que los actos que irregularmente pretenden substituir o modificar el sistema pueden ser considerados actos regulares del sistema existente; por ejemplo, los delitos de insurrección, subversión, traición, etcétera. Así, por ejemplo, un evento que pretende irregularmente substituir la constitución del sistema queda, por supuesto, incluido en el sistema existente; no como un primer acto condición del sistema, es decir, no como acto constituyente, sino como un acto considerado, regularmente, como delito" (TAMAYO, *op. cit.*, *supra*, nota 23,

Pensemos, por ejemplo, que cierto acto *irregular* se presenta en el sistema jurídico establecido por x contradiciendo, precisamente, lo señalado por x . Como vimos anteriormente, tal acto irregular será jurídicamente más o menos novedoso en tanto que se aleje, mayor o menormente, de x .

Como ocurre a la aparición de todo comportamiento jurídico novedoso se plantea a los *destinatarios* del orden jurídico la disyuntiva de seguir comportándose como hasta entonces lo han hecho —aplicando a x —, o bien, adherirse a la nueva normatividad propuesta por el acto novedoso.

Tomando en cuenta que el acto irregular contradice directamente a lo previsto por x , se observa que la disyunción se presenta al nivel del acto constituyente que crea la *constitución*.

Pues bien, imaginemos, como apunta Rolando Tamayo, que al acto de x (el cual establece el conjunto de prescripciones constitucionales del orden jurídico que hemos considerado) se le opone un conjunto de prescripciones *irregulares* de un individuo o grupo de individuos, denominado " x_1 ". De esta manera, a los *destinatarios* de estos actos —los destinatarios del orden jurídico que x constituye— se les presenta la disyunción de aplicar u observar lo dispuesto por x , rechazando la nueva normatividad propuesta por x_1 ; o bien, obedecer o aplicar lo dispuesto por x_1 , substituyendo el orden jurídico del cual x era el acto originario que establecía la constitución del sistema.²⁸

¿Qué ocurre con la propuesta rechazada? Ésta pierde o no adquiere el carácter específico del acto constituyente de un orden jurídico, esto es, sus prescripciones dejan de funcionar o, sencillamente, no funcionan como constitución de un orden jurídico positivo. Veamos: si x_1 , al pretender substituir irregularmente a x , no es aplicado o seguido —al menos por un porcentaje importante de destinatarios—, entonces, no se crea o establece el orden jurídico propuesto por x_1 y, por tanto, x_1 no *adquiere* el carácter de acto constituyente de sistema alguno.²⁹ Si, por el contrario, x_1 es aplicado (esto es, si las disposiciones de x_1 son seguidas y obedecidas de forma que se produzcan los actos que inmediata o mediatamente

capítulo III, p. 181, la nota 47). Véase, también sobre este último aspecto, BISCARETTI, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo II), pp. 139-143; STAMMLER, *op. cit.*, *supra* (nota 5, capítulo III), pp. 169-173.

²⁸ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 182. Debemos advertir la posibilidad de que algunos destinatarios continúen a X y otros sigan a X_1 , estableciéndose dos sistemas jurídicos diferentes simultáneamente; tal sería el caso de una secesión triunfante, de una guerra independiente, etcétera (*vid.*, *ibidem*, la nota 51).

²⁹ *Vid.*, *ibidem*, p. 183. En cuyo caso, el acto de X_1 que pretendía irregularmente substituir la constitución del sistema queda, por supuesto, incluido en el sistema. Ciertamente no como X_1 (acto constituyente del sistema jurídico propuesto), sino como acto regular del sistema, jurídicamente reconocido o determinado como delito (véase, *supra*, la nota 27 de este capítulo).

las aplican o completan), entonces, el acto de x deja de funcionar como acto constituyente del orden jurídico en cuestión.³⁰

Lo anterior puede verificarse perfectamente si analizamos cualquier sustitución de un orden jurídico por vía revolucionaria. Pensemos, por ejemplo, en el caso de México.³¹ Durante los sucesos ocurridos en la capital de la República por la “Decena Trágica” que concluyó con el asesinato de Madero y Pino Suárez, reseña el profesor Jorge Carpizo,³² encontrábase en vigencia la Constitución de 1857 cuando Huerta mandó un telegrama a los gobernadores de los estados que integraban la federación con el siguiente contenido: “Autorizado por el Senado, he asumido el Poder Ejecutivo, estando presos el presidente y su gabinete”. El gobernador de Coahuila, don Venustiano Carranza, al recibir el mensaje citó con urgencia a los diputados locales. Después de informarse del contenido, la xxii Legislatura del Estado de Coahuila, a iniciativa del gobernador don Venustiano Carranza, emitió el Decreto número 1421 de dos artículos:

Artículo 1o. - Se desconoce al general Victoriano Huerta en su carácter de Jefe del Poder Ejecutivo de la República, que dice él fue conferido por el Senado, y se desconocen también los actos y disposiciones que dicte con ese carácter.

Artículo 2o. - Se conceden facultades extraordinarias al Ejecutivo del Estado en todos los ramos de la administración pública para que suprima lo que crea conveniente y proceda a armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional en la República.

Si analizamos el acto realizado por la xxii Legislatura del Estado de Coahuila, advierte el profesor Ulises Schmill, tenemos que reconocer que es un *acto irregular* —ya que no puede referirse a ninguna disposición positiva anterior, a no ser la del derecho internacional que establece el principio de eficacia—³³ que pretende convertirse directamente en acto constituyente del sistema. Se trata, pues, de un *acto revolucionario* (enten-

³⁰ *Vid.*, TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 183. Como advierte el profesor Von Wright: “El usurpador de poder tiene éxito. Las relaciones normativas que él ha establecido se mantienen, adquieren relativa permanencia. La autoridad que era superior al usurpador renuncia a sus esfuerzos por hacer obedecer al usurpador. Esto significa que la norma superior, en relación a la cual el acto del usurpador era inválido, deja de existir... Si esto ocurre, la norma del usurpador cesa de ser inválida... Se ha convertido en una norma soberana (WRIGHT, *op. cit.*, *supra*, nota 46, capítulo iii, p. 201).

³¹ Para explicar la sustitución consuetudinaria de la Constitución, tomaremos el mismo ejemplo utilizado por TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo iii), pp. 184-185.

³² *Vid.*, CARPIZO, *op. cit.*, *supra* (nota 7, capítulo v), pp. 45-49.

³³ *Cfr.*, SCHMILL, *op. cit.*, *supra* (nota 26, capítulo ii), pp. 68 y 80. *Vid.*, GONZÁLEZ, Genaro M. “La inconstitucionalidad del movimiento constitucionalista”, en *Apuntes sobre doctrina política de la constitución mexicana*, México, Editorial Jus, 1947, pp. 113-122.

diendo por “revolucionarios” todos los actos que intenten la substitución del acto constituyente del sistema mediante un acto *irregular* o imprevisible).³⁴

En efecto, la constitución de 1857 (misma que consideraremos como la establecida por x) no autoriza a los gobernadores de los estados o a las legislaturas locales a revisar, anular o substituir los actos de la autoridad federal, como en el caso los del Senado de la República y los de Victoriano Huerta; en este sentido, el decreto 1421 de la xxii Legislatura, así como los actos de Venustiano Carranza (los cuales denominaremos x_1) son actos irregulares (ya que no aplican ni observan ninguna disposición local o federal del orden jurídico existente) y son actos revolucionarios en la medida en que pretenden substituir, por vía irregular, el orden jurídico existente, con objeto de instalar un orden jurídico nuevo: el orden provisional revolucionario; orden que va desde la emisión del decreto 1421 de la xxii Legislatura del Estado de Coahuila hasta la promulgación de la Constitución de 1917.³⁵

De esta forma, señala Rolando Tamayo, la aparición de x_1 plantea, a los destinatarios del orden jurídico mexicano, la disyunción de obedecer y observar x (la Constitución de 1857), rechazando la normatividad de x_1 , o bien, aceptar la normatividad propuesta por éste. Esta disyunción se resolvió, paulatinamente, a favor de x_1 . En efecto, el orden revolucionario fue incrementando su ámbito espacial de validez, a medida que fue dominando más partes del territorio nacional. Así, hasta que

³⁴ Debemos advertir que este concepto de acto revolucionario, proporcionado por Rolando Tamayo (*op. ult. cit.*, p. 184), es distinto al de muchos otros juristas. Así, por ejemplo, aun cuando para el profesor Ulises Schmill el acto de la xxii Legislatura del Estado de Coahuila se trata de un acto revolucionario, le niega esta última característica a otro tipo de actos irregulares que se presentasen, no obstante que llegaran a gozar plenamente de eficacia, como sería el caso de algún cuartelazo o golpe de Estado exitoso (*cfr.*, SCHMILL, *op. ult. cit.*, pp. 68-70). El profesor Jorge Carpizo, por su parte, considera que los llamados “actos revolucionarios” que ocurrieron en México durante la segunda década de este siglo, no pueden considerarse estrictamente como tales en cuanto únicamente hubo un cambio parcial de nuestra estructura económica, razón por la cual exclusivamente debemos hablar de un *movimiento social mexicano* (*cfr.*, CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, pp. 17, 60-62). En nuestra opinión, es preferible hablar sólo de *actos irregulares*, ya que los demás conceptos como “revolución”, “golpe de estado”, “cuartelazo”, etcétera, obedecen a criterios eminentemente ideológicos y no jurídicos.

³⁵ Como señala el profesor Ulises Schmill: “Es posible concebir un orden jurídico cuyas personas muden rápidamente, que se acreciente o disminuya su población, cuyo territorio sea elástico y cuyos órganos no tengan una residencia fija, y posea todas las demás características contrarias al orden establecido tradicional que se tiene en mente. Este orden posible es el orden revolucionario. Su pueblo es el conjunto de personas participantes en el movimiento revolucionario y aquellas que se encuentran bajo el dominio de éstas, ya sea por la fuerza, por conveniencia o por voluntad; su territorio dependerá de las plazas que ocupe y el espacio que domine; el lugar de residencia de sus poderes, el sitio en donde se desarrollen las batallas, etcétera.” (SCHMILL, *op. ult. cit.*, p. 75).

fue completamente eficaz, substituyendo totalmente al orden jurídico anterior. La aceptación de x_1 hizo que x perdiera el carácter de acto constituyente del orden jurídico mexicano.³⁶

Es conveniente observar que el procedimiento por el cual logra substituirse *irregularmente*³⁷ (si tomamos en cuenta sólo el orden jurídico estatal) al acto constituyente de cierto sistema de normas, concuerda precisamente con los elementos —tanto el fáctico como el normativo— del procedimiento consuetudinario, mismos que se presentan cuando se trata del establecimiento de una constitución. En este sentido, es posible afirmar que la substitución irregular de una constitución tiene, también, un origen consuetudinario y provoca la *desuetudo* de la constitución antiguamente válida.

Asimismo, si consideramos el orden jurídico internacional, nos percataremos que los actos por los cuales se substituye en forma imprevista la constitución de un específico ordenamiento estatal, pueden estimarse como actos constituyentes en virtud de la disposición consuetudinaria del derecho internacional que establece el *principio de eficacia*, provocando, simultáneamente, que la anterior constitución pierda su validez por haber operado la *desuetudo*.

4. La modificación consuetudinaria de la constitución

La modificación irregular de la constitución no sólo se realiza cuando un acto pretende convertirse en acto constituyente del sistema (por substitución). La constitución se modifica irregularmente, también, cuando el orden jurídico del cual es fundamento se *modifica* irregularmente; en particular, en aquellos casos donde los actos que inmediatamente aplican a la constitución son substituidos por otros no previstos.³⁸ Éste es un caso bastante habitual que, además, nos permite presenciar la aparición de una disposición constitucional consuetudinaria que reforma la legislación constitucional “escrita” y “rígida” (aun cuando el texto quede inalterado).

³⁶ *Id.*, CARPIZO, *op. cit.*, *supra* (nota 7, capítulo v), pp. 49-74. SCHMILL, *op. cit.*, *supra* (nota 26, capítulo ii) pp. 66-80; TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo iii), pp. 184-185. Lo mismo pudiera decirse, por ejemplo, de la insurrección del Plan de Ayutla (misma que desembocó en el establecimiento de la Constitución de 1857) en relación a la dictadura de Santa Anna que pretendidamente se basaba en la Constitución de 1824.

³⁷ Véase, *supra*, lo apuntado en la nota 29 de este capítulo. Como se advirtió, si el movimiento contrario al orden constituido no lograra substituir a la constitución del sistema, el viejo ordenamiento que subsistió considerará *ilegales* los actos realizados por los dirigentes de la insurrección.

³⁸ *Cfr.*, TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 185. *Id.*, WRIGHT, *op. cit.*, *supra* (nota 46, capítulo iv), pp. 201-202.

Hay que tener presente que esta modificación irregular de la constitución no siempre es reconocida como tal por la dogmática jurídica, especialmente en los sistemas de tradición romanista. En efecto, es frecuente que ante ciertos actos que irregularmente modifican lo previsto por la constitución se argumente que, conforme a la “interpretación jurídica” que corresponde a esta última, tales actos efectivamente la están aplicando en forma regular, esto es, se encuentran contemplados por la propia constitución.

Como se explicó durante el desarrollo del tema 5 del capítulo III y del tema 3 del capítulo IV, puede ocurrir que el sentido originalmente proporcionado a determinada disposición que esté contenida en la “constitución escrita” se vea modificado por una práctica persistente de los órganos jurídico-aplicadores de atribuir un significado específico distinto a la referida “disposición constitucional”. Cuando el “derecho aplicable” establecido por un órgano jurídico aplicador es derivado más bien de esa práctica constante que por lo dispuesto expresamente por el precepto de la “constitución escrita”, nos encontraremos en presencia de un procedimiento consuetudinario creador de una costumbre constitucional interpretativa. Si el referido procedimiento consuetudinario de creación de derecho se ha desarrollado en contra de lo prescrito expresamente por dicha disposición de la “constitución escrita” o en contra de su sentido original, se puede afirmar que tal disposición o, cuando menos, su sentido original, ha perdido su validez a causa de la *desuetudo*.

Pensemos, por ejemplo, que la constitución establecida por *X* dispone o prescribe que para ciertas materias —las materias *m*— sean de carácter jurisdiccional los actos que aplican la constitución. Supongamos que *Y* designa los actos jurisdiccionales que regularmente aplican lo prescrito por *X* (en lo que a las materias *m* se refiere). Imaginemos ahora un acto irregular *Y*₁ que, no obstante no tener el carácter de acto jurisdiccional (es un acto administrativo y, por tanto, anulable), pretende aplicar la constitución en el caso de las materias *m*. Como puede observarse, la aparición de *Y*₁ plantea a los destinatarios de dicho orden jurídico la disyunción de mantener la normatividad propuesta por *Y* (la cual continúa regularmente a las prescripciones de *X*), o bien, aceptar la nueva normatividad propuesta por *Y*₁.³⁹

Ahora bien, la solución de tal disyunción corresponde a aquellos a quienes se encuentran dirigidas las disposiciones que son términos de la disyunción. Si los destinatarios deciden continuar con la normatividad contenida en *Y* (haciendo que el procedimiento de control —de legalidad o de constitucionalidad— anule *Y*₁, o mediante cualquier otro procedimiento), entonces, *Y*₁ no constituye más que un simple acto anulable. Si, por el contrario, *Y*₁ es aplicado u observado (por no

³⁹ *Vid.*, TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 185.

haber seguido los sistemas de control de la regularidad, o no obstante éstos), entonces, Y_1 substituye la normatividad existente, modificando irregularmente la constitución del orden jurídico. Es decir, substituye irregularmente los criterios de identidad del sistema, esto es, las características de identidad que la constitución establece para los eventos jurídicos que lo aplican.⁴⁰

Como advierte Rolando Tamayo, esto último puede explicarse de la siguiente manera: Si Y_1 deviene una entidad del orden jurídico, éste —el orden— tiene que poseer un criterio que nos permita incluir y reconocer a Y_1 como entidad del sistema. Criterio que sólo puede ser establecido por X (en la constitución). Si Y_1 se convierte irregularmente de una entidad del sistema (no siendo el acto constituyente), entonces, tiene que conformarse a X , el cual, a partir de ese momento, ve modificados *irregularmente* (mediante un procedimiento no previsto) sus criterios de identidad para los actos que lo completan, incluyendo a Y_1 en el sistema.⁴¹

A partir de entonces X , en lo que respecta a las materias m , será regularmente aplicado por un acto administrativo (en el caso Y_1), con lo cual se modifica el sistema anterior (tanto por lo que toca a sus entidades como a los criterios de identidad establecidos en la constitución). Al reformarse —regular o irregularmente— las entidades del sistema, éste se modifica y con él los criterios de identidad que señala la constitución. Todo cambio en las entidades del sistema trae aparejado un cambio de sistema jurídico y, por tanto, de los criterios de identidad y pertenencia que la constitución determina.⁴² Como afirma Kelsen, tomando en cuenta que la validez de cierto sistema jurídico no es sino la validez de las normas que lo constituyen, una vez que éstas pierden su validez por substitución —regular o irregular—, nos encontramos ante otro sistema jurídico,⁴³ en virtud de haberse modificado los criterios de identidad establecidos en la constitución que sirve de fundamento al respectivo sistema.

Veamos un ejemplo en el orden jurídico mexicano: La “constitución escrita” establecida por el “constituyente” de 1917 dispone, en su artículo 14, que:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales pre-

⁴⁰ Véase, *supra*, la nota 24 de este capítulo.

⁴¹ Cfr., TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 186. “Esto opera con independencia de que este cambio se reconozca o no, especialmente cuando el documento constitucional no se ve alterado” (*ibidem*, la nota 61).

⁴² Vid., NINO, *op. cit.*, *supra* (nota 76, capítulo III), p. 147; RAZ, *op. cit.*, *supra* (nota 53, capítulo III), pp. 187-189; TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 186; WRIGHT, *op. cit.*, *supra* (nota 46, capítulo III), pp. 198-202.

⁴³ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 24, capítulo IV), pp. 345-347.

viamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Estipulemos que el acto por el cual el constituyente de 1917 establece el mencionado artículo 14 sea “X” y aquello que él propone lo denominaremos “m”, en tanto que reconoceremos como “Y” el acto que regularmente aplica a X.

Ahora bien, de acuerdo con lo visto anteriormente, cierto acto produce la constitución de un sistema si, y sólo si, este acto funciona como el último fundamento jurídico positivo de un sistema jurídico.⁴⁴ El acto de X será, pues, el acto constituyente de un sistema (del sistema jurídico por él propuesto) si, y sólo si, es aplicado por los actos que prescribe.

Si, por el contrario, el acto de X no es aplicado por los actos jurídicos que prescribe, entonces, dicho acto pierde (o no adquiere) el carácter de acto constituyente de sistema jurídico alguno. Si, en el caso, la autoridad administrativa, en lo que respecta a *m*, se conforma a lo propuesto por X, es decir, se realiza Y, haciendo posible *m* (únicamente la autoridad administrativa llega a privar a las personas de sus propiedades o posesiones mediante juicio seguido ante los tribunales), entonces, el texto transcrito del mencionado artículo funciona como la constitución del sistema.⁴⁵

Sin embargo, la experiencia jurídica mexicana es otra, en tanto que la autoridad administrativa no siempre se conforma a X en lo que a *m* se refiere. En efecto, la autoridad administrativa, en ejercicio de la facultad económico-coactiva,⁴⁶ priva frecuentemente a las personas de sus propiedades, posesiones o derechos sin juicio seguido ante los tribunales, para hacer efectivo algún crédito fiscal.⁴⁷

Este comportamiento irregular⁴⁸ lo denominaremos Y_1 . El comportamiento Y_1 de la autoridad administrativa (a la cual se encuentra inmediatamente dirigida la propuesta *m* contenida en X), al realizar indistintamente *m* (en las demás ocasiones que no se trata de la facultad

⁴⁴ Véase, *supra*, el tema 3 del capítulo II.

⁴⁵ A este mismo resultado se llega si algún acto irregular es anulado por los procedimientos de control —de la constitucionalidad o de la legalidad— (por ejemplo, mediante el juicio de amparo) o, simplemente, por no ser obedecidos.

⁴⁶ La cual pretende fundamentarse en los artículos 108 y siguientes del Código Fiscal de la Federación.

⁴⁷ Es conveniente advertir que aun cuando el interesado puede conseguir la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución (véanse, artículos 157 y siguientes del Código Fiscal de la Federación), en realidad, con la pura iniciación del mencionado procedimiento, aquél sufre un gravamen en su patrimonio sin haberse seguido previo juicio ante los tribunales.

⁴⁸ Tanto del acto legislativo que establece la facultad económico-coactiva de la autoridad administrativa, como los actos de ésta durante el procedimiento administrativo de ejecución.

económico-coactiva) o *—m* (sólo en los casos de la facultad económico-coactiva), ha dejado de aplicar u observar la normatividad propuesta por el constituyente; la autoridad administrativa, en efecto, al hacer potestativo *m*, no ha continuado el sistema que el constituyente propuso, el cual *no admite alternativa*.

Y_1 se opone así a *Y*, planteando, a los destinatarios del sistema, la disyunción de mantener la normatividad propuesta por *Y* —la cual continúa la propuesta contenida en el artículo 14 constitucional—, o bien, aceptar la normatividad propuesta por Y_1 —comportamiento *inconstitucional* de la autoridad administrativa que pretende subsistir *irregularmente* la normatividad propuesta por el constituyente de 1917.

La resolución de esta disyunción correspondió a aquellos a quienes se encontraba dirigida la propuesta contenida en el acto irregular, en particular a aquellos que obedecían o ejecutaban las órdenes de la autoridad administrativa para privar a las personas de sus propiedades o posesiones sin previo juicio ante los tribunales —secretarios de Estado, procuradores fiscales, actuarios, empleados de hacienda y, en general, a todos los destinatarios del sistema que, actuando u omitiendo, hicieron posible la substitución de *Y* (sistema previsto por el constituyente) por el procedimiento propuesto por Y_1 .

Si, como puede observarse, el texto transcrito del artículo 14, es decir, la propuesta *m*, no ha sido aplicada ni observada, ni han sido anulados (mediante nuestro procedimiento de control de la constitucionalidad) los actos que no se conformaron a él ⁴⁹ —o no obstante estas anulacio-

⁴⁹ Al respecto hay jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente sentido: "El uso de la facultad económico-coactiva por las autoridades administrativas, no está en pugna con el artículo 14 constitucional" (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, tesis de ejecutorias 1917-1975, tercera parte 1, Segunda Sala, p. 289, tesis 160). Si analizamos los precedentes de la mencionada jurisprudencia podremos percatarnos que en el considerando primero de la primer ejecutoria, la Corte argumentó que: "debe declararse que la ley sobre facultad económico-coactiva no es anticonstitucional porque el pago del impuesto no es una deuda proveniente de un contrato sancionado por la ley civil, sino que es el resultado de una necesidad política", remitiendo el mismo considerando al voto de don Ignacio L. Vallarta sobre la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva (Quinta Época, tomo iv, p. 121, PÉREZ, Francisco). Antes de referirnos al estudio de Vallarta, permítasenos señalar que el texto del artículo 14 no distingue si se refiere sólo a la materia civil, antes al contrario, pareciera que señala principios generales para todas las materias: ¿acaso el principio de irretroactividad exclusivamente vale para la materia civil? Las demás ejecutorias que precedieron la jurisprudencia reseñada únicamente argumentan que la facultad económico-coactiva no está en pugna con el artículo 14 constitucional porque la Suprema Corte, en diversas ejecutorias, así lo ha establecido (véanse de la Quinta Época: tomo xv, p. 922, VELAZCO, Carlos M.; tomo xv, p. 1217, MAHOUL, José A.; tomo xx, p. 355, Cía. de Comercio, Inversiones e Industriales, S. A.). Don Ignacio L. Vallarta, por su parte, sostuvo: "Aunque hoy se alega que esa facultad autoriza a la administración a ejercer violencia para reclamar su derecho y convierte a las oficinas de hacienda

nes—,⁵⁰ entonces, el sistema jurídico mexicano en lo que a esto se refiere, no es el sistema propuesto por el artículo 14 y, por tanto, el texto transcrito del artículo que comentamos no es resultado del acto constituyente del sistema, es decir, no funciona como parte de la constitución del orden jurídico mexicano.

Del mismo modo, si Y_1 (el comportamiento de la autoridad administrativa) deviene irregularmente entidad del orden jurídico mexicano, entonces, éste tiene que poseer un criterio de identidad que nos permita incluir a Y_1 como entidad del sistema. Así, a partir de que Y_1 ingresa al sistema, la constitución del mismo, establecida por X , ve modificados *irregularmente* sus criterios de identidad para poder incluir a Y_1 en el sistema. De esta manera, al no verse aplicado y observado por los destinatarios del sistema, el artículo 14 deja de funcionar —por haber operado la *desuetudo*— como constitución, ocupando su lugar una disposición —*consuetudinaria*—⁵¹ que podría ser descrita así:

la autoridad administrativa podrá privar libremente de sus propiedades, posesiones o derechos, a las personas que ella unilateralmente estime como deudoras de un crédito fiscal. En ningún otro caso alguien podrá ser privado de la vida, la libertad...

en los tribunales especiales y da á sus empleados atribuciones judiciales, en *cien ejecutorias está ya definida* la verdad constitucional de que la administración puede cobrar y hacer efectivo el pago de los deudos fiscales... Pretender que los jueces y sólo los jueces hagan tal cobro, siempre que el deudor se resista al pago, aun sin alegar excepciones que deban decidirse judicialmente, es tan inconstitucional y aun más absurdo que querer que los empleados administrativos califiquen esas excepciones sin someterlas al conocimiento judicial" (VALLARTA, Ignacio L., *Votos*, III, México, Editorial Porrúa, p. 114; el subrayado es nuestro). Pues bien, en nuestra opinión, aun cuando se encuentra clara la *justificación política* de la facultad económico-coactiva, pareciera que el *fundamento jurídico* de ésta no puede derivarse del texto constitucional ni de su interpretación.

⁵⁰ Tomando en cuenta que en el orden jurídico mexicano, en particular, los efectos de la sentencia de amparo que declara la inconstitucionalidad de una ley —según la llamada "fórmula Otero"— se concentran a las partes en el juicio, traduciéndose en la desapplicación de la ley impugnada en provecho exclusivo de los solicitantes del amparo, es claro que dicho beneficio sólo alcanza a unos cuantos y no siempre se cubre el grado mínimo de eficacia que debe tener una norma jurídica —en este caso, "constitucional"— para ser considerada como válida. Esta limitación del amparo mexicano, contraria al principio de la igualdad de todos frente a la ley, ha sido severamente criticada por el distinguido profesor Fix-Zamudio, quien ha venido proponiendo la introducción paulatina de la declaración general de inconstitucionalidad, como mecanismo para obtener la igualdad jurídica de los ciudadanos e incrementar su seguridad jurídica, así como la economía procesal y pecuniaria, a la vez que, en nuestra opinión, utilizada discreta y atinadamente podría servir de contrapeso al ejecutivo (*vid.*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Editorial Porrúa, S. A. 1964).

⁵¹ En virtud de ser producto de un procedimiento como el que hemos caracterizado de consuetudinario.

Consideramos que ésta es efectivamente la disposición que funciona como la constitución del sistema mexicano en lo que a *m* se refiere. Disposición que nos permite reconocer a Y_1 como entidad del sistema; la propuesta de la autoridad administrativa que, en suma, los destinatarios han seguido al construir el orden jurídico mexicano (el que existe).

Lo anterior no sólo nos permite explicar la modificación *irregular* de la constitución por vía consuetudinaria sino, también, observar cómo se establece una disposición constitucional consuetudinaria (que en el caso no fue creada por el mismo constituyente).

El orden jurídico mexicano, en particular, presenta diversos casos de costumbres constitucionales. Muchas de ellas obedecen a que nuestra realidad constitucional es distinta a lo previsto por la “constitución escrita”, en virtud, entre otros factores, de una acentuada preponderancia del poder ejecutivo⁵² y de la intervención de ciertos grupos de presión.⁵³ En los párrafos subsecuentes aludiremos a determinados ejemplos que, en nuestra consideración, pudieran llegar a estimarse como costumbres constitucionales.

Como ejemplo de una costumbre constitucional, con carácter de complementaria,⁵⁴ podríamos mencionar a la facultad reglamentaria; la cual, al no existir precepto alguno de nuestra “constitución escrita” que expresamente la conceda (como sí lo había en las constituciones que precedieron a la de 1857) ha llevado a la dogmática y los tribunales mexicanos a buscar argumentos que justifiquen el ejercicio de esta facultad tan importante en un sistema jurídico, pretendiendo encontrar su fundamento en el artículo 89, fracción I.

Veamos el texto de esta fracción del artículo mencionado:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:

⁵² Sobre el particular, puede consultarse a CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1979; y a FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El sistema presidencialista y la división de poderes”, en *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, México, UNAM, vol. IX, tomo III, 1979 pp. 85-155.

⁵³ *Id.*, OROZCO HENRIQUEZ, José de Jesús, “El poder de los grupos de presión”, en el vol. *Constitución y grupos de presión en América Latina*, México, UNAM, 1977, pp. 119-131.

⁵⁴ En virtud de que a través de esta costumbre se regulan ciertos aspectos no previstos por la “Constitución escrita”; si bien algunos autores, en el ejemplo que se expone, estiman que tales aspectos se encuentran regulados de conformidad a la “interpretación” que persistentemente le han atribuido los tribunales a un precepto de la “Constitución escrita”, en cuyo caso estaremos en presencia de una costumbre constitucional con carácter de interpretativa. Para algunos ejemplos de interpretación constitucional en el orden jurídico mexicano, véase, FIX-ZAMUDIO, Héctor, y CARPIZO, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en el vol. *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975.

1. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Según el tratadista de derecho administrativo Gabino Fraga,⁵⁵ gramaticalmente, “proveer” significa poner los medios adecuados para llegar a un fin, por lo que al utilizarse esa palabra en la fracción 1 del artículo 89, quiere decir que el presidente tiene la facultad de usar los medios apropiados para hacer que se observen las leyes expedidas por el congreso. Tales medios, de acuerdo con el profesor Fraga, no son los ejecutivos, porque ya en otro lugar se le confieren al presidente; tienen que ser, pues, los medios de carácter general (actos reglamentarios) que son necesarios para la aplicación de los preceptos contenidos en la ley.

Sin embargo, al respecto el profesor Tena Ramírez observa:

rigurosamente no es así porque la Constitución no emplea el infinitivo ‘proveer’, sino el gerundio ‘proveyendo’. Ahora bien, el gerundio carece de entidad autónoma, en nuestro idioma, pues hace referencia a un verbo principal, cuya significación modifica, expresando modo, condición, motivo o circunstancia; el gerundio, generalmente, es una forma adverbial. Tal como está redactada la fr. 1 del 89, ‘ejecutar las leyes, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia’ significa que se trata de una única facultad —ejecutar las leyes—, pues el resto de la expresión no con-
signa sino el modo como debe hacerse uso de dicha facultad, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.⁵⁶

Para nosotros —tomando en cuenta las anteriores consideraciones de don Felipe Tena Ramírez—, en lugar de forzar interpretaciones para justificar el ejercicio de la facultad reglamentaria, es necesario reconocer que el auténtico fundamento jurídico positivo de esta facultad se encuentra en una disposición constitucional de carácter consuetudinario que añadió otra facultad, a las enumeradas en el artículo 89, para el presidente: “la de expedir órdenes y dar los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin alterarlas ni modificarlas”.

Por otra parte, el llamado “principio de separación de poderes”, consagrado en el artículo 49 de la “constitución escrita” establecida por el “constituyente” de 1917 —el cual fue reformado en el año de 1938 y,

⁵⁵ Cfr., FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa S. A., 1952, pp. 134-135.

⁵⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1967, p. 432. “La importancia de la facultad reglamentaria, la necesidad de contar con ella en un régimen constitucional, han inclinado a la jurisprudencia a justificarla, hasta el punto de que ya nade la discute. De esta suerte ha crecido fuera de la Constitución, aunque sin contrariarla, una *institución de derecho consuetudinario*, que viene a llenar el vacío que inexplicablemente dejaron los constituyentes de 57 y de 17. Hoy en día es el precedente y no el texto, el que justifica en nuestro derecho la facultad reglamentaria” (*ibidem*, pp. 432-433; el subrayado es nuestro).

posteriormente, en 1951—, pareciera que en lo relativo a la imposibilidad de que se depositase “el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29”, tal disposición en ningún momento funcionó como *constitución* —como apunta el profesor Tena Ramírez—⁵⁷ durante el periodo de 1917 a 1938, en tanto que la mayor parte de nuestra legislación común y hacendaria de esa época fue obra del ejecutivo, sin que para expedirla existiera una situación grave, sin que hubiera suspensión de garantías y sin que esa legislación pudiera servir, ni por asomo, como medio para hacer frente a la supuesta situación anormal, como lo prescribía el artículo 29.⁵⁸

Entre las leyes que se promulgaron bajo la costumbre constitucional que delegara facultades legislativas al presidente, vigente de 1917 a 1938, el profesor Jorge Carpizo señala a la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Ley General de Comunicaciones, la Ley General de Instituciones de Crédito, las Reformas al Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Código Agrario, la creación de la Comisión Federal de Electricidad, el Código Fiscal, así como otras leyes relativas a la marina mercante, educación, agricultura y salubridad pública.⁵⁹

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia estableció jurisprudencia en el sentido de que tal delegación de facultades legislativas al presidente sólo representaba una forma de cooperación entre los órganos ejecutivo y legislativo, mas no violaba lo prescrito por el “principio de separación de poderes”.⁶⁰

De esta manera —como señala don Antonio Martínez Báez—, no obs-

⁵⁷ *Id.*, *ibidem*, pp. 227-233; *idem*, “La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 25-28, enero-diciembre de 1945, pp. 140-147.

⁵⁸ El artículo 29 de la constitución de 1917 expresamente establece: “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en gran peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.”

⁵⁹ *Cfr.*, CARPIZO, *op. cit.*, *supra* (nota 52, capítulo v), p. 102.

⁶⁰ *Apéndice al Seminario Judicial de la Federación*, tesis de ejecutorias 1917-1965, III, tesis 466, pp. 913-914.

tante que la reforma de 1938 ⁶¹ en nada cambiaba la prescripción original del artículo 49:

era tal la complicidad o connivencia de todas las autoridades, de todos los Supremos Poderes: el Congreso delegando las facultades, el Presidente solicitándolas en plena tranquilidad y completa paz y, lo que es más grave aún, la Suprema Corte de Justicia admitiendo la validez de la delegación con argumentos que no vale la pena examinar su solidez, que el Presidente Cárdenas propuso la adición al artículo 49 con este precepto, que ha sido necesario para desterrar aquella *costumbre contraria a un texto escrito*. ⁶²

Así pues, en nuestra consideración, durante el lapso de 1917 a 1938, el artículo 29, al cual remitía el 49 de la “constitución escrita”, en ningún momento funcionó como la constitución del sistema, sino que, por el contrario, tomó su lugar una disposición constitucional de carácter consuetudinario que podría enunciarse así:

En los casos que estime conducente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión o, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá emitir disposiciones legislativas y, en ocasiones, suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo.

Cabe observar que, a partir de la reforma de 1938 al artículo 49 constitucional, la Suprema Corte resolvió no atenerse más a dicha costumbre constitucional y, en su lugar, respetar lo prescrito por el texto de la “constitución escrita”. ⁶³ Fue así como en 1950, por ejemplo, la Corte declaró inconstitucional la delegación de facultades legislativas al presidente Miguel Alemán para modificar las cuotas de las tarifas de exportación e importación. ⁶⁴

⁶¹ La reforma de 1938 al segundo párrafo del artículo 49 estableció: “No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. *En ningún otro caso, se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar*”.

⁶² MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “Concepto general del estado de sitio” en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 25-28, enero-diciembre de 1945, p. 108; el subrayado es nuestro.

⁶³ Como se aprecia, éste es un ejemplo en el que la legislación constitucional desplaza a una costumbre constitucional, perdiendo esta última su validez en virtud de que se dejó de presentar el hecho generador de tal costumbre.

⁶⁴ CIA. MADERERA DE MIRAVALLÉS, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, tomo 109, 1951, p. 109. Sin embargo, el propio año de 1951, a través de la reforma formal —conforme al procedimiento previsto— a los artículos 49 y 131 constitucionales, tal criterio de la Corte fue anulado sólo en lo relativo a la improcedencia de la delegación de facultades al presidente para modificar las tarifas de exportación e importación,

Un caso interesante de costumbre constitucional en nuestro orden jurídico lo ofrece la forma en que opera efectivamente el control de la constitucionalidad de las leyes, ya que, sin tomar en cuenta que el artículo 133 de nuestra “constitución escrita”, al establecer la supremacía de la constitución, expresamente prescribe que: “*Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados*”, la práctica jurídica ha reservado únicamente al poder judicial *federal* la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

En efecto, no obstante que, como afirma el distinguido profesor Héctor Fix-Zamudio, la disposición del artículo 133 se tomó del artículo vi, sección 2, de la Constitución de los Estados Unidos,

país en el cual, aunque es posible, en ciertos casos, plantear directamente una cuestión de constitucionalidad ante los Tribunales Federales, normalmente son los jueces *locales* los que deben juzgar, en los juicios ordinarios, sobre la constitucionalidad de las leyes aplicables a los casos que les sean sometidos y sólo mediante recursos, los famosos *Writs*, y la apelación, es posible llevar el caso ante la jurisdicción federal, hasta llegar a la Suprema Corte.⁶⁵

En el orden jurídico mexicano, por el contrario, tal facultad, como señala el profesor Grant,⁶⁶ de acuerdo con el criterio sustentado por la Sala Auxiliar, se encuentra reservada a los tribunales federales:

no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal... Aun en el caso del artículo 133 de la Constitución, que impone a los jueces de los Estados la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando la Ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Judicial Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad.⁶⁷

Asimismo, el que la Corte haya persistentemente sostenido que el amparo fue diseñado exclusivamente para proteger las “garantías indi-

como un síntoma más de la preponderancia del poder ejecutivo mexicano (*vid.*, BAKER, Richard D., *Judicial Review in Mexico. A Study of the Amparo Suit*, Austin, University of Texas Press, 1971, pp. 148-151; FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, *supra*, nota 52, capítulo v, pp. 99-100; OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Federalism and Supreme Court in the United States and Mexico*, MCL thesis, University of California at Los Angeles, 1979, pp. 93-97).

⁶⁵ FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, *supra* (nota 50, capítulo v), pp. 175-176.

⁶⁶ *Vid.*, GRANT, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, pp. 56-57.

⁶⁷ GARZA DE GRAUMAN, Aurora, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo cxvii-1, pp. 86-87.

viduales”,⁶⁸ ha dejado prácticamente sin efecto lo previsto por las fracciones II y III del artículo 103 de la “constitución escrita”.⁶⁹ En efecto, si bien estamos de acuerdo con que los supuestos a que se refieren esas fracciones no sean ventilados a través del juicio de amparo,⁷⁰ la falta de disposiciones que las reglamenten y el criterio privatista de la Corte en el sentido de que no puede intervenir, salvo que haya un particular individualmente perjudicado, en casos de leyes o actos que invadan, recíprocamente, la soberanía de los Estados o las atribuciones de la Federación —negándole capacidad jurídica a los Estados y a la propia Federación para plantear directamente tales cuestiones—, ha provocado que lo dispuesto por las fracciones mencionadas sea “letra muerta” y quede al margen de la experiencia jurídica.

De manera similar, la Suprema Corte de Justicia ha ignorado su autoridad, conferida por el artículo 97 de la “constitución escrita”⁷¹ —reformado en 1977—,⁷² para intervenir en el proceso electoral.⁷³ Esfá actitud prudente y atinada de la Corte, la cual se espera que persista a pesar de las reformas de 1977 —en virtud de los riesgos inherentes a la

⁶⁸ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1965, II, tesis 111, p. 246.

⁶⁹ *Vid.*, BAKER, *op. cit.*, *supra* (nota 64, capítulo V), pp. 102-106. El referido artículo 103 establece: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados; III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.”

⁷⁰ Como advierte González Avelar, refiriéndose al artículo 105 constitucional, pero que puede extenderse a las fracciones que se comentan: “ciertamente el juicio de amparo es mal escenario para ventilar estas cuestiones, porque sus orígenes, su desarrollo y su teleología misma vuelven muy forzado un procedimiento en el que las partes, los conceptos de violación, las supuestas garantías violadas, las autoridades responsables, los hipotéticos terceros perjudicados y el ministerio público resultan ser personajes y parlamentos de otra obra distinta” (GONZÁLEZ AVELAR, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, México, UNAM, 1979, p. 49; *vid.*, *ibidem*, p. 157).

⁷¹ “Podrá también la Suprema Corte de Justicia de la Nación nombrar... alguno o algunos de sus miembros o algún juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designará uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe... algún hecho o hechos que constituyan... la violación del voto público.”

⁷² “La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.” Véase, también, la reforma del mismo año al artículo 60 constitucional.

⁷³ *Vid.*, SCHWARZ, Carl, “Judges under the Shadow: Judicial Independence in the United States and Mexico”, en *California Western International Law Journal*, vol. 3, núm. 3, mayo de 1973, pp. 291-293.

participación en la política partidista—, ⁷⁴ privó de todo efecto jurídico al respectivo texto original del referido artículo 97.

Cabe mencionar, también, el criterio que ha sustentado desde hace tiempo la Suprema Corte de Justicia sobre la distinción entre las garantías individuales y los derechos políticos ⁷⁵ —la cual no figura en el texto de la “constitución escrita”—, impidiendo que los ciudadanos obtengan la protección de la justicia federal, a través del juicio de amparo, en los casos en que se violen sus derechos políticos. De esta manera, a través de una costumbre constitucional interpretativa, se ha limitado de manera substancial el alcance de lo dispuesto expresamente por la fracción I del artículo 103.

Un ejemplo de costumbre constitucional, desarrollada en contra de la “legislación constitucional” de 1917, fue la inobservancia del requisito para ser presidente prescrito por la fracción VII del artículo 82 original ⁷⁶ —mismo que fue “derogado” en el año de 1927 de conformidad al procedimiento formal previsto—, ya que la mayoría de los presidentes durante el lapso en que supuestamente estuvo “vigente” dicha fracción, en realidad, habían “figurado directa o indirectamente en alguna asonada, motín o cuartelazo”. ⁷⁷

Por otra parte, es un hecho que el principio del equilibrio entre los poderes no ha funcionado en el sistema jurídico mexicano, como consecuencia de varios factores impuestos por nuestra realidad política. Así, por ejemplo, la abundancia de controles intraorgánicos en el Senado ha contribuido a menoscabar los controles interorgánicos sobre el ejecutivo.

En primer término —señala el profesor Barquín—, y aun cuando no pueda señalarse como una causa de índole netamente normativa, se encuentra el sistema de partido dominante; sin embargo, existe una pléyade de disposiciones y modalidades en nuestro sistema constitucional a las que sí es posible calificar como jurídicas, que contribuyen, en su conjunto, al desequilibrio del sistema a favor del ejecutivo. ⁷⁸

⁷⁴ Vid., FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, *supra* (nota 52, capítulo v), pp. 148-151.

⁷⁵ Vid., GONZÁLEZ AVELAR, *op. cit.*, *supra* (nota 70, capítulo v), *passim*, especialmente, pp. 157-158. Sin embargo, como apunta el propio González Avelar, anteriormente la Corte había sostenido que la violación de los derechos políticos podía ser reclamada a través del juicio de amparo (véase, por ejemplo, Presidente municipal de Tehuacán, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo IV, fallado el 18 de marzo de 1919, citado en *ibidem*, p. 57).

⁷⁶ “Para ser Presidente se requiere... VII. No haber figurado, directa o indirectamente en alguna asonada, motín o cuartelazo.”

⁷⁷ Este caso es citado por el maestro Antonio Carrillo Flores, en *La justicia federal y la administración pública*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1973, p. 311, nota 9.

⁷⁸ BARQUÍN ALVAREZ, Manuel, “Las funciones de control del Senado en relación con la preeminencia del ejecutivo”, en *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México, UNAM, 1977, p. 85.

No obstante que la “constitución escrita” no otorga a la Cámara de Diputados, ni a la de Senadores, la potestad para excluir soberana o discrecionalmente de su seno a alguno de sus miembros, tal situación se ha presentado varias veces en nuestra realidad política,⁷⁹ generándose una costumbre constitucional complementaria al texto de la legislación constitucional, a través de la cual se habilita a las Cámaras a proceder sobre el particular.

A pesar de que el artículo 72 de la “constitución escrita”, al regular el proceso legislativo, establece expresamente en su inciso f) que: “En la *interpretación*, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”, es claro que a través de una costumbre constitucional interpretativa los encargados de interpretar las leyes y decretos han sido los órganos aplicadores del derecho —y, en realidad, no podría ser de otro modo—, mas no exclusivamente el propio órgano legislativo.

Uno de los casos más obvios en el orden jurídico mexicano donde no se observa lo prescrito por la “constitución escrita”, es el relativo a la supremacía del Estado sobre la Iglesia. En efecto, varias de las disposiciones intervencionistas del Estado sobre los asuntos religiosos no son aplicadas en la realidad, por lo que se presenta, más que una supremacía del Estado, una mera independencia entre ambas instituciones. Como advierte el profesor Álvaro Matute, “(d) esde el acuerdo firmado entre el entonces Presidente de la República, Emilio Portes Gil, y el representante eclesiástico, monseñor Pascual Díaz, en el que se delimitaban los derechos y obligaciones de la Iglesia, cada entidad ha aceptado su realidad histórica y la ha llevado adelante”.⁸⁰ De esta manera, después de la llamada rebelión cristera a finales de los veinte, se ha desarrollado consuetudinariamente un acuerdo, según el cual, el clero católico no toma parte directa en actividades políticas y, por su parte, el gobierno federal no aplica rigurosamente las disposiciones “constitucionales”.⁸¹

Así, por ejemplo, en franca violación de la fracción iv del artículo 3o. de la “constitución escrita”,⁸² son varias las corporaciones religiosas y

⁷⁹ Cfr., CARRILLO FLORES, Antonio, “Prólogo” a la obra citada de González Avelar, *supra* (nota 70, capítulo v), p. 11; *vid.*, GONZÁLEZ AVELAR, *ibidem*, pp. 141-144.

⁸⁰ Entrevista publicada en *Gaceta UNAM*, Cuarta Época, volumen III, núm. 89, 13 de diciembre de 1979, p. 14. *Vid.*, CASTILLO FARRERAS, *op. cit.*, *supra* (nota 30 capítulo iv), pp. 31-37.

⁸¹ *Vid.*, FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, *supra* (nota 52, capítulo v), pp. 130-133; GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *La democracia en México*, México, Serie Popular Era, 1971, pp. 53-62; OROZCO HENRÍQUEZ, *op. cit.*, *supra* (nota 53, capítulo v), pp. 125-126.

⁸² “iv. Las corporaciones religiosas, los ministros de los cultos, las sociedades por acciones que, exclusiva o predominantemente, realicen actividades educativas y las asociaciones o sociedades ligadas con la propaganda de cualquier credo religioso no intervendrán en forma alguna en planteles en que se imparta educación primaria, secundaria y normal y la destinada a obreros o a campesinos.”

algunos ministros de los cultos que intervienen en planteles donde se imparte educación primaria y secundaria, así como a obreros y campesinos; a pesar de lo previsto por la fracción II del artículo 27,⁸³ es frecuente que las asociaciones religiosas posean bienes raíces, al menos por interpósita persona, sin que los mismos hayan entrado al dominio de la nación y sin que se destinen exclusivamente a los servicios públicos federales o estatales. Igualmente, no obstante lo prescrito por el artículo 130,⁸⁴ entre otros aspectos no se encuentra reglamentada por ley alguna la supuesta profesión que ejercen los ministros de los cultos, son varios los ministros religiosos que offician en nuestro territorio sin ser mexicanos por nacimiento, o bien, es frecuente que se revaliden oficialmente los estudios realizados en establecimientos dedicados a preparar a los ministros de los cultos.

Al respecto, el distinguido profesor Jorge Carpizo señala:

es de todos conocido que nuestro artículo 130 de la Constitución no se cumple, y que ya son bastantes los años que el gobierno tolera que todos y cada uno de los párrafos de dicho artículo se violen. ¿Sería suficiente alegar que tal costumbre es ahora ley y por lo tanto la Procuraduría General de la Repú-

83 "II. Las asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos; los que tuvieran actualmente, por sí o por interpósita persona, entrarán al dominio de la Nación, concediéndose acción popular para denunciar los bienes que se hallaren en tal caso. La prueba de presunciones será bastante para declarar fundada la denuncia. Los templos destinados al culto público son de la propiedad de la Nación, representada por el Gobierno Federal, quien determinará los que deben continuar destinados a su objeto. Los obispos, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos o cualquier otro edificio que hubiere sido construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religioso, pasarán desde luego, de pleno derecho, al dominio directo de la Nación, para destinarse exclusivamente a los servicios públicos de la Federación o de los Estados en sus respectivas jurisdicciones. Los templos que en lo sucesivo se erigieren para el culto público, serán propiedad de la Nación."

84 "ARTÍCULO 130. Corresponde a los Poderes Federales ejercer, en materia de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación... Los ministros de los cultos serán considerados como personas que ejercen una profesión y estarán directamente sujetos a las leyes que sobre la materia se dicten... Para ejercer en los Estados Unidos Mexicanos el ministerio de cualquier culto, se necesita ser mexicano por nacimiento... Por ningún motivo se revalidará, otorgará dispensa o se determinará cualquier otro trámite que tenga por fin dar validez en los cursos oficiales, a estudios hechos en los establecimientos destinados a la enseñanza profesional de los ministros de los cultos. La autoridad que infrinja esta disposición será penalmente responsable y la dispensa o trámite referido será nulo y traerá consigo la nulidad del título profesional para cuya obtención haya sido parte la infracción de este precepto."

ca no puede ejercitar la acción correspondiente para castigar a los infractores? ... No, desde luego que no.⁸⁵

Si bien estamos de acuerdo con el profesor Carpizo en que no puede sostenerse que las prohibiciones constitucionales dirigidas a las asociaciones religiosas y a los ministros de los cultos se han modificado consuetudinariamente en potestativas, en nuestra opinión, sí se ha establecido una costumbre constitucional *contra legem* que regula ahora como potestativo o discrecional para los órganos aplicadores de derecho, lo que anteriormente se encontraba previsto como obligatorio, en virtud de que se han dejado de aplicar las consecuencias coactivas para aquellos órganos que hayan violado la “constitución escrita” por omisión.⁸⁶

Pensamos que esta misma situación se presenta con respecto del artículo 134 de la “constitución escrita”,⁸⁷ ya que es claro que no todos los contratos celebrados por el gobierno para la ejecución de obras públicas se adjudican en subasta, mediante convocatorias, ni las proposiciones respectivas se hacen públicas. Así pues, la obligación constitucional genérica de las autoridades ejecutivas sobre el particular, se ha modificado consuetudinariamente en una disposición potestativa o discrecional.

Otra de las instituciones establecidas por la “constitución escrita” y largamente ignorada en la práctica es el sistema federal mexicano. Varios factores políticos y económicos han impedido que, por ejemplo, los artículos 40⁸⁸ y 115⁸⁹ tengan alguna eficacia práctica.⁹⁰ Por ahora,

⁸⁵ CARPIZO, *op. cit.*, *supra* (nota 7, capítulo v), p. 281.

⁸⁶ Al modificarse el carácter normativo, o cualquiera de los elementos de la norma, se estará en presencia forzosamente de otra norma (*vid.*, WRIGHT, *op. cit.*, *supra*, nota 46, capítulo iii, pp. 70-92). Como advierte Kelsen, una norma válida para todas las formas de robo, puede ser substituida por otra que sea válida únicamente para una determinada forma de robo; una norma que prohíba el homicidio y prescriba la pena de muerte para el responsable de este delito puede ser reemplazada por otra que prescriba tan sólo prisión perpetua (*cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 24, capítulo iv, p. 346).

⁸⁷ “Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatorias, y para que se presenten proporciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.”

⁸⁸ “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.” Si bien, técnicamente, no se puede hablar de soberanía, sino tan sólo de autonomía, ésta se encuentra bastante limitada en la práctica: quizás más que en las subdivisiones territoriales de algunos estados considerados unitarios.

⁸⁹ “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes ... ii. Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las Legislaturas de los Estados y que, en todo caso, serán las suficientes para atender a las necesidades municipales.”

⁹⁰ *Vid.*, CARPIZO, Jorge, “Sistema federal mexicano”, en el vol. *Los sistemas fede-*

nos referiremos exclusivamente al funcionamiento efectivo de lo previsto por la fracción v del artículo 76 de la "constitución escrita", la cual enuncia:

Son facultades exclusivas del Senado... v.- Declarar, cuando hayan desaparecido todos los poderes constitucionales de un Estado, que es llegado el caso nombrarle un Gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo Estado. El nombramiento de Gobernador se hará por el Senado a propuesta en terna del Presidente de la República, con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes, y en los recesos, por la Comisión Permanente, conforme a las mismas reglas. El funcionario así nombrado no podrá ser electo Gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expidiera. Esta disposición regirá siempre que las constituciones de los Estados no prevean el caso.

Durante más de sesenta años que demoró en expedirse la ley reglamentaria respectiva,⁹¹ prescrita por el último párrafo de la fracción vi del propio artículo 76,⁹² se desarrolló una costumbre constitucional que modificó el contenido de la mencionada fracción v. En efecto, no obstante que esta fracción no establece al órgano facultado para declarar la desaparición de los poderes constitucionales de un Estado, sino tan sólo autoriza al Senado para declarar que, en tal virtud, es llegado el caso de nombrar un gobernador provisional,⁹³ a través de lo que se podría considerar una costumbre constitucional complementaria se facultó también al Senado para determinar cuándo habían desaparecido los órganos constitucionales estatales, la cual fue ejercida de manera anárquica y arbitraria,⁹⁴ sirviendo frecuentemente para afianzar la preponderancia del poder ejecutivo federal.

Por último, cabe apuntar que de acuerdo con el texto de dicha fracción v nada más se autoriza a la Comisión Permanente para que, durante

rales del Continente Americano", México, UNAM, 1972, pp. 489-498 y 516-525; GONZÁLEZ CASANOVA, *op. cit.*, *supra* (nota 81, capítulo v), pp. 37-43 y 243-251; OROZCO HENRÍQUEZ, *op. cit.*, *supra* (nota 64, capítulo v), pp. 124-131.

⁹¹ La Ley Reglamentaria de la fracción v del artículo 76 fue expedida el 27 de diciembre de 1978.

⁹² "La ley reglamentará el ejercicio de esta facultad y el de la anterior." Por cierto, el ejercicio de la facultad del Senado prevista por la fracción vi, aún no se ha reglamentado por ley alguna.

⁹³ *Id.*, BARQUÍN, Manuel, "La desaparición de poderes en las entidades federativas", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 2, 1975, 1977, pp. 11-12; CARPIZO, *op. cit.*, *supra* (nota 90, capítulo v), pp. 509-510; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La intervención federal en la desaparición de poderes*, tesis de licenciatura, México, UNAM, 1981, pp. 121-128; OROZCO HENRÍQUEZ, *op. cit.*, *supra* (nota 64, capítulo v), pp. 133-136; TENA RAMÍREZ, *op. cit.*, *supra* (nota 56, capítulo v), pp. 453-457.

⁹⁴ *Id.*, BARQUÍN, *op. ult. cit.*, pp. 12-17, GONZÁLEZ OROPEZA, *op. ult. cit.*, pp. 277-278.

los recesos del Senado, nombre al gobernador provisional entre la terna propuesta por el presidente de la República y, además, dicha facultad sólo puede ser ejercida por cualquiera de los dos órganos en aquellos casos en que las constituciones estatales no prevean algo distinto al respecto. Sin embargo, en la práctica, se desarrolló una costumbre constitucional en contra de lo prescrito por la fracción v, ya que, frecuentemente, la Comisión Permanente a instancia del ejecutivo substituyó al Senado en el ejercicio de todas las funciones contempladas por tal fracción y, muchas veces, sin importar lo dispuesto sobre el particular por las distintas constituciones estatales.⁹⁵

Tomando en cuenta que el derecho efectivamente aplicable y observado, al menos hasta la promulgación de la ley reglamentaria de 1978, fue producto de un procedimiento consuetudinario creador de una costumbre constitucional en sentido opuesto a lo prescrito expresamente por la “constitución escrita”, se puede afirmar que la fracción v del artículo 76 perdió su validez, a causa de la *desuetudo*, durante todo ese lapso; aun cuando haya permanecido su texto inalterado y haya sido frecuentemente invocada.

⁹⁵ *Vid.*, *ibidem*, pp. 14-17; *ibidem*, pp. 128-134.