

SEGUNDA PARTE LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO

CAPÍTULO SEXTO PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN NORMATIVA

I. Introducción	145
II. Constitución y sistema jurídico: sobre el poder constituyente	148
III. Constitución formal y Constitución material	152
Constitución material y positivismo jurídico	160
IV. La Constitución como norma y como fuente de las fuentes	163
1. La Constitución vinculante	165
En torno al control constitucional en México	169
a) Sobre el amparo	170
b) Sobre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad	172
2. Supremacía y supralegalidad constitucionales	176
3. La regulación constitucional de las fuentes en el ordenamiento mexicano	181
4. Clasificación de las normas de la Constitución mexicana	186
5. La aplicabilidad de la Constitución	191

SEGUNDA PARTE LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO

CAPÍTULO SEXTO PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN NORMATIVA

I. INTRODUCCIÓN

Esta segunda parte se encuentra inexorablemente ligada a la que le precede por varias razones. Para empezar, es obvio que, en lo fundamental, las fuentes del derecho y las normas sobre la producción jurídica se recogen en la Constitución, y lo mismo puede decirse de las formas de Estado y de gobierno, de la división de poderes, del federalismo, del presidencialismo, etcétera, que son nociones que únicamente pueden explicarse a la vista de su concreta regulación constitucional.

Además, solamente desde la Constitución y a la luz de su eficacia práctica (es decir, a partir de la *praxis* constitucional) cabe hablar de la relación entre las proclamaciones constitucionales y la realidad del sistema político. Hacerlo de otro modo solamente produciría un análisis sesgado e incompleto, cuando no perjudicial por tratar de enmascarar bajo un discurso pseudoacadémico una realidad muy distinta.

Toda la primera parte se ha expuesto desde una *óptica constitucional*,⁴⁵⁶ que ha tenido por presupuestos una cierta teoría de la Constitución y una particular concepción del papel de la carta fundamental como fuente del derecho. A explicar en parte tales presupuestos se dedica esta segunda parte.

El hecho de que se estudien de forma subsecuente y combinada el tema de la Constitución como fuente del derecho y el de la reforma constitucional obedece a que, como se ha dicho con razón, “hasta cierto punto, y sin hipérbole alguna, se podría sostener que la teoría de la Constitución y la teoría de la Reforma [constitucional] son expresiones equivalentes, en tanto en cuanto los contenidos esenciales de una y otra son también inexorablemente coincidentes”.⁴⁵⁷ El estudio de la Constitución como

456 *Vid.* capítulo primero, apartado I, sobre la importancia y la necesidad de adoptar tal enfoque.

457 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 24; en el mismo sentido, Calzada Conde, Rogelia, “Reflexiones en torno a la reforma constitucional”, *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 5, 1993, p. 49. De hecho, el disociar los temas de la teoría de la Constitución (el concepto de Constitución destacadamente) y la problemática de la reforma y del

fuerza del derecho y como fuente de las fuentes es una parte importante de la teoría de la Constitución⁴⁵⁸ y, en ese sentido, forzosamente deben plantearse muchas cuestiones que también atañen al estudio de la reforma constitucional. La problemática del poder constituyente, de las NSP que regulan el procedimiento de reforma o el uso adecuado de esta última son ejemplos que ilustran la interrelación entre la Constitución como fuente y la reforma constitucional.

Teniendo presente lo anterior, puede entenderse mejor que, al hacer un estudio de la Constitución como fuente del derecho, no se haga sobre cualquier Constitución, sino desde una Constitución concreta y en cierto sentido determinada por un cúmulo de experiencias históricas a las que no pueden desatenderse.⁴⁵⁹ Sólo ubicando una carta constitucional en un momento histórico, social y económico determinado puede entenderse cabalmente, pues, como señala Hesse, “la única cuestión que debe plantearse en el contexto de la tarea de exponer los rasgos básicos del Derecho Constitucional vigente es la relativa a la *Constitución actual, individual y concreta*”.⁴⁶⁰ Ello sin menoscabo de la autonomía de las normas constitucionales una vez establecidas respecto al resto del sistema social; pero entendiendo que autonomía no es lo mismo que autarquía.⁴⁶¹

poder constituyente ha generado algunas consecuencias negativas como explica Francisco Rubio Llorente, “Constitución”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, p. 1,525.

458 “Es opinión prácticamente unánime en la doctrina que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional, consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas [...]”. Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, 4a. ed., Madrid, 1988, p. 31. *Vid.* también Otto, *op. cit.*, nota 15, pp. 82-84.

459 Sobre la “historicidad” de la Constitución, de forma sintética, Rodríguez Bereijo, Álvaro, “Constitución y tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, julio-septiembre de 1996, pp. 372-373.

460 Hesse, K., *op. cit.*, nota 6, p. 4. *Cursivas en el original.*

461 Esto es lo que no han entendido algunos constitucionalistas en México en las últimas décadas, que explican el sistema constitucional sin ningún tipo de referencia al contexto en el que coexiste. Posición que solamente cabe explicar desde una injustificada autocomplacencia de la ciencia jurídico-constitucional y de sus exponentes, que parecen creer que explicar derecho constitucional es explicar *las normas* de la Constitución sin más y con independencia de que se apliquen o no, e ignorando en ambos casos las razones por las que se aplican o dejan de aplicar. No es el momento de extender la reflexión sobre el tema, pero quizá valga la pena analizar en otra parte con detalle cuáles han sido los motivos que han producido lo anterior, que tal vez no sean tan casuales como podría parecer a primera vista, sino que responden a condicionantes externos bien definidos. *Vid.*, con observaciones y datos interesantes, Cossío Díaz, J. R., y Raigosa, Luis, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 5, octubre de 1996, pp. 41-64; Cossío, *op. cit.*, nota 206, pp. 191 y ss., y Cossío, “El paradigma de los estudios constitucionales en México. Un caso de sociología del conocimiento jurídico”, *Memoria del simposio internacional. El significado actual de la Constitución*, México, 1998, pp. 153 y ss.

El objeto, pues, de la segunda y tercera partes de este trabajo es tratar de aplicar las concepciones generales de la teoría de la Constitución y de su reforma a la realidad constitucional mexicana de forma semejante a como se ha hecho en la primera parte, en la que, en primer lugar, se ha buscado perfilar los conceptos generales de los respectivos temas para, después, confrontarlos con las disposiciones mexicanas y, finalmente, tratar de verificar ambas con la realidad política nacional.

Tal vez convenga ir adelantando, aunque debe quedar completamente explicado a lo largo de las páginas siguientes, que bajo el título de “La Constitución como fuente del derecho” se engloban básicamente dos cuestiones: una es la función general de la Constitución como fuente de las fuentes, como *norma normarum*, es decir, como vértice del sistema jurídico y como parámetro de la validez del resto de normas que lo integran; la otra cuestión es lo que podría llamarse la concepción de la Constitución como fuente del derecho en sentido estricto (bajo la cual también puede entenderse la Constitución como *fuerza de derechos*), es decir, como una norma creadora por sí misma no de normas instrumentales —como las NSP—, sino de normas materiales, directamente aplicables a diversas relaciones jurídicas. Que se considere a la Constitución sencillamente como norma es un *a priori* de ambas funciones.

Una segunda precisión se impone antes de comenzar el tratamiento de los objetos que se estudian en esta parte; es la que se refiere a la necesidad de restringir las referencias de carácter histórico.

No puede pasarse por alto, como se señalaba líneas arriba, que lo que la Constitución significa hoy en día y el papel que desempeña tanto en el sistema jurídico como, más en general, dentro del entramado de relaciones sociales de muchos Estados es el resultado de una serie de acontecimientos históricos que han ido decantando las concepciones originales y que, a través de no pocos retrocesos y altibajos, han configurado aquello que entendemos actualmente por Constitución, sistema constitucional, Estado constitucional, etcétera.⁴⁶² Sin embargo, el simple tratamiento superficial de tal evolución histórica rebasa con mucho el conte-

462 De nuevo puede sostenerse, junto con Hesse, que “[...] la constitución de una concreta comunidad política, su contenido, la singularidad de sus normas y sus problemas han de ser comprendidos desde una perspectiva histórica. Sólo la conciencia de esta historicidad permite la comprensión total y el enjuiciamiento acertado de las cuestiones jurídico y político-constitucionales”. Hesse, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda; Maihofer; Vogel; Hesse, y Heyde, *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 1.

nido posible de los temas que pretende tocar este apartado, por lo cual solamente se acudirán a los antecedentes en el tiempo cuando tengan una especial relevancia para explicar el momento actual del tema en cuestión o cuando sea una forma especialmente útil para entenderlo.

Además de lo anterior, en general puede decirse que el concepto de Constitución ha tenido y tiene un sinfín de formulaciones,⁴⁶³ muchas de ellas incompatibles y contradictorias entre sí, lo cual no ayuda sino que complica la búsqueda de un concepto válido que la describa. La variedad de conceptos de Constitución que se ha elaborado se debe principalmente, según García Pelayo, a dos motivos:⁴⁶⁴

A. A que el concepto de Constitución se refiere “a la sustancia de la existencia política de un pueblo”, por lo que “está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en la adecuación instrumental para la controversia con el adversario”. Razón por la cual se dice que la Constitución es una “escurridiza realidad nombrada con un término ambiguo siempre, pero nunca neutro, sino cargado de significación política interesada”.⁴⁶⁵

B. A que la Constitución no se agota en su significación jurídica, sino que comprende “diversas esferas de la vida humana objetivada”, vinculando sectores de “la realidad política, jurídica, sociológica, etc.”.

Advertidos, pues, de la dificultad de abordar el concepto de Constitución, vamos a tratar de precisar cuál puede ser el de la Constitución normativa y, a partir de él, derivar algunas consecuencias para el sistema de fuentes del derecho.

II. CONSTITUCIÓN Y SISTEMA JURÍDICO: SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE

Para comprender el inicio de cualquier sistema jurídico, no puede buscarse *ad infinitum* una norma última que dé fundamento al resto de nor-

463 “[...] como resultado de una compleja interacción de factores técnico-jurídicos y políticos, el concepto mismo de Constitución sigue siendo un concepto polémico y el término que lo designa continúa afectado de una multivocidad radical que obliga frecuentemente a adjetivarlo”. Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, en Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 282, p. 79; *vid.*, también, Fioravanti, Maurizio, “Costituzione e Stato di diritto”, *Filosofia Politica*, año V, núm. 2, diciembre de 1991, pp. 325 y ss.

464 García Pelayo, M., *op. cit.*, nota 237, p. 33.

465 Tomás y Valiente, Francisco, “Constitución”, *Enciclopedia iberoamericana de filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado* (edic. de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, 1996, p. 45.

mas del ordenamiento, sino que, más allá de la Constitución como norma suprema de todo el sistema jurídico, debe buscarse una autoridad normativa que no recibe su poder de una norma, sino que se basa en la aceptación, en la aquiescencia o, más idealmente, en la participación de los sujetos del ordenamiento que va a crearse.⁴⁶⁶

Tal autoridad normativa no puede explicarse por vía jurídica y se instaura como un acto de poder;⁴⁶⁷ en palabras de Carl Schmitt, el poder constituyente “es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.⁴⁶⁸ Según el mismo autor, “en el Poder Constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución”.⁴⁶⁹

Lo anterior no quiere decir que, antes de la elaboración de la Constitución, no pueda expedirse algún tipo de regulación que rija la forma en que el poder constituyente va a operar (por ejemplo, previendo lo relativo a las elecciones de los miembros del Constituyente, al eventual referéndum de aprobación o la manera de llevar a cabo los trabajos de elaboración de la Constitución),⁴⁷⁰ sino que el poder político soberano de crear una Constitución no puede ser disciplinado por el derecho;⁴⁷¹ como dice Carl Schmitt, el poder constituyente “es la base que abarca todos los otros ‘poderes’ y ‘divisiones de poderes’”.⁴⁷²

466 Para Carl Schmitt, el poder constituyente se fundamenta en una “decisión”: “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio ser”. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, 1992 (reimpr.), p. 94.

467 Bobbio, Norberto, “Sobre el principio de legitimidad” y “Derecho y fuerza”, en *op. cit.*, nota 48, pp. 297-306 y 325-338. En el primero de los ensayos citados, Bobbio sostiene que “[...] la norma fundamental es aquella norma a la que le es asignada la función de legitimar jurídicamente un poder que no necesita ninguna legitimación jurídica porque encuentra su legitimidad en el hecho mismo de existir [...]. El poder supremo [...] es legítimo por el solo hecho de existir y, por tanto, independientemente de cualquier norma. Aún más, él mismo es el fundamento, el único fundamento, de legitimidad de la norma fundamental [...]”. *Ibidem*, p. 303. *Vid.*, también, Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 28 y ss.; Balaguer Callejón, *op. cit.*, nota 21, t. II, p. 29, y Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 342, pp. 565-575.

468 Schmitt, C., *op. cit.*, nota 466, pp. 93-94 (énfasis añadido).

469 *Ibidem*, p. 97.

470 Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, p. 54.

471 *Vid.* Schmitt, C., *op. cit.*, nota 466, p. 99 y, en general, Garzón Valdés, Ernesto, “Las limitaciones jurídicas del soberano”, en Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, nota 361, pp. 181-200.

472 Schmitt, C., *op. cit.*, nota 466, p. 95.

Para que el poder constituyente pueda ser considerado o no democrático, debe atenderse:⁴⁷³

A. A las condiciones de su integración; si en tal poder concurren el rey y el pueblo, puede hablarse de Constituciones pactadas; si únicamente lo conforma el rey, de Constituciones otorgadas, y si lo integra exclusivamente el pueblo soberano, puede dar lugar a Constituciones democráticas.⁴⁷⁴

B. A los contenidos que asigna a la Constitución que crea, de modo que tendrá una legitimidad plenamente democrática el poder constituyente que, además de haber contado en su integración con la participación del pueblo, cree una Constitución en la que se garanticen los derechos y libertades de todos los habitantes del Estado.⁴⁷⁵

El que la conceptualización del poder constituyente se haga política y no jurídicamente no quiere decir, como acaba de mencionarse, ni que la actividad concreta del constituyente no pueda estar sometida a ciertas reglas, ni que ella misma no encuentre límites jurídicos. Por ejemplo, en la formación de la Constitución española de 1978, la ponencia que la redactó, su posterior sometimiento a referéndum y todos los trámites inherentes a su puesta en vigor se realizaron conforme a la legalidad preconstitucional entonces vigente. Igualmente sucedió en el Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917; a ese Congreso se llegó de acuerdo a una serie de documentos y planes que había promulgado Venustiano Carranza y que rigieron hasta en tanto entró en vigor la Constitución.⁴⁷⁶

En el caso mexicano, Ulises Schmill identifica el decreto 1,421 expedido por el Congreso del estado de Coahuila, a iniciativa de Carranza, como el acto revolucionario que marca el final de la vigencia de la Constitución de 1857 y el inicio de la nueva normatividad que va a regir la

473 Sobre la legitimidad de la Constitución, *ibidem*, pp. 104-107, y Vega, Pedro de, "En torno a la legitimidad constitucional", *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, 1988, t. I, pp. 803-825, especialmente, pp. 812 y ss. Klaus Stern señala que "clarificar la legitimación de una constitución es una de las cuestiones fundamentales de la teoría de la constitución y del derecho constitucional". Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1987, p. 311.

474 *Vid.* Schmitt, *op. cit.*, nota 466, pp. 93-103; García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 8, pp. 44-45; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, *cit.*, nota 21, p. 384, y Lucas Verdú, *op. cit.*, nota 70, vol. II, pp. 440-441.

475 Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 96.

476 Sobre la "normatividad" preconstitucional en esos años, Schmill, *op. cit.*, nota 262, pp. 66 y ss.

creación de la Constitución. Tal decreto desconoce la autoridad de Victoriano Huerta como jefe del Poder Ejecutivo, así como todos sus actos y disposiciones. Es decir, a pesar de entender que, de acuerdo cuando menos a la normatividad de entonces (y a pesar de que Huerta había llegado *irregularmente* al poder), Huerta ostentaba *jurídicamente* el Poder Ejecutivo, *políticamente* se le estima inconveniente o perjudicial.⁴⁷⁷ No se trata de un intento de golpe de Estado, sino de un verdadero acto revolucionario que rompe la continuidad de la Constitución de 1857. Sobre decir que Carranza no cuenta con fundamento jurídico alguno para emitir tal decreto.⁴⁷⁸

Por lo que hace, en general, a los límites *jurídicos* del Constituyente, aparte de lo que más adelante se dirá sobre el contenido que debe tener la Constitución para ser considerada como tal, debe tenerse en cuenta que un primer límite a la actuación del poder constituyente es el orden jurídico internacional y, más concretamente, la limitación territorial que el ámbito geográfico del Estado y su vecindad con otros Estados le imponen.⁴⁷⁹ La necesaria coexistencia de diversos sistemas jurídicos hace necesaria la creación de un equilibrio, determinado sobre la base del territorio sobre el cual un Estado puede monopolizar y organizar el uso de la fuerza; en palabras de Requejo Pagés,

[...] las normas constitucionales sólo pueden operar en el marco territorial, personal y temporal que a su dictado haya reservado el sistema internacional [...]. La primera norma del sistema normativo interno se ve en todo caso limitada cuando de precisar el marco de la aplicabilidad de las normas por ella libremente creadas se trata. Y se ve limitada, justamente, por obra de un sistema normativo que, sin condicionar su validez, disciplina la coexistencia de una pluralidad de sistemas de normación a través de su equilibrio en términos de circunscripción a ámbitos singulares de aplicación: aquéllos que coinciden con el de la fuerza monopolizada y organizada en su ejercicio a través de cada uno de tales sistemas [...]. El sistema normativo internacional ordena el ejercicio de la fuerza [de ahí su carácter normativo] por el expediente de habilitar a cada sistema nacional para el establecimiento de los cauces a cuyo

477 *Ibidem*, p. 69.

478 *Ibidem*, p. 70.

479 *Ibidem*, pp. 95 y ss.; Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, pp. 27 y ss., y Carpizo, *op. cit.*, nota 342, p. 575. De hecho, Klaus Stern solamente acepta como límites jurídicos al poder constituyente los de tipo internacional "o suprapositivo". Stern, K., *op. cit.*, nota 473, p. 320.

través ha de organizarse la administración del poder previamente monopolizado.⁴⁸⁰

Abordar con detalle la amplia problemática del poder constituyente quizá sea excesivo en este momento,⁴⁸¹ pero lo que merece la pena recordar es que, detrás de toda Constitución en sentido formal, es decir, detrás de todo documento constitucional, siempre existe un entramado de fuerzas sociales, políticas, económicas y espirituales que lo sustentan,⁴⁸² que le son en gran medida precedentes y que no desaparecen con su creación, sino que, por el contrario, siguen actuando mientras conserve su vigencia. Tales fuerzas son “poderes” no solamente precedentes temporalmente, sino también distintos en parte a aquellos otros poderes formales que crea la carta fundamental.⁴⁸³ Ello nos lleva directamente a la distinción entre Constitución formal y Constitución material.

III. CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN MATERIAL

En alguna medida, dirían las teorías organicistas o institucionalistas, cualquier comunidad que tenga relaciones de integración política mínimamente estables tiene una Constitución.⁴⁸⁴ En este sentido, el concepto material de Constitución no hace referencia a ningún tipo de contenido,⁴⁸⁵ como lo hace el concepto de Constitución acuñado por la Revolución francesa y que se plasma en el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (concepto referido, evidentemente, a la Constitución en sentido formal que se explica en seguida).

480 Requejo Pagés, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, 1996, pp. 4-5.

481 *Vid.*, al respecto, la exposición de algunos problemas en Pedro de Vega, *op. cit.*, nota 85, *passim* y lo que más adelante se dirá en relación con el tema de la reforma constitucional.

482 Rubio Llorente afirma que, finalmente, el poder constituyente siempre se somete al “compendio de unas convicciones existentes en la conciencia popular”. Rubio Llorente, “Prólogo”, en Requejo Pagés, *op. cit.*, nota 480, p. XIX. Para Hermann Heller, de modo más tajante, “un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia”. Heller, H., *op. cit.*, nota 121, p. 298.

483 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 21-22.

484 Por ejemplo, Romano, Santi, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2a. ed., Milán, 1947.

485 Un tipo de “Constitución immanente”, como recuerda Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 24-25, quien también apunta la máxima organicista que dice que “donde hay una organización, hay una constitución”. *Vid.*, también, Schmitt, *op. cit.*, nota 466, p. 29.

Por Constitución formal puede entenderse, junto con Mortati, “el complejo de normas diferenciadas de las otras por vía de contraseñas exteriores, y formando de ese modo un todo unitario, independientemente de su contenido”.⁴⁸⁶ Convencionalmente, puede decirse que tales “contraseñas exteriores” consisten, de manera fundamental, en el procedimiento dificultado de reforma y en la suprallegalidad de la Constitución.

El término de Constitución material tiene diversos significados. Para efectos de este trabajo, se entiende como el conjunto de fuerzas sociales y espirituales que operan dentro del Estado y que confluyen en la creación de la Constitución formal.⁴⁸⁷

Las fuerzas dominantes dentro del Estado, al crear la Constitución escrita o formal, buscan consolidar, estabilizar y prolongar su dominio,⁴⁸⁸ creando un equilibrio entre ellas; equilibrio que pasa por el reconocimiento de derechos para *todos* los habitantes, inclusive para las minorías que no han concurrido en la formación de la Constitución o que no lo han hecho en igualdad de condiciones que las fuerzas dominantes.⁴⁸⁹

Entre ambos conceptos de Constitución no existe, ni mucho menos, una relación de oposición, sino que una deriva de la otra, es decir, la Constitución formal es la declaración solemne, la forma escrita, puntualizada y formalizada —como su nombre lo indica— de las condiciones que conforman ese entramado de fuerzas que se ha llamado Constitución material.

Ahora bien, el hecho de que una sea la manifestación de otra no quiere decir que la Constitución formal no tenga entidad en sí misma, ni que sea una simple transcripción articulada del *status quo* imperante en el momento en que se reúne el poder constituyente. Por el contrario, una

486 Mortati, Costantino, “Costituzione (dottrine generali)”, *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1962, t. XI, p. 144.

487 Para Alessandro Pizzorusso, “la constitución ‘en sentido material’ [...] vendría dada por el conjunto de principios incorporados por las fuerzas políticas y sociales que, en un cierto momento histórico, son prevalentes en el país y sostienen el régimen político vigente”. Pizzorusso, *op. cit.*, nota 30, t. II, p. 217. Lucas Verdú señala que “el complejo de fuerzas políticas que alcanzan determinado equilibrio configuran la Constitución en sentido material estricto [fórmula política, régimen político] [...] inspirada en un techo ideológico conforme a una estructura socioeconómica cuya estabilidad dependerá de aquel equilibrio”. Lucas Verdú, *op. cit.*, nota 70, t. IV, p. 159. *Vid.*, también, la obra de Mortati, Costantino, *La Costituzione in senso materiale*, Milán, 1940, fundamental para el tema.

488 Mortati, *op. cit.*, nota 486, p. 167, y Vergottini, G. di, “Constitución”, en Bobbio, N.; Matteucci, N., y Pasquino, G., *Diccionario de política*, 9a. ed., México, 1995, p. 324-326.

489 *Vid.* lo dicho en la primera parte sobre las fuentes y la democracia y lo que se dirá más adelante sobre el contenido que *debe* tener una Constitución.

vez creada como documento solemne, la Constitución escrita ejerce una relación de *condicionalidad* respecto a la Constitución material, es decir, trata de llevar a cabo una influencia condicionante en las situaciones constitucionales materiales,⁴⁹⁰ en tanto tiene por una de sus misiones fundamentales la racionalización de las relaciones políticas al establecer las principales reglas del juego entre los diferentes subsistemas sociales y sus respectivos actores.⁴⁹¹ De este modo, Constitución formal y Constitución material “se hallan en una situación de coordinación correlativa”.⁴⁹²

Además de tal racionalización y en orden a ejercer esa “influencia condicionante” que se ha mencionado, muchas veces las Constituciones incluyen entre su articulado pretensiones que pueden resultar utópicas en el momento de su creación, deseos realizables en el futuro más que realidades concretas del presente, ideales de gobernantes y gobernados que, aunque imposibles de realizar en lo inmediato, tienen la virtud de servir de guía en el cotidiano quehacer de unos y otros.⁴⁹³

Toda Constitución incorpora, en alguna medida, un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que tienen que ir lográndose a partir de una nueva organización jurídico-política (aquí juegan un papel esencial las fuerzas espirituales a que se ha hecho referencia) y también de parámetro de legitimación del poder público.⁴⁹⁴ Como sostiene Hans Peter Schneider,

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro [...] y, por ello, siempre tiene algo de “utopía concreta”. De ello resulta la orientación finalista del Derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivos y mandatos constitucionales, que reflejan esperan-

490 “[...] la constitución jurídica [formal] no es sólo expresión de un ser sino también de un deber, es más que un simple reflejo de las condiciones reales de su vigencia, de las fuerzas políticas y sociales particularmente [...] la norma constitucional intenta a su vez ordenar y conformar la realidad política y social”. Hesse, *op. cit.*, nota 6, p. 62.

491 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 26-27, y Mortati, *op. cit.*, nota 486, p. 167.

492 Hesse, *op. cit.*, nota 6, p. 62.

493 De ahí que tenga sentido hablar de constituciones-balance y constituciones-programa. Pizzorosso, *Delle fonti del diritto*, cit., nota 21, p. 385, entre otros.

494 Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986, p. 11. Cfr. las observaciones de J. J. Gomes Canotilho sobre la “Constitución dirigente” en su trabajo “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 43, enero-abril de 1995, pp. 9 y ss.

zas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política [...]. La Constitución [...] se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.⁴⁹⁵

En la medida en que las pretensiones de la “utopía concreta” se van realizando en la práctica, las fuerzas reales previas a la Constitución formal deben ir ajustando sus comportamientos a los mandatos de ésta.

A pesar de ello, muchas veces esas fuerzas reales de la Constitución material no se sujetan por completo a los postulados constitucionales formales. Gustavo Zagrebelsky expone como ejemplos de ello la evanescente disciplina de los partidos políticos (que en materia de financiamiento llega a niveles inverosímiles, cabe agregar) o la regulación de los sindicatos; ambos ejemplos son de sobra aplicables a la realidad mexicana, la cual, por desgracia, puede ofrecer otros muchos. El mismo autor señala que, si se llegara a regular efectivamente tanto a partidos como a sindicatos, ello significaría que ambos han sido sustituidos, en cuanto sujetos decisivos de la Constitución material, por otras fuerzas político-sociales, a su vez exentas de disciplina formal.⁴⁹⁶ Si las fuerzas reales escapan con demasiada frecuencia a las reglas formales de la Constitución escrita, podría hablarse de una relación no ya de derivación, sino de “contradicción” entre la Constitución material y la formal.⁴⁹⁷ Lo cual, a su vez, llevaría a la negación del concepto de la Constitución como norma y se tendría algo parecido a lo que Loewenstein llama Constituciones semánticas.⁴⁹⁸

495 Schneider, H. P., *op. cit.*, nota 196, p. 49.

496 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

497 *Ibidem*, p. 28.

498 Loewenstein, K., *op. cit.*, nota 189, p. 218.

Por todo lo mencionado, puede comprenderse con facilidad la necesidad de explicar, aunque sea someramente, el concepto de Constitución material junto al de Constitución formal, si se quiere penetrar en el verdadero sentido de la vida constitucional de un Estado,⁴⁹⁹ sin que ello sea un ejercicio más de sociología del derecho constitucional, ni se busque tampoco “diluir” el concepto de Constitución como norma suprema o sencillamente como norma,⁵⁰⁰ que se expone más adelante.⁵⁰¹

Por el contrario, puede afirmarse que sin entender las condiciones reales en las que opera cualquier texto constitucional resulta muy difícil entender la eficacia o ineficacia que puedan tener en la práctica sus disposiciones;⁵⁰² en el campo de las fuentes del derecho puede llevar, por ejemplo:⁵⁰³ a) a ignorar algunas reglas paralelas que surgen frente a las NSP —tanto las constitucionales como las de rango inferior—;⁵⁰⁴ b) a no estudiar y tratar de controlar adecuadamente tanto a los poderes privados como a los partidos políticos que tratan de influir, e influyen decisivamente muchas veces, sobre el desempeño de los poderes estatales encargados de la creación normativa, y c) a ignorar las actividades de sujetos no estatales que pueden conculcar derechos fundamentales sin poder ser controlados por los mecanismos tradicionales del Estado de derecho bur-

499 En palabras de Manuel Aragón, “la reflexión sobre el concepto de Constitución, reflexión eminentemente jurídica, no puede olvidar la trascendencia política del mismo, es decir, la pretensión de legitimación que la Constitución encarna”. Aragón, M., *op. cit.*, nota 494, p. 11.

500 En sentido contrario, Rodríguez-Zapata, Jorge, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid, 1996, para quien el estudio de la Constitución material es “simple sociología” y, además, “disuelve, en definitiva, el valor de la Constitución como garantía”. *Ibidem*, p. 112.

501 Como señala Herman Heller, la “legalidad propia normativa del Derecho constitucional sólo se puede concebir, en último término, partiendo de la compleja conexión que existe entre el Derecho como norma objetiva y la realidad social total”. Heller, H., *op. cit.*, nota 121, p. 289. Por su parte, García Pelayo señala que “no es posible comprender los preceptos constitucionales en su aislamiento, mediante un método abstracto, sino solamente en relación con una totalidad que no se agota en modo alguno en el puro orden normativo, sino que se extiende a las situaciones políticas, sociales, etc.”. García Pelayo, M., *op. cit.*, nota 237, p. 63; en términos parecidos, Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 60-62.

502 De hecho, hay quien señala que el gran desarrollo que ha tenido la ciencia política se ha debido, precisamente, a la insuficiencia de las descripciones constitucionales. Troper, Michel, “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto” (trad. al italiano de Paolo Comanducci), *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XVIII, núm. 1, junio de 1988, p. 68. Bien entendido, al derecho constitucional “le sobrevienen contenidos políticos cuya concreción y actualización bajo las correspondientes condiciones históricas y reales sólo es posible teniendo en cuenta categorías politológicas, sociológicas y económicas”. Schneider, *op. cit.*, nota 196, p. 43.

503 En general sobre la influencia del resto de componentes del Estado y de la sociedad sobre la Constitución, García Pelayo, M., *op. cit.*, nota 237, pp. 120-128.

504 Costumbres o convenciones constitucionales y parlamentarias, mutaciones no formales de la carta magna, etcétera. García Pelayo, M., *op. cit.*, nota 237, p. 63, entre otros.

gués y que con sus prácticas vienen a alterar los parámetros materiales de los actos de creación normativa.⁵⁰⁵

De lo anterior no cabe deducir, sin embargo, que la Constitución material pueda en momento alguno ser invocada contra la Constitución formal, ni que pueda servir de fundamento de sentencia alguna.⁵⁰⁶ Su valor consiste sobre todo en servir de punto de análisis para entender, en el momento en que se crea la Constitución, por qué y cómo ha quedado distribuido el poder político de una comunidad en el texto constitucional y, una vez creada la Constitución formal, cuáles son las fuerzas y necesidades que impulsan sus cambios (formales y no formales) o que provocan su inaplicación.⁵⁰⁷

Una importante forma de penetración de la Constitución material en la Constitución formal, una vez que ésta ya ha sido creada por el constituyente, quizá se produzca a través de las fuentes *extra ordinem*,⁵⁰⁸ especialmente por las ya mencionadas costumbres y convenciones constitucionales,⁵⁰⁹ de un lado, y a través de la acción de los partidos políticos, de otro.⁵¹⁰

Tal vez pueda decirse, para aportar otra distinción, que la Constitución material es el resultado *espontáneo* de una serie de acomodados y reacomodados entre las distintas fuerzas y movimientos sociales,⁵¹¹ y la Constitución formal es un producto normativo creado *expresamente* en el que esas mismas fuerzas se ponen de acuerdo para recoger en un documento

505 Sobre los incisos b) y c) debe tenerse en cuenta lo expuesto al tratar la división de poderes.

506 Ello podría producir importantes disfunciones del sistema constitucional y, en particular, de la vinculatoriedad de la Constitución formal; algunos ejemplos sobre esas eventuales disfunciones los recoge, de forma breve, Jiménez Campo, Javier, "Interpretación de la Constitución", *Enciclopedia jurídica básica, cit.*, p. 3,686, donde también subraya la necesidad de "mantener serias reservas frente a todo intento de identificar una normatividad supraconstitucional inmanente, de la que sería mero reflejo la expresada en el texto".

507 "La Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia sólo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias". Hesse, *op. cit.*, p. 70.

508 Sobre ellas, Pizzorusso, *op. cit.*, nota 30, t. II, pp. 421 y ss.

509 En general, sobre las costumbres constitucionales, González Trevijano, Pedro J., *La costumbre en derecho constitucional*, Madrid, 1989.

510 *Vid. supra* el apartado dedicado a los partidos políticos y a los nuevos poderes, así como Blanco Valdés, Roberto L., *Los partidos políticos*, Madrid, 1990, pp. 76 y ss.

511 Pero como señala Rubio Llorente, "los poderes fácticos, esto es, las fuerzas sociales reales, actúan sin embargo, aunque movidas por intereses, al amparo de determinados ideales en torno a los cuales se hace posible su influencia y que son ya directamente una idea de justicia, un germen de Derecho". Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del derecho", *cit.*, nota 282, p. 80.

el equilibrio que existe entre ellas y las metas comunes que deciden fijarse para el desarrollo del Estado.⁵¹²

El correcto engarzamiento entre ambos conceptos de Constitución es indispensable para poder tener una Constitución (formal) normativa, si se toma en cuenta que “la fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente estas fuerzas para ser, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas”.⁵¹³

El conocer e identificar en las complejas sociedades actuales cuáles son las fuerzas que integran la Constitución material es tarea harto difícil. Más fácil era hacerlo en el México rural y en gran medida analfabeto de mediados del siglo XIX cuando se forja la Constitución de 1857, antecedente inmediato —en la letra y también en el espíritu— de la carta de Querétaro de 1917.

Igualmente difícil de llevar a cabo tal identificación resulta en el conglomerado de fuerzas militares, movimientos sociales, estratos provenientes del régimen porfirista, representaciones regionales, etcétera que contaron con alguna presencia en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Conglomerado que, finalmente y con algunas excepciones notables, acoge como propia la proposición de Venustiano Carranza de reinstaurar, sin grandes cambios, la Constitución de 1857.⁵¹⁴ Las excepciones mencionadas, de sobra conocidas, se dan al reivindicar algunos diputados los derechos sociales que en alguna medida formaban parte del ideario del movimiento revolucionario: educación, distribución y propiedad comunal de las tierras y derechos de los trabajadores, todo ello recogido en los artículos 3o., 27 y 123 del texto aprobado por el Constituyente.

El Constituyente de 1917 no contó, de hecho, con el respaldo popular, pues la Revolución misma a la que pretendía dar forma y estabilidad jurídica (en su búsqueda de la legitimidad racional de la que hablaba Max Weber) no era ni mucho menos un movimiento uniforme, sino que en su interior existían diversas facciones, ninguna de las cuales podía reclamar para sí la representación popular en el México de principios de siglo.⁵¹⁵

512 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 26.

513 Hesse, *op. cit.*, nota 6, p. 65.

514 La Constitución vigente lleva por nombre “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la del 5 de febrero de 1857”.

515 Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, p. 73.

Varias de esas facciones incluso resultaron marginadas del proceso constituyente.⁵¹⁶

El Constituyente mexicano no pudo tener, en consecuencia con lo anterior, una legitimidad de origen, sino que creó lo que en un principio fue una Constitución impuesta,⁵¹⁷ que solamente fue aceptada con el paso de los años, a través de la ratificación tácita del pueblo. De hecho, en los primeros años de su vigencia, las ideas de la Constitución “pertenecían a una minoría” y, si se hubiera sometido a referéndum popular, tal vez habría sido derrotada.⁵¹⁸ A pesar de ello, las fuerzas que resultaron vencedoras en la Revolución entendieron que la única forma de integrar los movimientos sociales que en ese momento existían en todo el territorio —muchos de ellos extremadamente violentos—, con el fin de reconstruir el poder político dentro del Estado mexicano, pasaba, entre otras cosas, por la expedición de una nueva normativa fundamental.⁵¹⁹

Desde 1929 (año de formación del PNR, antecedente directo del actual PRI), la Constitución, ya aceptada por el pueblo y por las fuerzas políticas, ha sido instrumentada desde la órbita del PRI y de la Presidencia de la República para reforzar sus esquemas de legitimidad y plasmar en ella los proyectos e ideologías que han ido teniendo los sucesivos gobiernos. En los últimos años, sin embargo, han ido surgiendo diversos movimientos autónomos respecto de la Presidencia que han empezado a ejercer reivindicaciones constitucionales y a demandar nuevos cambios en el texto vigente.⁵²⁰ A nivel político, los partidos de la oposición de izquierda —sobre todo el PRD, aunque este partido ha optado por defender la necesidad, ciertamente interesante, de crear una nueva Constitución— y de derecha —PAN— a nivel social, algunos medios de comunicación independientes, ciertos movimientos sindicalistas alternativos y agrupaciones ciudadanas dedicadas a las más diversas tareas —ONG—.

516 *Vid.*, sobre ello, Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 306, pp. 804-817, y Niemeyer, Everhard V., “Reflexiones de los constituyentes: la Constitución de 1917 como resultado de la Revolución de 1910”, *Congreso Internacional sobre el 75 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1993, p. 145.

517 Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, p. 73.

518 *Idem.*

519 En palabras de Herman Heller, “[...] no hay factor alguno de integración del Estado que sea más imprescindible que el derecho. En la dinámica de las relaciones de dominación histórico-sociales una situación de poder se convierte en un *status* político únicamente gracias al derecho”. Heller, H., *op. cit.*, nota 121, p. 212.

520 *Vid.* Carpizo, *op. cit.*, nota 342, *passim*, y Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 433, p. 39.

Con todo, ninguno de estos movimientos ha podido impulsar por sí solo, hasta ahora, una reforma constitucional, aunque la oposición conservadora —PAN— ha elaborado diversos proyectos de reforma que luego han sido asumidos por el PRI y se han incorporado al texto constitucional.

En los modernos Estados de partidos, la formación de una nueva Constitución suele reducirse a un acuerdo o pacto entre estos últimos.⁵²¹ Como en toda transición política, también en los cambios de Constitución se opera con las fuerzas políticas que existen en el momento de llevarlos a cabo. Hoy el pueblo constituyente y soberano se expresa en las urnas —con todas sus limitaciones— o bien, a veces, en los actos de ratificación posteriores a la elaboración del proyecto constitucional (planteados comúnmente como *all-or-nothing*, sin posibilidades de hacer modificaciones o aprobaciones parciales).

Constitución material y positivismo jurídico

Lo expuesto en las líneas anteriores no es el concepto de Constitución material que recoge la teoría positivista kelseniana; al menos, no en su totalidad.

Kelsen entiende por Constitución material el conjunto de preceptos “que regulan la creación de normas jurídicas generales”. El mismo autor define la Constitución formal como el “documento solemne, conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas”.⁵²²

En su búsqueda de la “pureza” metódica, Kelsen evita hacer cualquier alusión no sólo a los contenidos posibles de la Constitución —aparte de la cláusula de superioridad normativa y de reformabilidad especialmente dificultada—, sino también a los factores reales de poder que crean la Constitución y le dan sustancia.⁵²³ Exponer ahora el fundamento que en-

521 *Vid.* Pace, Alessandro, “La instauración de una nueva Constitución. Perfiles de teoría constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 97, julio-septiembre de 1997, pp. 9 y ss.

522 Ambos conceptos en *TGED*, p. 147. Los dos conceptos forman parte, a su vez, de la Constitución en sentido lógico-positivo, distinta de la Constitución en sentido lógico-jurídico que Kelsen utiliza para dar fundamento a la primera (por ejemplo en *Teoría general del Estado*, cit., nota 13, pp. 325 y ss.).

523 Aun así, Kelsen acepta que un acto revolucionario puede servir no para fundamentar la validez de la norma hipotética fundamental, sino para producir un cambio en esa norma basado en el “prin-

cuentra Kelsen para justificar la potestad normativa del poder constituyente sin abandonar por un momento el campo de lo jurídico (o de su lógica) es algo que rebasa las posibilidades del presente trabajo.⁵²⁴ Ahora bien, por lo que en este momento interesa, del concepto kelseniano cabe extraer por lo menos dos consecuencias importantes:

A. La primera es que la Constitución material de Kelsen, dejando a un lado evidentemente la pureza teórica de la construcción kelseniana, sí tiene alguna relación con la Constitución material, como se ha expuesto párrafos arriba, ya que las normas que tratan sobre la creación de normas generales (NSP, en resumen, pero Constitución material, para Kelsen) son las que, históricamente, más han reflejado el equilibrio de fuerzas sociales y espirituales del Estado. En otras palabras, las fuerzas sociales donde más han manifestado su posición y su poder real ha sido en la configuración del sistema de NSP.

Basta remontarse a la polémica, ya mencionada, sobre el concepto de ley en el siglo XIX en Alemania para entenderlo claramente. Es en el juego entre los factores reales de poder donde se determina quién y bajo qué criterios crea normas jurídicas generales: leyes, reglamentos, tratados, reformas constitucionales, etcétera. Quizá solamente las reglas sobre la materia electoral sean tan importantes dentro de una Constitución como lo son aquéllas que plasman los poderes y procedimientos de creación de normas generales.

B. La segunda consecuencia del concepto kelseniano es que, siguiendo su criterio, cabe distinguir entre normas formal y materialmente constitucionales y normas solamente formalmente constitucionales. En este sentido, cabría atribuir a ciertas normas una posición de “primariedad” dentro del texto constitucional, pues contendrían lo que es realmente la sustancia constitucional, la materia constitucional típica, por así decirlo.⁵²⁵

Si se adoptara tal concepto hasta sus últimos extremos, sí que podría operarse un diluimiento del concepto mismo de Constitución como nor-

cipio de efectividad”. “Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución [revolucionariamente instaurada] —dice Kelsen— se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas”. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 13, p. 218.

524 Para ello puede verse, entre otros, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. cast. de Jorge M. Seña, Barcelona, 1994, pp. 95 y ss.

525 Mortati, *op. cit.*, nota 486, p. 169.

ma suprema, desde luego no querido ni buscado por Kelsen.⁵²⁶ Por el contrario, creo que deben considerarse todas las normas de la Constitución como verdaderas normas jurídicas, jerárquicamente superiores al resto del ordenamiento e irreformables bajo los procedimientos normales de reforma de las leyes.⁵²⁷

Por lo anterior, cualquier transgresión de las mismas debe arrojar una sanción,⁵²⁸ lo cual no es óbice para que tengan distintas formas de hacerse valer o que puedan tener un procedimiento de reforma unas más dificultado que otras.

Distinto de lo anterior es que, como ha señalado Lucas Verdú, muchas Constituciones acogen en su texto regulaciones que, en rigor, no tendrían por qué estar ahí, sino que se han insertado “en aquéllas para satisfacer los deseos de grupos políticos interesados en garantizar postulados propios de su ideología y programa”.⁵²⁹

Tales normas podrán ser resultado de la mala técnica legislativa o de los intereses de ciertos grupos políticos (¿qué parte de una Constitución no lo es en última instancia?); pero, mientras se encuentren en la Constitución, deben considerarse como normas supremas del ordenamiento y objeto de estudio de la ciencia del derecho constitucional, al margen de que puedan recibir una adjetivación de acuerdo con la concreta área jurídica a la que, para efectos académicos, se les haya destinado, y al margen también de que puedan ser criticadas como resultado de una indebida técnica legislativa del poder constituyente o del poder reformador de la Constitución.

526 Cfr. las observaciones, en sentido parecido, de Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 47, y de Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 457, pp. 1,525-1,526.

527 En México, la Suprema Corte ha sostenido la siguiente tesis: “CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguna de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece”. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. V, primera parte, pleno, p. 17. En España, el Tribunal Constitucional ha entendido que “la integridad de la Constitución y el orden por ella introducido en nuestro Derecho quedaría menoscaba si cualquiera de sus prescripciones quisiera, imponiéndose a costa de la unidad de la norma fundamental, sobreponerse a lo dispuesto por la propia Constitución en otro de sus preceptos” (sentencia 118/1987).

528 Otto, *op. cit.*, nota 15, pp. 18-19.

529 Lucas Verdú, *op. cit.*, nota 70, vol. II, p. 424.

En suma, de lo que se trata es de relativizar, por lo menos, la distinción positivista entre Constitución formal y Constitución material (sin que ello implique desconocer el valor sistematizador que pudo haber tenido cuando fue formulada), sobre todo a la luz del desarrollo del constitucionalismo del siglo XX. En efecto, en la concepción de Kelsen de la Constitución material, los mandatos constitucionales se dirigían a los órganos del Estado creadores de normas jurídicas generales. Se entendía la Constitución como regulación fundamental del Estado, del poder público.

Hoy en día, con la introducción de mandatos de actuación de los poderes, con la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y, sobre todo, con una jurisdicción constitucional que puede anular los actos legislativos, las Constituciones han dejado de regular solamente al Estado para pasar a regular todos los ámbitos sociales. En palabras de Michel Troper, “que la distinción entre Constitución material y Constitución formal [se refiere a la concepción kelseniana únicamente] se haya cancelado tiene un importante significado: el texto constitucional es susceptible de ser interpretado de modo tal que regule todas las materias. La Constitución hoy regula no solo al Estado, sino la sociedad entera”.⁵³⁰

IV. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y COMO FUENTE DE LAS FUENTES

What is a constitution? it is the form of a government delineated by the mighty hand of the people, in which certain first principles of fundamental law are established. The constitution is certain and fixed; it contains the permanent will of the people, and is the supreme law of the land; it is paramount to the power of the legislative, and can be revoked or altered only by the power that made it.
Pennsylvania District Court, 1795.

Para encontrar un concepto válido de Constitución, no puede apelarse solamente a elementos formales de lógica-jurídica. Se puede estar de acuerdo en que “el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas”, siempre y cuando se convenga también en que ese inicio se complementa con las cualidades intrínsecas de la Constitu-

530 Troper, *op. cit.*, nota 502, p. 80.

ción que se han ido construyendo desde el nacimiento del constitucionalismo y que pueden sintetizarse en las siguientes líneas de Francisco Rubio Llorente:

por Constitución entendemos aquí y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder.

El mismo autor termina el concepto transcrito señalando que “no hay otra Constitución que la Constitución democrática”.⁵³¹

Para comprobar la insuficiencia de un concepto meramente formal,⁵³² basta con lo anterior. De hecho, desde el comienzo mismo del constitucionalismo se ha apelado continuamente a los “contenidos” de la Constitución para poder llamar a un Estado como constitucional y a una carta fundamental como tal.⁵³³ Así, el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía: “*toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”.⁵³⁴

Garantizar los derechos y establecer la división de poderes son las dos premisas con que debe contar cualquier Constitución que merezca ese nombre: son el *contenido mínimo* de la Constitución.⁵³⁵ El constitucionalismo, desde su nacimiento, se sustenta en una ideología: la liberal-democrática, de modo que aquellos Estados cuya carta fundamental no ten-

531 Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, *cit.*, nota 282, p. 87. Balaguer Callejón recuerda que “democracia, garantismo y normatividad se configuran como las tres fuentes principales de las que surge el caudal histórico del constitucionalismo”. Balaguer Callejón, F., *op. cit.*, nota 21, t. II, p. 31; *vid.*, en términos parecidos, Vega, P. de, *op. cit.*, nota 109.

532 No se hace referencia ahora a lo formal en cuanto expresión sensible de un texto constitucional, como en párrafos anteriores, sino al concepto como “molde”, como recipiente, exento de cualquier referencia al contenido.

533 Sobre los vínculos entre el concepto de Constitución y el constitucionalismo como doctrina política, de forma breve, Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 457, p. 1,525.

534 Sobre la confección de este artículo y los respectivos debates parlamentarios, *cfr.* Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, presentación y traducción de Pablo Pérez Tremps, Madrid, 1996.

535 Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 465, p. 49, y Bovero, *op. cit.*, nota 410.

ga por objetivo la promoción y defensa de esa ideología no podrán ser considerados como Estados constitucionales.⁵³⁶

De hecho, democracia y normatividad constitucional son conceptos que, en alguna medida, se autoimplican;⁵³⁷ en efecto, solamente en un sistema democrático cabe entender una Constitución como normativa, puesto que los regímenes autoritarios no suelen caracterizarse por su estricta observancia de las *formas* jurídicas. Por otro lado, la democracia encuentra su mejor garantía en la normatividad constitucional: no basta la sola proclamación retórica de los derechos fundamentales (de todos, mayorías y minorías) y de la división de poderes; hay que hacer que esos postulados se cumplan en la realidad, hay que poner los medios para que sean exigibles y exigidos, y para que, en caso de ser violadas las normas que los recogen, se produzca la consecvente sanción. La democracia sobrevive cuando dentro del Estado se cuenta con la vigencia efectiva de una Constitución normativa, que es el mejor obstáculo a la arbitrariedad y al autoritarismo.

1. *La Constitución vinculante*

Para que una Constitución pueda considerarse como normativa, tiene que ser concebida como una parte del ordenamiento jurídico estatal; es decir, el concepto de Constitución normativa debe partir de una visión *intrasistémica*, dejando a un lado las visiones constitucionales historicistas o sociológicas.⁵³⁸

Para definir *jurídicamente* una Constitución, solamente cabe hacerlo desde el ordenamiento jurídico y desde la vocación del mismo de regular la totalidad de la vida jurídica;⁵³⁹ aunque tal visión deba ser parcialmente corregida por los constitucionalistas, como se ha señalado ya en párrafos anteriores, si se quiere comprender la totalidad de la realidad estatal.⁵⁴⁰

La Constitución puede definirse, en palabras de Konrad Hesse, como “el orden jurídico fundamental de la sociedad”.⁵⁴¹ A tratar de explicar

536 Klaus Stern señala que, desde el inicio del constitucionalismo, “el carácter de Estado de Derecho, la libertad y los derechos de participación política constituyen, pues, el sentido de la constitución. La constitución se convirtió en garante de una determinada cultura jurídica y política”. Stern, *op. cit.*, nota 473, p. 216.

537 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 109, p. 55.

538 Sobre ellas, García Pelayo, M., *op. cit.*, nota 237, pp. 41-53.

539 Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 15, p. 174.

540 En este sentido, García Pelayo, *op. cit.*, nota 239, p. 63.

541 Hesse, K., *op. cit.*, nota 6, p. 16, y Hesse, K., *op. cit.*, nota 462, pp. 5-6.

las partes de este concepto se dedican las siguientes líneas. Para ello se exponen algunas de las implicaciones de la Constitución como norma y como normas de las fuentes (incluyendo referencias a la Constitución mexicana), cuestiones que se hallan íntimamente ligadas con la superioridad de la Constitución respecto al resto del ordenamiento.

El que la Constitución sea, ante todo, un orden jurídico, un ordenamiento o una parte de él supone que deba considerársele, en primer lugar, como norma.⁵⁴² De ello se deriva que sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan.

Ciertamente, como han puesto de relieve Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, la obligatoriedad de la Constitución es difícil de entenderse intrasistémicamente, ya que “cualquier intento en este sentido lleva, bien a un razonamiento circular [la Constitución es obligatoria porque así lo dice la propia Constitución o porque lo dice una norma que a su vez es obligatoria de acuerdo con la Constitución] bien al vacío [se afirma la obligatoriedad de la Constitución sin proporcionar fundamento alguno para ello; la Constitución se afirma obligatoria porque sí]”.⁵⁴³

Ahora bien, como se ha apuntado al principio de este trabajo, desde luego, el origen de una Constitución (y por tanto de su obligatoriedad como norma suprema dentro del sistema jurídico) no puede buscarse en una norma anterior, sino que se encuentra en un acto de poder; sin embargo, tampoco debe soslayarse el hecho de que asumiendo el carácter *finito* del orden jurídico (en cierto sentido circular, si así se le quiere ver) la fundamentación *jurídico-normativa* de la obligatoriedad de la Constitución no puede encontrarse en ninguna otra norma más que en la propia Constitución, produciéndose una “autorreferencia normativa”,⁵⁴⁴ que puede ser implícita o explícita;⁵⁴⁵ como escribe Hesse, la Constitución “tiene que crear un sistema que gravite sobre sí mismo y conlleve los presupuestos necesarios para prevalecer”.⁵⁴⁶

542 García de Enterría, *op. cit.*, nota 8, capítulos I y II.

543 Atienza, M., y Ruiz Manero, J., “La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, mayo-agosto de 1996, p. 32; ahora también en su obra *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, 1996, p. 146.

544 Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 506, p. 3,686; *vid.* las observaciones de Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, pp. 25-26.

545 Este último caso es el de la Constitución española, en su artículo 9.1.

546 Hesse, K., *op. cit.*, nota 462, p. 8; *vid.*, también, las observaciones, como siempre agudas, de Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, pp. 55-56.

Cualquier observador de la realidad política de un Estado constitucional mínimamente desarrollado comprende que esa “autogravitación” solamente es capaz de crear un equilibrio precario entre los órganos del Estado que aplican la Constitución y aquellos encargados del control de esa aplicación: “en última instancia, depende de que cada órgano estatal se someta voluntariamente a los vínculos de la Constitución, y que reconozca y cumpla con todas sus responsabilidades para hacerla observar”.⁵⁴⁷

Gustavo Zagrebelsky lo explica de otra forma, tanto o más acertada, si cabe, que la de Hesse. Para Zagrebelsky, hay que distinguir entre *legitimidad* y *legalidad* para determinar la validez de las fuentes del derecho. La primera (la legitimidad) se aplica solamente a la Constitución, mientras que el criterio de la legalidad (entendida en sentido amplio) es el que rige para todas las fuentes subconstitucionales.⁵⁴⁸

Como la Constitución no puede ser creada con fundamento en ninguna norma sobre la producción jurídica del propio ordenamiento,⁵⁴⁹ su validez radica en que goce de legitimidad, entendiéndola como “una característica sustancial de adecuación a las condiciones constitucionales materiales”;⁵⁵⁰ es decir, la validez de la Constitución deriva del hecho de que sus normas guarden correspondencia con la llamada Constitución material, que el propio Zagrebelsky define como un conjunto de relaciones (acciones-reacciones) entre fuerzas materiales y espirituales que actúan dentro de una organización política estable.⁵⁵¹

Las formas en que cada precepto constitucional concreto *vincula* a los ciudadanos y a los poderes públicos son variadas, puesto que la fuerza de obligar de la Constitución tiene modulaciones⁵⁵² impuestas, las más de las veces, por las peculiaridades de las propias normas constitucionales:⁵⁵³ “Constitución ‘vinculante’ no es equivalente, sin más, con todo, a Constitución ‘imperativa’ y ‘autoaplicativa’”.⁵⁵⁴

547 Hesse, *op. cit.*, nota 462. En este contexto, sobra decir que la autoridad moral de los tribunales constitucionales y el prestigio y honorabilidad de sus miembros son fundamentales para imponer la observancia de la Constitución a los demás órganos estatales.

548 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 29 y ss.

549 Sobre el concepto de “norma sobre la producción jurídica”, *vid. supra*, capítulo primero.

550 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 37. *Cfr.* lo dicho *supra* en el apartado “Constitución formal y Constitución material”.

551 *Ibidem*, p. 25.

552 Rodríguez Bereijo, *op. cit.*, nota 459, p. 369.

553 Párrafos adelante se abunda sobre los tipos de normas constitucionales y la “vinculatoriedad variable” de las mismas.

554 Jiménez Campo, *op. cit.*, nota 506, p. 3,686.

Obviamente, ciudadanos y poderes públicos no se encuentran vinculados a la Constitución de la misma forma. El Tribunal Constitucional español ha sostenido, a este respecto, lo siguiente:

la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de Norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en los que la misma establece deberes positivos [...], los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma.⁵⁵⁵

En otras palabras, mientras para los ciudadanos la Constitución significa sobre todo una vinculación de carácter negativo en el sentido de que, para ellos, basta con que no actúen contra lo dispuesto en la Constitución para que, de hecho, la cumplan, para las autoridades esa vinculación es doble: es negativa en el mismo sentido que para los ciudadanos (es decir, las autoridades también deben abstenerse de actuar contra la Constitución), pero es también positiva desde el punto de vista de que las autoridades están “obligadas” a dar cumplimiento de forma activa (“positiva”) a los mandatos de la Constitución.⁵⁵⁶

Pero de lo que no hay duda es de que, como afirma el Tribunal Constitucional español, “la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento [...]”,⁵⁵⁷ sin que pueda considerársela como una “declaración programática o principal”.⁵⁵⁸ La Constitución debe entenderse como el marco en el que todos los actos del poder público deben tener cabida y encontrar fundamento, pero no como mera declaración de buenas intenciones o de propósitos que desean conseguir los poderes estatales, “sino como centro sobre el que todo debe converger”.⁵⁵⁹

555 Sentencia 101/1983, fundamento jurídico 3o.

556 En el mismo sentido, por ejemplo, Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 1997, p. 305.

557 Sentencia 16/1982.

558 Sentencia 80/1982.

559 Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, nota 1, p. 14.

Cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento,⁵⁶⁰ pues, como dice Ignacio de Otto, “si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esa Constitución serán constitucionales sólo en el sentido de que están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma”.⁵⁶¹

Para preservar la integridad de la Constitución, además de considerar los actos contrarios a ella como ilícitos, debe implementarse un mecanismo eficaz para reparar las posibles violaciones a la carta fundamental. En este sentido, debe hablarse de la noción de control para entender el concepto de Constitución normativa. Para Manuel Aragón, “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se ‘realice’ [...] o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad”.⁵⁶² Difícilmente cabe hablar hoy en día de Constitución normativa sin control de constitucionalidad de las leyes.

Normalmente, la protección de la Constitución se encomienda, sobre todo desde la segunda posguerra mundial, a unos órganos especializados que desempeñan, entre otras funciones, lo que Mauro Cappelletti ha llamado la “jurisdicción constitucional de la libertad”.⁵⁶³

En torno al control constitucional en México

Son muchos los puntos de unión entre la normatividad constitucional y el control de la regularidad constitucional de los actos del poder público. Algunos de ellos, por lo que se refiere al sistema mexicano, ya se

560 Norberto Bobbio recuerda que el establecimiento de una sanción jurídica no es una propiedad de todas y cada una de las normas del ordenamiento, y desde luego, vale agregar, no lo es de la Constitución, sino del ordenamiento en su conjunto. Bobbio, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, 1991, pp. 124 y ss.

561 Otto, I. de, *op. cit.*, nota 15, p. 18.

562 Aragón, M., “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987, pp. 15-52 (la cita, en p. 16).

563 Cappelletti, M., *La jurisdicción constitucional de la libertad*, *cit.*, nota 203; Cappelletti, M., *Justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, *cit.*, nota 203. *Cfr.*, además, Fix-Zamudio, H., “La defensa de la Constitución”, *La defensa de la Constitución*, México, 1984 y ahora en la recopilación de trabajos del autor *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, 1993, pp. 253 y ss.

han esbozado en la primera parte.⁵⁶⁴ Ahora quisiera insistir en la idea de que, de la mano de un pobre respeto por la normatividad constitucional (o debido a la falta de esa misma normatividad, según se mire), en México no ha existido una jurisdicción constitucional que haya sometido a un control efectivo a los poderes constituidos, y que haya vigilado la aplicación correcta de las normas constitucionales.⁵⁶⁵ De hecho, la existencia misma de la importante reforma constitucional de 1994 da buena muestra del estado de carencia que hasta esa fecha tenían (y siguen teniendo) la normatividad constitucional, la jurisdicción constitucional y el *status* del propio Poder Judicial federal.

La jurisdicción constitucional en Europa surge en medio de una crisis generalizada de la Constitución, con el deseo de fortalecerla y hacerla aplicable.⁵⁶⁶ En México, setenta años después, y en una crisis semejante, se trata de seguir —o de encontrar, más bien— el camino que Kelsen ya había dibujado en 1928.

a) Sobre el amparo

Hasta 1994, la única acción medianamente eficaz para realizar el control de constitucionalidad en México era el juicio de amparo,⁵⁶⁷ que, a pesar de ser la institución más prestigiosa de todo el sistema jurídico nacional, contaba —y sigue contando— con severas deficiencias en su estructuración constitucional y legal. Como el estudio de tales carencias puede alargar innecesariamente este apartado, basta mencionar tres que pueden considerarse como fundamentales y que guardan, creo, estrecha relación con el concepto de la Constitución como norma:

564 *Vid. supra* los apartados sobre la división de poderes y la jurisdicción constitucional y sobre el Poder Judicial federal en México.

565 *Cfr.*, en sentido diverso, Carpizo, Jorge, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, *cit.*, nota 287, pp. 533 y ss. El hecho de que se señale que la jurisdicción constitucional no ha funcionado correctamente no implica, ni mucho menos, que se cuestione la necesidad o la legitimidad de la institución misma. Por el contrario, porque entiendo que es absolutamente necesaria es por lo que intento poner en evidencia sus fallas, para estar en condiciones de proponer los ajustes necesarios. Por otro lado, los que inevitablemente demuestran el reducido papel de la jurisdicción constitucional en México son los hechos, y en ese campo creo que existe poco margen para la interpretación.

566 Vega, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979; Lucas Verdú, Pablo, “Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 1,502.

567 Fix Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *cit.*, nota 211, p. 46.

A. En primer lugar, una anomalía del juicio de amparo mexicano es que las resoluciones del Poder Judicial federal que declaran inconstitucional una norma de carácter general —ley, reglamento, tratado— no tienen efectos *erga omnes*, sino que solamente protegen a la parte que solicitó el amparo,⁵⁶⁸ con lo cual existen leyes federales que, a pesar de que han sido declarados cientos y tal vez miles de veces inconstitucionales por los jueces federales, siguen siendo aplicadas por las autoridades administrativas ante la complaciente indiferencia del Poder Legislativo.⁵⁶⁹

Aunque en últimas fechas se ha tratado de aminorar el rigor de los efectos relativos de las sentencias de amparo a través de la introducción de la obligatoria suplencia de la queja,⁵⁷⁰ y de una mejor distribución competencial entre la Suprema Corte y el resto de órganos del Poder Judicial federal que también conocen del juicio de amparo, lo cierto es que muy poco se ha avanzado desde el punto de vista práctico.

B. Una segunda deficiencia del amparo es que la Suprema Corte ha sostenido en un histórico criterio jurisprudencial que no pueden hacerse valer por medio del amparo los “derechos políticos”, con el argumento de no producir una indeseable “politización” de la Suprema Corte al entrar en materias como la electoral.⁵⁷¹ Con la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996, pretende revertirse esta posición, al integrar dentro de la estructura del Poder Judicial federal al Tribunal Electoral y al hacer revisables por la Suprema Corte las leyes electorales.⁵⁷²

568 La fracción II del artículo 107 constitucional (vigente) dispone que “la sentencia [en los juicios de amparo] será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que versa la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o el acto que la motivare”.

569 Como ha dicho Gregorio Peces-Barba, “si el control de constitucionalidad no garantizase la primacía de la Constitución, no se podría hablar de unidad [del ordenamiento jurídico] sino de caos y no sería real ni efectivo el fundamento básico del Estado de Derecho que se concreta en la jerarquía normativa”. Peces-Barba, “El tribunal constitucional”, *El tribunal constitucional*, cit., p. 2,063.

570 Artículo 107, fracción II, párrafo segundo constitucional.

571 La jurisprudencia de la Suprema Corte al respecto sostiene que “la violación de derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales”. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988*, segunda parte, salas y tesis comunes, p. 1,061. Otra tesis señala que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas. *Vid. Cárdenas, op. cit.*, nota 107, p. 176, nota 38. Más en general, González Avelar, Miguel, *op. cit.*, nota 151.

572 Hay que recordar que todavía en la importante reforma judicial de 1994 se disponía que las leyes electorales no eran revisables por la Suprema Corte a través de las controversias constitucionales o de las acciones de inconstitucionalidad (artículo 105, fracciones I y II). Carbonell, *op. cit.*, nota 211, pp. 178-179 y 185-186.

En realidad, el criterio de no conocer de cuestiones “políticas”, que por cierto es contrario a varios pactos internacionales de derechos humanos,⁵⁷³ había sido como un salvavidas usado por la Corte para no ahogarse en el mar de presiones que de parte del presidente de la República y del aparato corporativo que existe bajo su sombra y la del partido oficial hubiera tenido que aguantar en caso de aceptar conocer, y amparar y proteger a los perjudicados si procediera, de los asuntos que pudieran vulnerar las garantías políticas de los ciudadanos mexicanos (así lo reconocen en privado algunos de los ministros de la Suprema Corte). La actitud de la Corte en este tema ha sido de abstención, aunque con ello se haya retrasado un poco más la difícil entrada de México en la normalidad democrática.

C. Por último, una de las causas que más han perjudicado al amparo como institución protectora de los derechos fundamentales es el número excesivo de causales de improcedencia y de sobreseimiento que recoge la Ley de Amparo (artículo 73) y que se suman a los criterios “anticuados y formalistas” de algunos tribunales federales,⁵⁷⁴ con lo cual se presenta un gran porcentaje de juicios de amparo que son declarados improcedentes sin entrar a estudiar el fondo del conflicto planteado.

Lo que en un principio sirvió para disminuir el enorme número de asuntos pendientes que se acumulaban ante la Suprema Corte se ha convertido después en un laberinto procesal que ha impedido que las partes obtengan sentencias que resuelvan el fondo de los asuntos, con lo cual se ha desplazado aún más al Poder Judicial de la mediación entre los distintos actores sociales y especialmente en lo que respecta al enfrentamiento entre los particulares y el poder público.⁵⁷⁵

b) Sobre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad

Por lo que respecta a los otros medios de control constitucional que prevé la Constitución, podrían hacerse observaciones semejantes.

573 Cárdenas, *op. cit.*, nota 107.

574 Fix Fierro, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *cit.*, nota 211, pp. 47-48.

575 Desde 1945 hasta 1990, el porcentaje de asuntos sobreseídos por el Poder Judicial federal ha aumentado del 56% en el primer año mencionado hasta 79% en el segundo. *Vid.* VV.AA., *op. cit.*, nota 217, p. 77.

Limitando la exposición a las controversias constitucionales y a las acciones de inconstitucionalidad, puede señalarse lo siguiente:

A. Respecto de las primeras, la Constitución dispone que, solamente cuando sea la Federación la que impugne disposiciones generales de las entidades federativas, la resolución de la Suprema Corte tendrá efectos generales, siempre que sea aprobada por el voto favorable de ocho ministros (de un total de once que componen el pleno de la Corte). Los efectos generales también pueden darse cuando la controversia sea suscitada por una entidad federativa contra disposiciones generales de un municipio, o cuando se promueva por órganos del mismo nivel (por ejemplo, cuando surja entre dos poderes de la Federación, entre dos poderes de un mismo estado o entre dos órganos del Distrito Federal).

Lo grave es que no hay forma de que los entes territoriales menores puedan obtener una declaratoria con efectos generales respecto de disposiciones de la Federación, lo cual en los hechos —y junto a los efectos particulares de las sentencias de amparo y lo que seguidamente se dice sobre las acciones de inconstitucionalidad— prácticamente impide que la Suprema Corte anule con carácter general una norma de la Federación.

B. Por lo que respecta a las acciones de inconstitucionalidad, entre otras cosas, vale la pena destacar tres cuestiones:⁵⁷⁶

a) Que *la legitimación* para interponerlas es claramente insuficiente, pues imposibilita la impugnación de algunas normas por los sujetos afectados (como, por ejemplo, los tratados internacionales o las leyes del Congreso en materias concurrentes, que no pueden ser impugnadas por las minorías parlamentarias de las entidades federativas); además, los porcentajes de legisladores requeridos por la Constitución (33%) son muy altos, si se toma en cuenta que México es un Estado con partido predominante y que tradicionalmente la legislación electoral ha permitido la sobrerrepresentación del partido mayoritario para “permitir o asegurar la gobernabilidad”.⁵⁷⁷

b) Que, al igual que en las controversias constitucionales, el *porcentaje de votos* favorables de la Suprema Corte que exige la Constitución (ocho sobre once) es excesivo.

⁵⁷⁶ Carbonell, *op. cit.*, nota 211, pp. 183 y ss.

⁵⁷⁷ Por ejemplo, en 1994 el PRI obtuvo en las elecciones federales el 48% de los votos, pero se le asignaron el 74% de los escaños en el Senado. Lujambio, Alonso, “Las reformas al Poder Judicial, una aproximación desde la ciencia política”, en Melgar, Mario (coord.), *Reformas al Poder Judicial*, México, 1995, p. 176.

El hecho de que la Constitución haya establecido el requisito de una mayoría supercalificada para poder invalidar una ley responde sin duda a la presunción de legitimidad constitucional que deben tener las leyes en un Estado democrático en tanto normas emanadas del órgano no solamente más representativo, sino también el más plural dentro del Estado,⁵⁷⁸ por un lado, y a la gravedad que reviste la declaración de inconstitucionalidad de una ley o tratado, por otro; pero representa un grave escollo para el incipiente sistema de las acciones de inconstitucionalidad.

Además, también conlleva una cuestión de credibilidad para el mismo Congreso de la Unión: ¿qué legitimidad frente a la opinión pública contraría una ley que ha sido considerada inconstitucional por siete votos contra cuatro por la Suprema Corte, pero que queda subsistente por no haber reunido los ocho votos necesarios?⁵⁷⁹ En estos casos, además, debe sumarse el perjuicio de la carga de juicios de amparo que recibirían los órganos del Poder Judicial federal, usando los quejosos los mismos argumentos que se habrían utilizado contra la ley en la acción de inconstitucionalidad y que la Corte o los demás jueces federales, en caso de llegar a conocer de ellos, concedería invariablemente al no ser requeridas mayorías calificadas para las resoluciones de amparo, y la discriminación para los que no recurrieran en amparo, porque seguiría aplicándoseles una ley o un tratado inconstitucionales, pero subsistentes en virtud de los efectos relativos de las sentencias de amparo que ya se han comentado párrafos arriba.

Para remediar en parte lo anterior, se ha propuesto que en la correspondiente Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional se disponga que, en caso de ser aprobada una resolución por mayoría simple de los ministros de la Corte declarando inconstitucional una ley o tratado, le sea remitida una recomendación al órgano legislativo creador de la norma impugnada para que proceda a su dero-

578 En ello residen, justamente, las reservas de ley y el fundamento de la supremacía de las leyes frente a los reglamentos. *Cfr.* Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 6, p. 54, y Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 96, p. 126, entre otros.

579 La situación contraria, es decir, la precariedad de una resolución de la Corte con el voto de seis ministros contrarios a la constitucionalidad de la norma impugnada y cinco a su favor no es tan grave, ya que el órgano legislativo siempre puede volver a expedir la norma si la ajusta a los mandatos de la Constitución, mientras que la acción de inconstitucionalidad no puede volver a usarse contra la misma norma para tratar que la Corte modifique su criterio en una nueva votación (*vid.* artículo 19, fracción IV de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 ya mencionada; dicho artículo se refiere a las controversias constitucionales, pero se aplica también a las acciones de inconstitucionalidad por disposición del artículo 59 de la misma ley).

gación o a formularla nuevamente en términos que sí se ajusten a la Constitución.⁵⁸⁰ La mejor solución, sin embargo, es homologar la mayoría de votos requerida en las resoluciones de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales con la de los procesos de amparo, es decir, la mayoría simple de votos de los ministros de la Suprema Corte. Nada más sencillo y lógico.

c) Existen *normas que no pueden ser impugnadas* a través de la acción de inconstitucionalidad. Normas tan importantes dentro del Estado contemporáneo como los reglamentos del Poder Ejecutivo o las normas que regulan la estructura y funcionamiento internos del Congreso de la Unión no pueden impugnarse a través de las acciones de inconstitucionalidad.

Al no haberse incluido a los reglamentos del presidente dentro del elenco normativo del artículo 105, se deja como única vía para su impugnación la del juicio de amparo y la de las controversias constitucionales, pero con las desventajas de que: en el juicio de amparo no existe la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes*, y las controversias constitucionales puede promoverlas un órgano constitucional por completo, no una minoría como en el caso de la acción de inconstitucionalidad,⁵⁸¹ y como normalmente la mayoría del Congreso forma parte de la misma formación partidista que el presidente de la República, se antoja un poco difícil que aquélla impugne los reglamentos de éste.

La indudable importancia que tienen los reglamentos dentro del sistema jurídico mexicano,⁵⁸² tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo,⁵⁸³ ameritaba que se hubieran incluido como normas impugnables por la vía de la acción de inconstitucionalidad para que de esta forma fueran las minorías representadas en el Congreso las que pudieran

580 Fix Fierro, "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", *cit.*, nota 211, p. 55 nota 31; Fix Fierro, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *cit.*, nota 211, p. 125.

581 *Vid.* fracción I del artículo 105 constitucional.

582 Por la brevedad de este trabajo, no es posible explicar aquí la regulación constitucional de la facultad reglamentaria; la Constitución solamente permite, como regla general, la existencia de reglamentos ejecutivos, haciendo muy pocas excepciones expresas para permitir los de carácter autónomo o independiente. *Cfr.* Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, México, 1995, pp. 81 y ss.; Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 30 ed., México, 1990, pp. 110 y ss., y Carbonell, Miguel, "Notas sobre los límites de los reglamentos del Poder Ejecutivo federal en el derecho mexicano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 20, 1996, pp. 65-83.

583 En general, sobre tal importancia *vid.* García de Enterría, Eduardo, y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 6a. ed., Madrid, 1994 (reimp.), t. I, pp. 168-173, y Santamaría Pastor, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 711-712.

promover que los reglamentos inconstitucionales se expulsaran del ordenamiento con efectos generales.

Esta exclusión por razón del tipo de norma también parece ser reflejo del presidencialismo mexicano, pues con ella se mantiene casi inmune las declaraciones generales de inconstitucionalidad la más importante —sobre todo desde el punto de vista práctico— de las facultades normativas del presidente de la República: la de emitir reglamentos.

Por lo que hace a la exclusión de la ley que regula la estructura y funcionamiento internos del Congreso de la Unión (que prevé el artículo 70 constitucional), y de los reglamentos parlamentarios, tal olvido resulta incomprensible, ya que regulan aspectos fundamentales dentro del Estado constitucional que tienen que ver con el procedimiento mismo de creación de leyes o con la forma de realizar el control político del Ejecutivo. Hay que recordar que en España los reglamentos parlamentarios sí son susceptibles de impugnarse a través del recurso de inconstitucionalidad (artículo 27.2 inciso d de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), y que en Francia tales reglamentos incluso se encuentran sujetos a control por el Consejo Constitucional desde antes de su entrada en vigor.⁵⁸⁴

2. *Supremacía y supralegalidad constitucionales*

La Constitución no vincula jurídicamente como lo hacen las demás normas del ordenamiento. Históricamente, la Constitución ha tenido que imponer su *vinculatoriedad* incluso, y sobre todo, frente a otras normas.

Aceptando que la Constitución es una norma, se avanza, ciertamente, en la indagación de su concepto, pero de poco servirá si no se complementa con otras características esenciales de la Constitución: su superioridad respecto del resto del ordenamiento y frente a la ley, por una parte, y los efectos jurídicos que en concreto despliega cada enunciado constitucional,⁵⁸⁵ por otra. Las líneas siguientes se dedican a estudiar ese primer punto.

584 *Vid.* artículo 61 de la Constitución francesa, y García Martínez, Ma. Asunción, *El procedimiento legislativo*, Madrid, 1987, p. 35.

585 Como señala Alejandro Nieto, “[...] la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos [tanto en el derecho público como en el privado] no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”. Nieto, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núms. 100-102, enero-diciembre de 1982, p. 387.

La superioridad constitucional deriva de varios datos ineludibles: a) la Constitución *crea* a los poderes públicos del Estado;⁵⁸⁶ b) *delimita* sus funciones —positiva y negativamente—;⁵⁸⁷ c) recoge los procedimientos de *creación normativa*; d) reconoce los *derechos fundamentales* de los habitantes del Estado, y e) incorpora los *valores esenciales o superiores* de la comunidad a la que rige.⁵⁸⁸

En este contexto se ha dicho, quizá con razón, que dentro del Estado constitucional la soberanía no puede pertenecer más que a la Constitución, que es el marco de referencia suprema de las actividades de todos los habitantes del Estado.⁵⁸⁹

La supremacía constitucional, que es una cualidad eminentemente política, se halla correspondida a nivel estrictamente jurídico por la suprallegalidad de las normas constitucionales:

la supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre [al margen de cualquier consideración ideológica] un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución [en sentido lato] tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.⁵⁹⁰

Dicha suprallegalidad parte de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y puede entenderse como la “cualidad que le

586 “El efecto más inmediato e indiscutible del acto constitucional es el de construir de manera inmediata y efectiva un sistema de poderes capaces de funcionar y de actuar y que en conjunto diseñan la estructura básica del Estado”. García de Enterría, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

587 “[...] la Constitución se entiende como mecanismo de control del poder y como ley suprema, en la medida en que es, a su vez, el mecanismo de organización de competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales”. Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 18, y Hesse, *op. cit.*, nota 462, p. 4.

588 Rodríguez Bereijo, *op. cit.*, nota 459, p. 368.

589 Cfr. la argumentación al respecto de Kriele, Martín *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, 1980, pp. 149 y ss. De acuerdo con la tesis de la soberanía de la Constitución se manifiesta en México Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, pp. 16 y 19. Recientemente se ha hablado también de “Constitución sin soberano” (Zagrebel'sky, *El derecho dictil. Ley, derechos, justicia*, *cit.*, nota 1, p. 13), matización que parece encaminada a poner de manifiesto la transformación del papel de las Constituciones pluralistas de la actualidad; *vid.* también, Balaguer, *op. cit.*, nota 21, t. II, pp. 33-34.

590 Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 494, p. 23.

presta a una norma su procedencia de una fuente de producción [y por lo mismo de modificación] jerárquicamente superior a la de la ley”.⁵⁹¹

El correlato más notable de la suprallegalidad es la rigidez de la Constitución. La distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles fue realizada originalmente por James Bryce en una obra clásica.⁵⁹² La rigidez constitucional se identifica con la existencia de procedimientos diferenciados para la reforma constitucional (normalmente más agravados) y para la creación de leyes.⁵⁹³

Hoy en día, la distinción entre Constituciones flexibles y rígidas ha perdido gran parte de su importancia, ya que la mayoría de la Constituciones contemporáneas son rígidas.⁵⁹⁴ Por tal motivo, se ha dicho que, más que hablar de rigidez y flexibilidad de la Constituciones, debe considerarse su “mayor o menor grado de rigidez”.⁵⁹⁵

No es la rigidez requisito de la suprallegalidad, puesto que el poder constituyente puede no haber creado expresamente un poder y un procedimiento de reforma constitucional, sino más bien su garantía jurídica. Rígida es una Constitución que no puede ser reformada por la ley ordinaria, mientras que de supremo puede calificarse un documento normativo que haya sido creado por el poder constituyente,⁵⁹⁶ poder que desaparece después de haber elaborado la Constitución.

La supremacía —o suprallegalidad, que en este caso da lo mismo— y la rigidez se distinguen también por sus objetivos: la primera sirve para *identificar* las normas constitucionales (de modo que solamente serán constitucionales aquellas normas que puedan imponerse sobre las demás, dejando por ahora aparte el tema de su contenido), mientras que la rigidez

591 *Ibidem*, p. 17.

592 Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1988.

593 *Ibidem*, p. 64. *Cfr.*, además, Zangara, V., “Rigidità della Costituzione”, *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milán, 1973, t. II, pp. 1,943 y ss., entre otros.

594 De hecho, Karl Loewenstein afirma que la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles ha sido “completamente superada” en la actualidad. Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, p. 177. Pérez Royo señala que “la clasificación de las Constituciones en rígidas y flexibles, que tenía un sentido en el siglo pasado, cuando [...], el Constitucionalismo Monárquico-liberal era en gran medida del segundo tipo, pierde todo su sentido con la generalización del Constitucionalismo democrático. La propia clasificación sufre un proceso de obsolescencia irreversible. A lo sumo sirve para poner de manifiesto la especificidad tantas veces señalada desde distintos puntos de vista del Constitucionalismo británico y para nada más”. Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987, pp. 71-72.

595 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 50.

596 Aragón, *op. cit.*, nota 494, pp. 23-26, y Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 62.

busca contribuir a la estabilidad de la Constitución, dificultando el cambio de sus normas.⁵⁹⁷

Puede distinguirse, incluso, entre una rigidez “débil” y una “fuerte”.⁵⁹⁸ La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma debe hacerse o bien por un órgano especial (poder revisor) distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el Poder Legislativo ordinario, pero a través de un procedimiento legislativo dificultado, de modo que las leyes ordinarias no pueden contrariarla so pena de ser inconstitucionales, *i. e.*, inválidas. La rigidez fuerte es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, consagran también un control jurisdiccional de la legislación que verifica si, llegado el caso, una norma legislativa vulnera o contraria una norma constitucional.

La rigidez constitucional puede plantear algunos problemas para la teoría de la democracia, ya que rompe con el principio de “equivalencia de las opciones”.⁵⁹⁹ Según este principio, en democracia todas las opciones deben tener las mismas posibilidades de realización, lo cual se asegura con el principio de la mayoría que garantiza el éxito para aquella opción que obtenga más votos. Pues bien, el hecho de que para reformar la Constitución se requiera una mayoría cualificada rompe con esa igualdad de oportunidades, ya que, por poner un ejemplo, si una Constitución para ser reformada requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras legislativas, para impedir la reforma (es decir, para que triunfe la opción que propugna por mantener el contenido vigente de la norma constitucional) se requiere solamente el voto del 33% de los legisladores (o incluso menos, si se toman en cuenta las abstenciones).⁶⁰⁰

Lo que sucede aquí es que “el principio de equivalencia ha sido sustituido en favor de la continuidad de la Constitución en su contenido actual”;⁶⁰¹ esto significa una limitación a la democracia en nombre de la misma democracia y de valores (como la estabilidad constitucional y

597 Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 63.

598 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *cit.*, nota 19, pp. 73-74.

599 Otto, *op. cit.*, nota 15, pp. 59-60.

600 Corwin pone el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “un proyecto de enmienda puede incorporarse a la Constitución por la voluntad de 38 estados que representan bastante menos que la mitad de la población del país, o puede ser derrotado por 13 estados que representan menos de un vigésimo de la población”. Corwin, *La Constitución de E.U.A. y su significación actual*, Buenos Aires, 1987, p. 351.

601 Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 60.

la continuidad normativa) que se consideran superiores al principio mayoritario.⁶⁰²

Ahora bien, desde un punto de vista quizá más *político*, podría señalarse que la rigidez constitucional, más que dotar de estabilidad al texto constitucional frente a las eventuales mayorías parlamentarias, lo que trata de hacer es garantizar el control del cambio por esas mismas mayorías, es decir, garantizar que sea muy difícil cambiar el *status quo* imperante sin contar con la anuencia de los grupos de interés que así lo establecieron. Lejos de servir para facilitar el cambio constitucional en una sociedad dinámica, el mecanismo de reforma de las Constituciones rígidas puede servir para detener ese mismo cambio o, en todo caso, se diría, para canalizarlo y controlarlo.⁶⁰³

Como documento normativo, la Constitución se distingue de otros por lo siguiente:⁶⁰⁴

A. Por su nombre propio, ya que es el único documento normativo del ordenamiento que se llama Constitución, además de que usa un lenguaje solemne para subrayar su importancia política.

B. Tiene un procedimiento de formación único y distinto de cualquier otra norma del ordenamiento.

C. Tiene un contenido característico en tanto regula los derechos de libertad de los ciudadanos y otorga poderes a los órganos estatales, disciplinando su organización.⁶⁰⁵

D. Sus destinatarios típicos, aunque no únicos, son los supremos órganos constitucionales del Estado. Y,

E. Tiene un régimen jurídico particular (como, por ejemplo, su procedimiento de reforma).

Desde un punto de vista estrictamente formal, respecto al resto de normas del ordenamiento, la Constitución es superior, además de porque es creada por el poder constituyente,⁶⁰⁶ porque regula tanto la forma de creación como los contenidos posibles de aquéllas. Cabe recordar que, como

602 *Vid.* la argumentación al respecto de Otto. *Ibidem*, pp. 60-61.

603 Este punto de vista ha sido defendido, con muy buenos argumentos, por Cabo, Carlos de, *op. cit.*, nota 39, *passim*.

604 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *cit.*, nota 19, pp. 69-71.

605 *Vid. infra* la clasificación de las normas en la Constitución mexicana.

606 *Vid. supra* el apartado sobre las fuentes del derecho y la democracia y, dentro del presente capítulo, la imposibilidad de encontrar el fundamento del poder normativo del poder constituyente en una norma jurídica.

norma secundaria o NSP, la Constitución tiene una superioridad *instrumental* respecto del resto de normas.⁶⁰⁷

La suprallegalidad de la Constitución se encuentra incluso explícitamente recogida en el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana, que tiene como antecedente mediato, como se sabe, el artículo VI, sección 2, de la Constitución de Estados Unidos.⁶⁰⁸ Actualmente, el citado precepto de la Constitución mexicana dispone que “esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión [...]”.

Junto al reconocimiento que hace el artículo 133 de la superioridad de la Constitución, debe mencionarse el artículo 103, que faculta a los tribunales federales para nulificar los actos de los poderes públicos de todos los niveles de gobierno que violen garantías individuales o que invadan el sistema constitucional de competencias al que se encuentran subordinados. Sin esta garantía, la proclamación del artículo 133 sería mera retórica constitucional. Los principales procesos constitucionales a que dan lugar las violaciones a la Constitución mencionadas en dicho artículo se encuentran regulados en los artículos 105 (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) y 107 (juicio de amparo).⁶⁰⁹

3. *La regulación constitucional de las fuentes en el ordenamiento mexicano*

La superioridad instrumental de la Constitución respecto del resto de fuentes en México no solamente se halla explícitamente reconocida por la fórmula del artículo 133, sino que, a lo largo de su texto, la Constitución contiene múltiples disposiciones —NSP— que regulan la creación de leyes, tratados, reglamentos, etcétera.

607 *Vid. supra* lo expuesto sobre las NSP en el capítulo primero, así como García de Enterría, *op. cit.*, nota 8, p. 49. A esta relación jerárquica Guastini la llama “jerarquía estructural”, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *cit.*, nota 19, p. 37.

608 *Vid.* Carpizo, Jorge, “El artículo 133”, en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, *cit.*, nota 287, pp. 1-31.

609 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993; Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, *cit.*; para una exposición de algunos de esos procesos con posterioridad a la importante reforma de 1994, *vid.* Fix Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *cit.*, nota 211, y Fix Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *cit.*, nota 211.

Sustancialmente, el esquema de fuentes del sistema jurídico mexicano regulado en la Constitución es el siguiente:⁶¹⁰

- Reforma constitucional (artículo 136).
- Tratados internacionales (artículos 89, fracción X, y 76, fracción I).
- Normas con rango y valor de ley: *a*) leyes federales del Congreso de la Unión (artículos 71 y 72); *b*) facultades extraordinarias del presidente de la República en caso de suspensión de garantías (artículo 29); *c*) regulación económica del comercio exterior (artículo 131, párrafo segundo); *d*) las medidas de salubridad general (artículo 73, fracción XVI), y *e*) ley reguladora del régimen y estructura interna del Congreso de la Unión (artículo 70, párrafo segundo).
- Normas reglamentarias del Poder Ejecutivo (artículos 89, fracción I; 27, párrafo quinto, y 92).
- Normas reglamentarias de los órganos constitucionales: *a*) Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 94, párrafos quinto y sexto), y *b*) Instituto Federal Electoral (artículo 41, fracción III).
- Normas para la admisión de nuevos estados dentro de la Federación (artículo 73, fracción III).
- Jurisprudencia del Poder Judicial federal (artículo 94, párrafo séptimo).
- Principios generales del derecho (artículo 14, párrafo cuarto).
- Usos y costumbres de los pueblos indígenas (artículo 4o., párrafo primero).

Como se desprende de la simple enumeración de las fuentes del derecho en la Constitución que acaba de hacerse, la materia se encuentra bastante dispersa por todo el articulado constitucional y la sistemática de su regulación es deficiente e incompleta.

No se trata solamente de que las fuentes del derecho nunca aparezcan llamadas por su nombre, o de que nunca vengán consideradas *ex profeso*, sino sólo a propósito de problemas relativos a las formas de Estado y de gobierno, pues eso sucede en la mayor parte de las Constituciones

610 Se mencionan solamente aquellas facultades normativas que competen a órganos constitucionales cuyo ámbito territorial de actuación se extiende a todo el Estado. Quedan por lo tanto excluidas de la enumeración las fuentes relativas al orden interno de las entidades federativas y al del Distrito Federal.

actuales.⁶¹¹ En la Constitución mexicana la dispersión y asistematicidad en esta materia tienen perfiles que rozan el absurdo.

Por una parte, existen fuentes que no se sabe si se limitan a una sola materia o se aplican a varias. Por ejemplo, los principios generales del derecho, que según una lectura gramatical del texto constitucional solamente pueden aplicarse para fundamentar sentencias *del orden civil*.

El artículo 14, párrafo cuarto, dispone lo siguiente: “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Ahora bien, si el Constituyente quiso referirse a la materia civil como aquella que se regula por el Código Civil o si la entendió como todo lo que no es materia penal es difícil de saber, si exclusivamente se atiende al texto constitucional. La doctrina y el legislador ordinario han entendido la materia civil como todo aquello que *no* es competencia de los tribunales penales; es decir, todos aquellos procesos en los que la sanción no puede conllevar pena corporal (con excepción de los arrestos hasta por treinta y seis horas previstos por el artículo 21 constitucional).⁶¹² Por tanto, aun a pesar de lo parco del artículo 14, los principios generales del derecho se aplican en varias ramas del ordenamiento, como no puede ser de otra manera dada la complejidad actual del ordenamiento.

Por otra parte, el Constituyente ha incluido referencias a las fuentes de carácter sumamente vago e impreciso; por ejemplo, la fracción I del

611 Paladín, *op. cit.*, nota 2, pp. 32-33; en la nota 12 de la página 33, Paladín señala, como excepción a la falta de tratamiento expreso y unitario de las fuentes dentro de las constituciones, el capítulo VIII de la Constitución sueca de 1974, que trata de la ley y de los otros “actos con fuerza obligatoria”. Otra excepción, aunque no de una Constitución vigente, se encuentra en el artículo 48.1 del proyecto constitucional del Senado polaco de 1991 que señaló: “las fuentes del Derecho de la República son: la Constitución de la República polaca, las Leyes orgánicas, las Leyes, los Decretos y acuerdos del poder ejecutivo, las normas de derecho local [...]”, *cit.* por Häberle, Pedro, “Contenidos, significados y funciones de la ley parlamentaria”, *Democracia representativa y parlamentarismo* (ed. de Antonio López Pina), Madrid, 1994, p. 72.

612 Por lo que respecta a la doctrina, *vid.* Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23 ed., México, 1991, pp. 573-574, entre otros. En cuanto a la legislación, en el Código Civil se reitera la disposición constitucional sin variación alguna (artículo 19), en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 1996 se hace una remisión expresa al párrafo constitucional transcrito (artículo 3.2.) y en la Ley Federal del Trabajo se contiene una referencia expresa a los principios generales del derecho (en su artículo 17 se dispone lo siguiente: “a falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, *los principios generales que derivan de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad*”).

artículo 89, que se usa para dar fundamento a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo federal, cuando en realidad tal fundamento no puede desprenderse del texto constitucional más que a través de artificiosas interpretaciones.⁶¹³

La imprecisión y falta de técnica legislativa salta a la vista en la misma materia reglamentaria, pues, mientras en el texto fundamental en el que se apoya la misma (el mencionado artículo 89) se dibuja una facultad claramente subordinada a las leyes del Congreso —en el sentido de que solamente pueden dictarse reglamentos ejecutivos—, en el artículo 27, párrafo quinto, se regula un tipo de reglamentos autónomos en una materia con una importancia muy relativa, como lo es la de las aguas interiores, de forma poco congruente y difícilmente explicable.⁶¹⁴

Otro ejemplo de inconsistencia y falta de rigor en el texto constitucional respecto de las fuentes se encuentra en la regulación especial que hace el artículo 105, fracción II, inciso f, párrafo tercero, de la promulgación y publicación de las leyes electorales. Dicho párrafo dispone que “las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber *modificaciones legales fundamentales*” (énfasis añadido).⁶¹⁵ El caso es tan paradigmático que vale la pena detenerse en él para tratar de explicarlo.

Para empezar, no se entiende que, si existe un artículo dedicado por entero al procedimiento legislativo, tenga que insertarse una disposición que se refiere a tal procedimiento —y lo hace además de forma directa, no colateral o secundaria— dentro de un artículo que trata un tema absolutamente distinto como es el de las acciones de inconstitucionalidad. En segundo lugar, es difícil explicar que se aplique un procedimiento legislativo especial para ciertos tipos de leyes, distinto del que rige para la enorme mayoría de los actos legislativos del Congreso de la Unión.

Ahora bien, comenzando con el análisis del texto, ¿qué cabe entender por “modificaciones legales fundamentales”? ¿Qué hay que hacer si se detecta, una vez iniciado el proceso electoral, que una ley electoral tiene

613 En el mismo sentido, Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, pp. 466-467.

614 Tales reglamentos se refieren a la extracción y utilización de aguas nacionales, así como a la delimitación de zonas vedadas. *Vid.*, sobre esto, Carpizo, *op. cit.*, nota 302, p. 108; Carbonell Sánchez, *op. cit.*, nota 190, p. 171, y Cossío Díaz, J. R., “El régimen constitucional de las aguas interiores en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 199-200, enero-abril de 1995, pp. 104-105, donde el autor sostiene que tales reglamentos no son autónomos.

615 Según la reforma constitucional publicada el 22 de agosto de 1996.

lagunas insoslayables o errores trascendentales?, ¿acaso cabe saltarse la ley para salvaguardar el proceso o, al revés, llevar adelante por todos los medios un proceso electoral viciado por errores legislativos? Y es que parece que el reformador de la Constitución ha tenido con esta disposición una excesiva confianza en la pericia técnica del legislador ordinario; pericia que parece desmentida por años y años de nefastas experiencias en el tema de la técnica legislativa.

Aparte de lo anterior, que no es poco, el texto constitucional resulta incompleto por tres razones principalmente:

A. Porque no contiene toda la disciplina de las fuentes del derecho, ni siquiera de las fundamentales. Existen cuestiones “materialmente constitucionales” no constitucionalizadas.⁶¹⁶ Para comprobar lo dicho, basta el siguiente ejemplo: las disposiciones sobre la entrada en vigor y publicación de las leyes —tan importantes dentro del Estado democrático—⁶¹⁷ se encuentran dispersas y deficientemente reguladas en el Código Civil, en la Ley del Diario Oficial y Gacetas Gubernamentales y en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.⁶¹⁸

B. Porque no ha incorporado todavía nuevas formas de creación normativa que facilitarían las tareas de renovación del ordenamiento del Estado. Hace falta incluir en el texto constitucional la delegación legislativa, las leyes de comisión (como se hace en la Constitución española), la creación normativa de los agentes sociales (por ejemplo, a través de la regulación de los contratos colectivos de trabajo). En concreto, el que la Constitución no regule los procedimientos de creación jurídica de los poderes privados⁶¹⁹ o de algunos entes autónomos tiene como consecuencia que tales formas normativas queden fuera del sistema de publicidad normativa que la Constitución sí exige a los productos normativos emanados tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo y del Judicial.⁶²⁰

C. Porque no contiene mecanismos eficaces de control de las actividades de creación normativa, especialmente de las del Poder Ejecutivo. Como ejemplos, pueden mencionarse la imposibilidad de impugnar a

616 Paladin, *op. cit.*, nota 2, p. 35.

617 En el mismo sentido y para el mismo caso dentro del ordenamiento constitucional italiano, *ibidem*, pp. 33-34.

618 Carbonell Sánchez, *op. cit.*, nota 190, pp. 154-158.

619 Como hace, por ejemplo, el artículo 37.1 de la Constitución española.

620 Cabo, Antonio de, *La configuración de lo público como supuesto constitucional: su regulación en la Constitución española de 1978*, tesis doctoral, Madrid, Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 539.

través de la acción de inconstitucionalidad los reglamentos del presidente por parte de las minorías parlamentarias (con lo cual, de hecho, prácticamente se imposibilita la declaración general de inconstitucionalidad para los reglamentos)⁶²¹ o el nulo control que puede ejercer el Congreso de la Unión sobre las facultades del Ejecutivo en materia de comercio exterior (previstas en el artículo 131, párrafo segundo, constitucional).⁶²²

Lo que no debe buscarse tampoco, ni cabe deducirlo de las líneas anteriores, es que la Constitución regule con excesiva minuciosidad todas las materias (ni siquiera una tan importante como lo es la fijación de las formas de creación del derecho), sino que, al contrario de lo que pasa hoy día con el texto constitucional mexicano, si se regulara con claridad y orden, no harían falta textos prolijos. La pulcritud lingüística, la ordenación sistemática y la brevedad deben ser, junto a los cambios necesarios respecto al fondo mismo de la cuestión, los principios que orienten cualquier intento de recomposición del tema de las fuentes del derecho en la Constitución de 1917.

4. *Clasificación de las normas de la Constitución mexicana*

Al lado de las normas sobre la creación jurídica que acaban de revisarse, las Constituciones suelen contener otro tipo de normas: recogen, recordando el concepto de Hesse, la ordenación “fundamental” del Estado, la cual no se agota, ni mucho menos, con el simple elenco de poderes y procedimientos de creación normativa.

Para entender la Constitución como norma, no debe dejarse de tener presente la peculiar estructura que presentan algunos preceptos constitucionales. Ante todo, hay que recordar que la Constitución regula muchas instituciones a veces de forma puramente incidental, sin definir las en mayor medida, por lo que algunas cuestiones quedan ciertamente abiertas dentro del texto constitucional. Tal apertura responde a la voluntad del poder constituyente de crear “libre espacio a la discusión, decisión y configuración”⁶²³ y se corresponde con una correcta técnica legislativa, pues, si la Constitución abordara con detalle cuestiones no trascendentales o

621 Carbonell Sánchez, *op. cit.*, nota 211, pp. 187-188; *vid. supra* el apartado sobre el control de constitucionalidad en México.

622 Carpizo, *op. cit.*, nota 302, p. 109, y Carbonell Sánchez, *op. cit.*, nota 190, pp. 181-183.

623 Hesse, *op. cit.*, nota 6, p. 18.

temas meramente coyunturales, podría producirse la necesidad de realizar continuas reformas constitucionales.

Con todo, como dice Hesse, “no deben quedar indeterminados los fundamentos del orden de la Comunidad”.⁶²⁴ Entre tales fundamentos se encuentran, por ejemplo, las dos siguientes cuestiones: a) la forma de solucionar los conflictos dentro del Estado, y b) la forma en que debe decidirse sobre las cuestiones que quedan abiertas dentro del texto constitucional.⁶²⁵

La clasificación de las normas en la Constitución mexicana tiene una dificultad añadida a las que se presentan en otros ordenamientos, ya que ha sufrido infinidad de reformas, muchas de las cuales han tenido como sustrato ideológico concepciones políticas muy distintas, cuando no francamente contradictorias, y ello ha provocado que la Constitución contenga disposiciones que no se prestan fácilmente a un ejercicio de clasificación. Junto a ello, tiene que tomarse en cuenta la deficiente técnica legislativa con que muchas veces se ha reformado la carta fundamental, lo cual siempre dificulta la intelección y clasificación de algunas de sus partes.

Son muchas las clasificaciones que se han hecho de las normas constitucionales. Para efectos de esta exposición se ha considerado pertinente seguir la sencilla clasificación realizada por J. A. Santamaría Pastor.⁶²⁶ El objetivo no es hacer una ordenación para que todas y cada una de las normas constitucionales encuentren en ella su lugar, sino más bien de lo que se trata es de ofrecer un esquema que posibilite comprender la distinta función y naturaleza de algunas de ellas para, posteriormente, poder abordar el tema de su aplicabilidad inmediata.⁶²⁷ Así, pues, las normas constitucionales pueden clasificarse como sigue:

A. *Normas principales*, que tienen como función y como contenido:

624 *Ibidem*, p. 19.

625 *Idem*.

626 Santamaría Pastor, *op. cit.*, nota 23, pp. 449-451.

627 Hay autores que prefieren usar el término “eficacia”, pero se prefiere aquí el de aplicabilidad, a falta de uno mejor, debido a que la eficacia contiene una significación de carácter más bien sociológico, de modo que una norma es más o menos eficaz según se aplique o no a las situaciones que se producen en la realidad y que caen bajo su supuesto hipotético, en cambio por aplicabilidad inmediata se puede hacer referencia a la capacidad abstracta de las normas constitucionales para ser aplicadas por cualquier autoridad pública, o a su estructura completa o incompleta o a su mayor o menor concreción, entre otras cuestiones. Algunas observaciones interesantes sobre el tema pueden verse en Navarro, Pablo, y Moreso, José Juan, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 5, octubre de 1996, pp. 119 y ss.

a) Definir los rasgos generales del sistema político; por ejemplo, los artículos 39 y 40 relativos a la radicación popular de la soberanía y la forma de Estado y de gobierno.

b) Los valores superiores del sistema político; aunque en México no existen cláusulas constitucionales tan explícitas como las que recoge la Constitución española (artículos 1.1. y 10.1.),⁶²⁸ tales valores se van expresando en los derechos fundamentales de los artículos del título primero, capítulo primero, que consagran las llamadas garantías individuales (derechos de libertad, igualdad, principio de legalidad, garantías procesales, etcétera).

c) Los fines generales del Estado; “se trata de fines —dice Rubio Llorente— que la Constitución, como fundamento del Estado, asigna a éste y en consecuencia toda norma o toda decisión que de la voluntad estatal emane ha de ser entendida como aproximación a estos fines e interpretada en consecuencia”.⁶²⁹ Como ejemplo se encuentran los expresados en los artículos 25 y 26, en los que se asigna a la rectoría económica del Estado el fomento del crecimiento económico y del empleo, una justa distribución del ingreso y la riqueza, etcétera (artículo 25); y a la planeación democrática del desarrollo nacional, el deber de imprimir “solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación” (artículo 26).

d) Los principios vertebradores del sistema normativo, como por ejemplo las garantías de legalidad y audiencia (artículos 14 y 16), de irretroactividad (artículo 14, párrafo cuarto), el principio de jerarquía normativa (artículo 133), etcétera.

B. *Normas directivas de la actividad de los poderes públicos*, entre las que se encuentran:

a) Mandatos al legislador, ya sean órdenes de elaboración y aprobación de una ley específica o bien la imposición de regular determinada materia. Entre los primeros se encuentra la obligación del Congreso de expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal (artículos 73, frac-

628 Sobre tales preceptos, Lucas Verdú, Pablo, “Artículo I: El Estado social y democrático de derecho”, en Alzaga V., Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1996, t. I, especialmente, pp. 118 y ss., y Ruiz-Giménez, Joaquín, “Artículo 10: derechos fundamentales de la persona”, en Alzaga V., Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, especialmente, pp. 61 y ss.

629 Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, *cit.*, nota 282, p. 96.

ción VI, y 122). La Constitución pocas veces asigna una denominación concreta a una ley, más bien se orienta hacia los mandatos genéricos; es decir, ordena las atribuciones legislativas en razón de la materia, como en el caso de la educación (artículo 3o., fracción VIII), en el de la validez de los actos jurídicos de una entidad federativa en las otras (artículo 121), en el del trabajo y seguridad social (artículo 123), etcétera.

b) Habilitaciones al legislador, o sea, normas que lo autorizan a regular potestativamente una materia determinada, normalmente complementadas con indicaciones parciales sobre el contenido de tal regulación. El ejemplo más claro es el artículo 73, que enumera las materias en las que el Congreso de la Unión puede legislar; otros ejemplos se encuentran en el capítulo de las garantías individuales.

c) Reservas de ley, que se concretan en normas que ordenan que sea por ley formal la manera en que deba regularse una materia, prohibiendo tanto que tal regulación pueda realizarla en lo sustancial el Poder Ejecutivo como que el legislador la remita a la facultad reglamentaria del mismo. Entre tales reservas se encuentra la facultad de determinación de los supuestos penales y de sus consecuencias jurídicas (artículo 14, párrafo tercero) y la de determinar las contribuciones a los gastos públicos (artículo 34, fracción IV).

d) Directrices materiales de la actuación de los poderes públicos, mediante las cuales se ordena a los poderes públicos la persecución de determinados objetivos o metas.⁶³⁰ Entre ellas se encuentran las normas de programación final, es decir, las normas que prescriben no una respuesta a una situación de hecho, sino el logro de un fin.⁶³¹ Como ejemplos se encuentran los fines de las penas privativas de libertad (el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación según el artículo 18); de la educación (artículo 3o., fracción II); de la administración del gasto público (artículo 134, párrafo primero); la protección de los pueblos indígenas (artículo 4o., párrafo primero); la creación y organización social [*sic*] del empleo (artículo 123, párrafo primero), etcétera.

C. *Normas organizatorias*,⁶³² que incluyen:

630 Hesse, "Significado de los derechos fundamentales", en Benda; Maihofer; Vogel; Hesse, y Heyde, *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 99.

631 Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 43.

632 Además de la obra de Santamaría citada, puede verse Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., nota 19, p. 76; para los antecedentes, García de Enterría, *op. cit.*, nota 8.

a) Normas constitutivas de entes u órganos públicos, que crean tales órganos o que regulan su estructura interna. Ejemplos de lo anterior son los artículos contenidos en el título tercero, capítulo segundo, sobre la integración de las Cámaras del Congreso de la Unión y de la Comisión Permanente; el artículo 41, sobre el Instituto Federal Electoral; los artículos 80 y 90, referidos al presidente de la República y a la administración pública federal; el artículo 94, sobre la integración del Poder Judicial de la Federación; el 102, inciso B, sobre los organismos de protección de los derechos humanos (*ombudsman*), etcétera.

b) Normas atributivas de competencia,⁶³³ entre las que se encuentran las del artículo 73, sobre las competencias del Congreso de la Unión; las del artículo 74, sobre las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados; las del artículo 76, sobre las facultades exclusivas del Senado; las del artículo 79, sobre la Comisión Permanente; las del artículo 89, sobre las del presidente; las de los artículos 103 a 106, sobre las del Poder Judicial federal, etcétera.

D. *Normas materiales*, las cuales pueden dividirse en:

a) Normas reguladoras del sistema de producción normativa, o sea, las NSP que se enumeran en el apartado anterior.

b) Las normas de reconocimiento de derechos fundamentales, tales como el derecho de asociación, el de libertad de prensa, la libertad de trabajo, el derecho a la educación, el de petición, etcétera.

c) Normas garantizadoras, cuyo objeto es el de establecer los órganos y procedimientos necesarios para asegurar el cumplimiento de la Constitución o, en su caso, reparar o sancionar su incumplimiento. Tales normas conforman lo que Fix-Zamudio ha llamado las garantías constitucionales, que el propio autor define como “los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder”.⁶³⁴ Como ejemplos, pueden citarse el artículo 105, sobre los conflictos de atribuciones entre poderes públicos y sobre la acción de inconstitucionalidad; el 107, sobre el juicio de amparo; el 102, sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos, etcétera.

633 Algún autor ha considerado que, en un sentido amplio, todas las normas constitucionales son finalmente normas de competencia (Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional, tomo II, Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1976, pp. 1 y ss.).

634 Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 433, p. 18.

5. *La aplicabilidad de la Constitución*

Del elenco del apartado anterior puede deducirse fácilmente la heterogeneidad de las normas constitucionales. El objeto del presente apartado es examinar las condiciones de aplicabilidad más o menos directa de los preceptos constitucionales y las formas bajo las que, en su caso, pueden ser exigidas ante los tribunales.

Si el constitucionalismo decimonónico se caracterizaba por considerar que la Constitución y las declaraciones de derechos tenían un valor normativo incierto y que debían ser consideradas ambas como programas de acción política destinados a encontrar actuación a través sobre todo de la actividad del Parlamento,⁶³⁵ el constitucionalismo moderno se destaca por considerar sin asomo de duda que la Constitución es una norma en todos sus extremos y con todas sus consecuencias;⁶³⁶ norma suprema de todo el ordenamiento y, por tanto, condicionante de la validez del resto de normas y actos del ordenamiento, como ya ha quedado explicado. Ahora bien, lo que no está tan claro es la forma en que se ha de aplicar esa norma y quién debe llevar a cabo esa aplicación.

La Constitución mexicana, dentro de este contexto, presenta una situación paradójica, pues su estructura y sus líneas principales responden claramente al modelo liberal de Constitución, fruto de la adopción por el Constituyente de 1916-1917 de buena parte de los preceptos de la Constitución de 1857; sin embargo, la incorporación en el texto de la Constitución del programa social de la Revolución (sobre todo en los artículos 3o., 5o., 27 y 123, en su texto original de 1917) exige que la misma sea considerada como norma jurídica, pues de lo contrario de nada hubiera servido plasmar en ellas las aspiraciones del nuevo régimen.

Ello encierra dos contradicciones graves: en primer lugar, la necesidad de aplicar en la práctica —de hacer efectivos en la realidad— preceptos que las más de las veces se presentan en forma de principios inspiradores de la actuación del Estado, pero que difícilmente pueden traducirse en imperativos concretos o reducibles a una forma condicional (es decir, “si pasa X, debe suceder Y”); la segunda contradicción es la mezcla de elementos del constitucionalismo liberal con componentes del constitucio-

635 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 109, p. 53.

636 Pizzorusso, *Delle fonti del diritto, cit.*, nota 21, pp. 380-381; Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, capítulo I, y García de Enterría, *op. cit.*, nota 8, capítulos I y II, entre otros.

nalismo social,⁶³⁷ cuestión que incide, igual que la anterior, sobre todo en las formas de garantía de la Constitución establecidas por la propia carta magna.

Las contradicciones en la Constitución se han acentuado por la poca diligencia que ha mostrado el poder reformador de la Constitución, que ha actuado incurriendo en defectos, omisiones y falta de técnica legislativa. Manuel Herrera y Lasso lo escribió en 1961 con contundencia:

Son muchas y de toda índole las deficiencias de forma y de fondo que pueden señalarse en los artículos de la Constitución, por trancos, confusos e incongruentes; por incorrectos desde el punto de vista del lenguaje jurídico; por la contradicción de sus textos; por la inutilidad intrínseca de algunos de ellos y la redundante repetición en otros de normas ya estatuidas; por omisiones sustanciales; por ordenamientos subversivos del régimen constitucional.⁶³⁸

El resultado es un texto que presenta una mixtura difícil de explicar y de interpretar globalmente. Por eso se ha dicho que “el texto constitucional mexicano es una norma que —en la letra— está plagado de contradicciones, inconsistencias y lagunas, por lo que sería peligroso instaurar un poder revisor de las palabras, en vez de vigilante de los principios”.⁶³⁹ Observación enteramente válida, pero que tiene la dificultad de que la aplicación y exigencia jurisdiccional de los “principios” presenta una serie de problemas que ni siquiera los países con una arraigada tradición constitucional y una jurisdicción constitucional mucho más sólida que la mexicana han podido solucionar. Con todo, es la solución “principalista” la más adecuada al Estado constitucional de derecho, superador del Estado liberal y de las teorías positivistas.⁶⁴⁰

La forma jurídicamente más viable y políticamente más progresista de terminar con fallos tan grandes no es otra más que la de expedir una nueva Constitución.⁶⁴¹ Una nueva Constitución, aparte de los elementos

637 Fix-Zamudio califica a la Constitución de 1917 como de transición “entre la Carta de 1857 de corte liberal individualista clásico y las Constituciones de esta posguerra que han implantado el Estado democrático social de derecho”. Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 433, p. 38.

638 Herrera y Lasso, M., *Estudios constitucionales (segunda serie)*, México 1964, p. 173 cit. por Arteaga Nava, E., “Errores y vicios institucionales de la Constitución de 1917”, *Congreso Internacional sobre el 75 aniversario*, cit., pp. 223 y ss.

639 Bolaños, Bernardo, *op. cit.*, nota 277, p. 122.

640 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993; Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, y Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992.

641 Cfr., en general, Cárdenas, Jaime F., “¿Por qué una nueva Constitución?”, en VV.AA., *Transición política y reforma del Estado*, México, 1996, pp. 79-94.

simbólicos positivos que aportaría, podría de una vez configurar un orden constitucional acorde con los postulados del Estado social y democrático de derecho (otro tema —imposible por su amplitud y complejidad de abordar ahora— es que tales postulados puedan hacerse efectivos en la práctica) y diseñar un sistema de garantías pertinente para hacerlos exigibles, además de —si se emplea una correcta técnica legislativa— acabar con el manantial de reformas constitucionales que, sin descanso, continuamente promueven los sucesivos presidentes de la República para incorporar todo aquello que cada uno de ellos considera que debe contener el texto constitucional.

Ahora bien, como la tarea *prima facie* de los constitucionalistas es estudiar y explicar en la medida de lo posible la Constitución “actual”, a continuación se expone una tipología básica de la aplicabilidad de las normas constitucionales y algunos de sus problemas. Antes, se recuerdan dos principios básicos que deben regir la aplicabilidad de la Constitución.

En primer lugar que, como se ha dicho líneas arriba, la Constitución es un sistema de normas jurídicas, un ordenamiento jurídico, esto significa que *todos y cada uno* de los preceptos que la integran, con independencia de su mayor o menor concreción y de su mejor o peor redacción, son normas jurídicas.

En segundo lugar, y en consonancia con el carácter de *lex superior* de la Constitución, que todos sus preceptos condicionan la validez formal y material del resto de normas y actos del ordenamiento jurídico.⁶⁴²

Para exponer la aplicabilidad de las normas constitucionales se sigue, de nuevo, en lo general, la exposición de J. A. Santamaría Pastor, quien distingue cuatro niveles de aplicabilidad (el autor les llama de “modalidades de eficacia”), según los tipos de normas constitucionales de que se trate:⁶⁴³

A. Normas completas o *self-executing*, que no requieren ninguna concreción normativa posterior de los poderes públicos, y cuyo mandato o habilitación puede ser directamente demandado por vía jurisdiccional.⁶⁴⁴ Como ejemplo, pueden mencionarse algunos de los derechos fundamentales y la parte organizativa de la Constitución.

642 Santamaría Pastor, *op. cit.*, nota 23, p. 452.

643 *Ibidem*, pp. 452-454.

644 Jiménez Campo, *op. cit.*, nota 506, p. 3,686.

B. Normas que requieren ser concretizadas posteriormente, ya sea a través de la emisión de normas o mediante la realización de políticas públicas tendientes a conseguir los fines constitucionalmente previstos. Como ejemplo, puede citarse el derecho a la información consagrado en el artículo 6o. *in fine*, el cual tiene escasa operatividad práctica hasta en tanto el Congreso de la Unión no dicte una ley que regule los supuestos, los modos y las formas en que puede ser ejercido y garantizado ese derecho.

Con todo, en el caso de este tipo de normas, podría impugnarse judicialmente un acto del poder público que se apartara ostensiblemente del mandamiento constitucional. De otra forma, resulta muy difícil castigar la “omisión legislativa”, que es la que más comúnmente sufre este tipo de preceptos.⁶⁴⁵ Sobre las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales y que necesitan de la interposición legislativa, el Tribunal Constitucional español ha sostenido el siguiente criterio, que puede ser interesante para provocar una evolución de la jurisprudencia mexicana:

Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones. Su aplicabilidad inmediata no tiene más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable [...]. Cuando se opera con reserva de configuración legal, el mandato constitucional tiene, hasta que la regulación legal tenga lugar, un contenido mínimo que ha de ser protegido, ya que de otro modo se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional [...]. La dilación en el cumplimiento del deber impuesto al legislador por la Constitución no puede lesionar un derecho reconocido en ella.⁶⁴⁶

645 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., nota 19, p. 78; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 13, p. 234. Para el caso español, *cfr.*, entre otros, Pérez Royo, Javier, “Principios rectores de la política social y económica”, *Enciclopedia jurídica básica*, cit., pp. 5,112-5,113 y la STC 45/1989, en cuyo fundamento jurídico 4o. se sostiene que “[...] la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo III del título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios y los derechos fundamentales [señaladamente el de igualdad] haga posible un examen de este género, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida”.

646 Sentencia 15/1982, fundamentos jurídicos 6o., 7o. y 8o. (*cfr.* también STC 254/1993); sobre la vinculación inmediata de los derechos fundamentales —artículos 14 a 38 de la Constitución española— STC 80/1982 fundamento jurídico 1o.

C. Normas que contienen principios, cuya aplicabilidad es “inmediata, pero indirecta”.⁶⁴⁷ Inmediata porque, a diferencia de las mencionadas en el inciso anterior, no requieren de una posterior concreción normativa, pero indirecta, porque su valor es informador y estructural y se aplican sobre todo condicionando el proceso de interpretación constitucional. Como ejemplo, pueden mencionarse los artículos 39 y 40 (radicación popular de la soberanía y forma de Estado y de gobierno) o los primeros enunciados de los artículos 4o. y 130 (composición pluriétnica del Estado y separación “histórica” entre Iglesia y Estado, respectivamente).

D. Normas que constituyen habilitaciones o mandatos al legislador y las que crean órganos nuevos que, para ser operativas, necesitan de una posterior intervención legislativa o administrativa. Estas normas, al igual que las del inciso B, no son exigibles completamente ante los tribunales (*vid.* el criterio jurisprudencial citado en el inciso B). Como ejemplo, pueden citarse muchas de las habilitaciones que se conceden al legislador para regular aspectos de los derechos fundamentales contenidos en los primeros artículos de la Constitución; entre ellos, el mandamiento de proteger y preservar las lenguas y culturas indígenas (artículo 4o.) o la participación de las entidades federativas y “los sectores sociales involucrados” en el proceso educativo (artículo 3o., fracción III), etcétera. El hecho de que no sean exigibles de forma completa ante los tribunales no significa que estas normas no condicionen la actuación de los poderes públicos, puesto que, junto a la imposibilidad de actuar de forma ostensiblemente contraria a estos preceptos, tales normas imponen una determinada *forma normativa* —a veces incluso consagrando una reserva de ley— y precisan deberes a órganos concretos del Estado; tales son los casos en que se dice que “la ley” o “el legislador” podrá o deberá regular X materia o asunto, o tener en cuenta tal o cual aspecto de un derecho fundamental, etcétera.

En la medida en que todos y cada uno de los preceptos constitucionales sea garantizado conforme a su peculiar estructura normativa y de acuerdo a su papel dentro del ordenamiento, irá produciéndose una profundización del carácter normativo de la Constitución, sobre todo en lo referido a los derechos fundamentales.

Tal vez sea en las técnicas de garantía donde las Constituciones actuales se jueguen su prestigio y su lugar dentro de las complejas socie-

647 Santamaría, *op. cit.*, nota 23, p. 453.

dades contemporáneas. Poco es lo que puede hacer y significar una Constitución dentro del entramado estatal, si no se reconocen de forma efectiva y real los derechos fundamentales, puesto que tales derechos, como se ha señalado acertadamente,

actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de Derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución.⁶⁴⁸

El reto de garantizar adecuadamente, por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales es una de las tareas pendientes del constitucionalismo del Estado social.⁶⁴⁹ Luigi Ferrajoli ha señalado que en el Estado social no se ha producido “una estructura institucional garantista análoga a aquella del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado”.⁶⁵⁰

Como resultado de que las nuevas funciones del poder público en el Estado social han ido simplemente “acumulándose” sobre las viejas estructuras del Estado liberal, sin disponer de garantías específicas para los nuevos derechos y sin contar con los mecanismos necesarios de control político y administrativo, se ha producido una “crisis de legalidad en la esfera pública”.⁶⁵¹ Tanto por el aumento de la discrecionalidad de los poderes públicos (necesaria, dicen algunos), como por su creciente tendencia a la ilegalidad, se han producido grandes zonas *opacas* de ejercicio del poder —por el “desplazamiento del poder político a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales”—⁶⁵² y una enorme (e impune en muchos casos) gama de fenómenos de corrupción.

648 Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 629, p. 90.

649 Carbonell, Miguel, “Siete problemas del Estado social de derecho”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, México, marzo de 1997, pp. 47-57.

650 Ferrajoli, Luigi, “Stato sociale e Stato di diritto”, *Politica del Diritto*, Boloña, año XII, núm. 1, marzo de 1982, pp. 42 y 50-51. En general sobre los retos para hacer valer los derechos —de cualquier tipo—, Cappelletti, Mauro, y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, 1996.

651 Ferrajoli, *op. cit.*, nota 19, p. 4.

652 *Idem*.

En México, tenemos buenos ejemplos de los dos fenómenos que acaban de mencionarse. Por un lado, no se han podido garantizar efectivamente, (desde luego no en la realidad cotidiana, pero tampoco a nivel puramente normativo) los derechos fundamentales típicos del Estado liberal (por lo cual quizá parezca un poco irresponsable discutir sobre los problemas de los derechos fundamentales de segunda y tercera generación). Por otro, existen grandes zonas opacas, llenas de discrecionalidad —o arbitrariedad, según se vea— en las que no se controla el ejercicio del poder público y, en consecuencia, existe una tendencia fuerte a la corrupción (impune las más de las veces).

Aun así, el hecho de que siga luchando por afianzar en la práctica derechos tan indispensables como la libertad de circulación, las garantías del debido proceso legal (particularmente en el orden penal), de legalidad de la administración, de inviolabilidad del domicilio, etcétera, no obsta para exigir —junto a aquellos— la actuación de los derechos sociales; como señala Carlos de Cabo, “no cabe separar [...] los derechos sociales de los individuales, en cuanto el desconocimiento de los primeros provoca el de los segundos y, por tanto, la lucha por los derechos y libertades es simultáneamente la lucha por los derechos sociales”.⁶⁵³ Sin derechos sociales y prestacionales de poco sirven las libertades individuales:

Si las clásicas libertades fundamentales han de ser hoy algo más que libertades sin probabilidad de realización —escribe Hans Peter Schneider—, su contenido debe ser también algo más que una simple veda contra las intervenciones del Estado: debe consistir en *derechos a prestaciones* sociales que comprenden —desde el punto de vista subjetivo— tanto una puesta en marcha de la actividad general del Estado, cuanto la pretensión de aprovechar servicios ya prestados o instalaciones ya existentes.⁶⁵⁴

Un reconocimiento de tales derechos traería importantes consecuencias para el sistema de fuentes del derecho, especialmente por lo que hace a las técnicas de creación normativa y a las de control normativo dentro del ordenamiento. Para referirnos solamente a la Constitución como norma, puede sostenerse que el reconocimiento y garantía de los derechos

653 Cabo, Carlos de, *op. cit.*, nota 186, p. 72.

654 Schneider, H. P., *op. cit.*, nota 196, pp. 144-145.

sociales y, más en general, de los postulados teóricos del constitucionalismo del Estado social, supondría una profundización del carácter normativo de la misma, procurando un ajuste no solamente *formal*, sino también *material* de toda la actividad normativa del Estado con lo establecido en aquélla.⁶⁵⁵

655 *Cfr.*, en sentido parecido, Carlos de Cabo, *op. cit.*, nota 186, pp. 76-77.