

## LA COACTIVIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

SUMARIO: I. *Conceptos fundamentales de la teoría general del derecho.* II. *¿Es el derecho constitucional “derecho” en el auténtico sentido del término?*

### I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

#### 1. *Las dos clases de órdenes normativos: coactivos y no coactivos*

Una teoría del derecho tiene como tarea fundamental y primigenia establecer el concepto del derecho, el cual determinará el complejo de problemas que pretenda explicar y elucidar. El concepto del derecho que se postule definirá y, con ello, delimitará el conjunto de fenómenos que están dados a la consideración de la teoría. Sería un error pensar que el derecho, como objeto de explicación de una determinada teoría, está “dado”, determinado previamente y que, por lo tanto, sería posible de antemano, antes de la construcción de la teoría, especificar cuáles son los fenómenos que lo constituyen y cuáles las funciones que desempeña. Esta posición teórica es el reflejo, en el ámbito de la jurisprudencia, del viejo prejuicio metafísico de que el objeto de conocimiento de una determinada disciplina está “dado”, de manera tal que lo único que lleva a cabo el conocimiento es la reproducción especular de las características esenciales de su objeto. Ésta es la tesis central de la postura del realismo ingenuo.

Contra esto, nosotros sostenemos que conocer un objeto no es reproducirlo especulativamente en conceptos, a la manera en que los objetos físicos se representan en una fotografía en otro medio más o menos isomorfo. El conocimiento del derecho no es una “adecuación” a su objeto, a la manera de una calcomanía que se adhiere a una superficie. Ya desde Kant de manera explícita y, de manera implícita, antes de Kant, sabemos

de la función constructiva de toda ciencia en relación con su objeto. Los fundamentos y postulados de ésta determinan la clase de elementos o fenómenos que serán tomados en consideración para su explicación; pero esto sólo es posible si se tiene, de la manera que se quiera, una determinada hipótesis, por provisional que sea, de lo que es el objeto de conocimiento. Esto significa que en la ciencia nunca se comienza desde el principio, sin presupuestos. Por el contrario, toda disciplina científica está precedida por una serie de hipótesis anteriores, cuya función es ofrecer a la disciplina posterior ciertas ideas y conceptos con los que se ha delimitado, de manera más o menos clara, un determinado ámbito de objetos y se ha intentado dar una descripción y explicación de ellos. Toda ciencia tiene una historia y debe pensarse que existe en las diversas teorías una cierta continuidad.

Partimos del supuesto de que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana. Este concepto del derecho tiene una gran tradición histórica que se remonta a Hobbes, pasa por Grocio, Pufendorf, Thomasius, Bentham, Austin, para desembocar en autores tan conspicuos como Ihering, Weber, Jellinek y Kelsen. Conocemos las objeciones que se han aducido a este postulado. Haciendo a un lado la discusión sobre la corrección de estas objeciones (pues todas ellas son superables), sólo diremos que es posible indicar cuál es la función de este postulado: determinar el objeto de estudio de la ciencia del derecho, pues sólo se concebirán como jurídicas aquellas normas que puedan ser descritas por enunciados hipotéticos que en su consecuencia tengan por contenido una sanción, es decir, normas cuyo contenido sea que ciertos órganos dispongan u ordenen la privación, incluso con medios coactivos, de ciertos bienes, bajo la condición de la realización de ciertos hechos, también determinados o establecidos por los órganos correspondientes. Podríamos aceptar las frases contundentes de Ihering:

La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho, una regla desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbrar. Poco importa que esta coacción sea ejercida por el juez (civil o criminal) o por la autoridad administrativa. Son derecho todas las normas realizadas de este modo; todas las demás, aunque de hecho fueran universalmente obedecidas, no lo son. Sólo llegan a serlo cuando el elemento (exterior) de la coacción pública se les agrega.<sup>1</sup>

El concepto de la coactividad es el que permite determinar como jurídicas las normas que tengan esa característica. El derecho es un orden coactivo de la conducta humana, como dice Kelsen. Es verdad de perogrullo, desde este punto de vista, que las normas que no puedan concebirse como coactivas, de manera directa o indirecta, no serán consideradas normas jurídicas. Pero el asunto no es tan simple ni tan sencillo, pues la aceptación de la hipótesis fundamental de la coactividad para la determinación del objeto de estudio de la jurisprudencia compromete a una serie de afirmaciones, de las cuales algunas pueden estar en contradicción con la propia hipótesis primera o simplemente hacen a un lado una multiplicidad de elementos que deben ser tomados en cuenta. El criterio de la coactividad como criterio del derecho tiene una función conformadora o constitutiva de su objeto de estudio, no descriptiva de un objeto ya dado.

Podría hacerse la objeción de que existe una multiplicidad de problemas que la ciencia del derecho tradicionalmente se ha planteado y que es necesaria la existencia de una hipótesis que explique la totalidad de esa problemática que, se nos diría, ha sido planteada históricamente. Esto es cierto, aunque la afirmación debe matizarse. En ocasiones, la historia nos enseña que una problemática determinada perteneciente a una ciencia específica está conformada por elementos contruidos o seleccionados por hipótesis que no son compatibles.

Esto es lo que ha pasado con el derecho. Se ha convertido en un *puchero hirviendo (pot bouille)*, donde se han echado muchos objetos dispares e incompatibles entre sí. La ambigüedad de las palabras es el reflejo de estas disparidades. No sería posible una ciencia que quisiera explicar tanto la combustión como el flogisto, de manera unitaria, pues la teoría de la combustión es incompatible con la existencia de la sustancia denominada “flogisto”. No es posible una teoría que unifique la teoría de la relatividad y una teoría sobre el éter. No es posible una teoría sobre el derecho unitaria que sintetice la problemática de la concepción positivista con la jusnaturalista, es decir, no es posible construir una teoría no contradictoria sobre normas creadas por actos humanos y normas que se encuentran dadas en la naturaleza o en la razón del hombre, no creadas por actos humanos específicos. La continuidad en el desarrollo de las ciencias permite y exige que ciertas hipótesis sean desechadas. Aceptando la coactividad como característica principal, no única, del derecho, todas las de-

más categorías jurídicas o conceptos fundamentales se encuentran en conexión sistemática con ella.

Si el derecho es concebido como un conjunto de normas cuya característica esencial es la coactividad, por ejemplo, normas que establecen sanciones que pueden ser ejecutadas por medio de la fuerza, entonces los demás conceptos de la jurisprudencia no son otra cosa que conceptos que determinan o explican las funciones que desempeñan los diversos contenidos de las normas. Los conceptos jurídicos fundamentales son los conceptos que determinan las diversas funciones que desempeñan los contenidos de las normas.

La consideración del derecho como un orden coactivo de la conducta humana tiene una consecuencia teórica muy importante: los enunciados de la ciencia del derecho, cuando describe y explica su objeto de conocimiento, son enunciados hipotéticos, cuya estructura fundamental Kelsen la ha expresado con la siguiente fórmula: si A es, debe ser B, en donde B está por la sanción ejecutable coactivamente y A, por el hecho o conducta condicionante de la sanción.

Como puede observarse de esta presentación de la tesis de Kelsen, lo que aquí se nos presenta es el resultado de un especial procedimiento, no expuesto explícitamente por el autor vienés, que consiste en la introducción del elemento de la sanción ejecutable coactivamente dentro del enunciado normativo. Si en el texto transcrito anteriormente de Ihering se habla expresamente del “elemento (exterior) de la coacción pública”, la expresión “exterior” sólo puede tener referencia a la norma jurídica. La coacción es exterior a la norma jurídica, pues es la característica específica del Estado, entendido como una organización de poder que monopoliza el ejercicio de la coacción. La norma jurídica se encuentra en relación esencial con el Estado, siendo éste una organización real y, como tal, distinta del derecho. Cuando Kelsen introduce dentro de la semántica de los enunciados jurídicos el elemento de la coacción, hasta entonces concebido como exterior al derecho, se presentan de manera inmediata dos consecuencias teóricas: a) el enunciado jurídico sobre el derecho tiene carácter condicional o hipotético, diría Kelsen, y b) el derecho tiene que ser idéntico con el Estado, pues si el primero es un orden coactivo y el segundo una organización coactiva, ésta no es otra cosa que la efectividad del orden jurídico y, por tanto, sólo es derecho. La interiorización

del elemento de la coacción en los enunciados sobre el derecho es el elemento central de esta concepción de las normas jurídicas.

## 2. *El delito o acto antijurídico*

Con el concepto de la coactividad, queda determinado también el concepto del acto antijurídico como aquel contenido de la norma jurídica que establece los hechos que son la condición para el establecimiento de la sanción por parte del órgano del Estado competente. La sanción siempre es establecida por un órgano jurídico, generalmente en una sentencia, bajo la condición de la determinación de ciertos hechos, a los que se ha considerado como “antijurídicos”, como si estuvieran en contra del derecho o fueran la negación del mismo. Esto no es correcto. El llamado “acto antijurídico” está previsto por el derecho y es parte de su contenido. Piénsese en el Código Penal, aunque no solamente en él, donde se encuentran consignados los tipos (por ejemplo, descripciones) de una multiplicidad de conductas u omisiones delictivas. El concepto del delito o acto antijurídico es un concepto jurídico, que nos permite ordenar un complejo de contenidos normativos y determinar su función dentro de la concepción del derecho como orden o conjunto de normas coactivas; no es un concepto extrajurídico.

## 3. *Obligación jurídica*

El concepto de obligación jurídica se determina con base en los dos conceptos anteriores de la sanción y de la antijuridicidad. La obligación surge a la consideración jurídica cuando se contempla la norma coactiva desde la perspectiva de los intereses del sujeto que puede ser sancionado por la realización de una cierta conducta. El concepto de obligación es explicitado diciendo que es el contenido de la norma jurídica que establece la conducta contraria a aquella que es la condición de la sanción, por ejemplo, es el contenido normativo que determina la conducta contraria al acto antijurídico. En relación con la obligación, el acto que es su contrario representa una mera negación, algo que se le opone y contradice, pues, en verdad, todo acto antijurídico es la negación de una obligación. El origen de la terminología se explica porque la doctrina tradicional ha considerado el concepto de la obligación como el concepto determinante del derecho. En relación con la obligación, el acto que la

incumple es una mera negación del acto de cumplimiento, y la sanción es la consecuencia del incumplimiento de la obligación. Nosotros invertimos este procedimiento y consideramos el concepto de sanción como el concepto determinante de los demás, a la manera en que lo hicieron Austin, Kelsen y Alan Ross Anderson, concibiendo la obligación como la formulación de la norma coactiva desde el punto de vista de los intereses del sujeto potencial de una sanción: la obligación especifica la conducta que evitará el establecimiento, por parte de un órgano del Estado, de una sanción, dada la comprobación de ciertos hechos condicionantes.

#### 4. *Derecho subjetivo y facultad*

Seguramente no ha pasado inadvertido el énfasis que se ha hecho en la necesidad de la intervención de ciertos órganos en el establecimiento de los contenidos normativos que hemos calificado de sanción, de acto antijurídico y de obligación. El carácter dinámico del derecho no significa otra cosa. Esta característica de que toda norma necesite órganos que la establezcan es en lo que consiste la positividad del derecho. Son expresiones sinónimas las de dinamicidad y positividad del derecho. Éste se nos presenta históricamente como un conjunto de normas positivas, es decir, de normas que han sido creadas o establecidas por actos humanos. Esto significa que los diversos elementos de las normas jurídicas, por ejemplo, la sanción y su ejecución coactiva, el acto antijurídico y la obligación tienen que estar establecidos o puestos por actos humanos específicos que tienen ese contenido. No pueden considerarse como “dados” a la consideración jurídica, si no es posible determinar empíricamente el acto humano que los establezca como tales. Ésta es la consideración esencial del positivismo jurídico, en directa oposición a las tesis iusnaturalistas.

Ahora bien, es una nota esencial de los órdenes jurídicos que los actos de establecimiento del derecho se encuentran previstos en las propias normas jurídicas, de modo que las normas del derecho no se deducen de la naturaleza o de la sociedad o de la razón. De toda norma jurídica puede señalarse la fecha en que entró en vigor y los actos que la establecieron, los cuales se realizaron en ciertos momentos y lugares determinados.

Esta positividad de las normas jurídicas distingue al derecho de otros órdenes normativos, que carecen totalmente de normas que establezcan los procesos de creación de las demás normas que pertenecen a un orden

determinado. El derecho es un orden que regula su propia creación, por ejemplo, determina los procesos de creación de las demás normas que pertenecen al orden jurídico en cuestión. La función normativa, es decir, el contenido de las normas jurídicas que determinan los procesos de creación de las demás normas del orden, es la que se denomina “facultad”. La facultad es aquel contenido de la norma jurídica que establece los procesos de creación de otras normas.<sup>2</sup>

### 5. Órdenes dinámicos y órdenes estáticos

Esto permite hacer la distinción entre las normas positivas del derecho, concebido como un orden dinámico de normas, y los demás órdenes normativos que carecen, en principio, de esta característica de la positividad. A estos órdenes no positivos Kelsen los denomina, en la primera etapa de su pensamiento (que considero como la postura teórica correcta), “órdenes estáticos de normas”, precisamente porque sus normas no obtienen su contenido de actos de creación normativa, sino que se deducen del contenido de la norma que se considere como la fundamental del orden en cuestión. No hay lugar en esta clase de órdenes normativos a la creación de nuevos contenidos por medio de actos de establecimiento o producción normativa. El intento contrario del propio Kelsen es difícil de

2 Kelsen ha tenido diversas posturas teóricas en relación con el carácter dinámico de ciertos ordenamientos normativos. En una primera época mantenía que los órdenes jurídicos eran órdenes dinámicos, mientras que las normas morales y las del derecho natural eran ordenamientos estáticos de normas. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, España, Labor, 1934, p. 35; “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Argentina, Losada, 1946, pp. 15 y ss.; *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Argentina, Losada, 1946. Posteriormente modifica su posición, en el sentido de considerar que las normas morales pueden tener carácter dinámico, como puede verse en el siguiente texto: “la afirmación del profesor Stone de que yo creo que la distinción entre una norma básica estática y una dinámica ‘representa una distinción entre órdenes normativos jurídicos y no jurídicos’ carece de fundamento. En mi *General Theory of Law and State*, que el profesor Stone cita en relación con esto, presento primero, como ejemplo de orden normativo derivado de una norma básica estática, un sistema de normas morales. Pero inmediatamente después me refero a normas morales cuya validez objetiva se basa en una norma básica dinámica. El ejemplo es éste: la validez de la norma moral ‘no mientas’, dirigida por un padre a su hijo, se basa, en última instancia, en la norma básica dinámica: ‘obedece las órdenes de Dios’ quien manda obedecer las órdenes del padre. Así —como he dicho más arriba— no hago referencia solamente al principio estático dentro de un orden *jurídico* derivado de una norma básica dinámica, sino también a una norma básica dinámica de un orden *moral*”. “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, trad. de R. Inés W. de Ortiz y Jorge A. Bacqué, México, Distribuciones Fontamara, 1995, pp. 51 y 52. Cfr., igualmente, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 203 y ss.

aceptar y el ejemplo que pone en la nota anterior presupone la creencia metafísica en la existencia de un Dios, creencia incompatible con los principios positivistas.

Los órdenes dinámicos de normas, es decir, aquellos que establecen los procesos de creación de las normas que pertenecen al orden en cuestión, tienen por contenido el establecimiento de facultades y aparecen históricamente como conjuntos escalonados u ordenados en diversos niveles de generalidad, de manera que unas normas, a las que Kelsen les da el nombre de “normas superiores”, establecen tanto los procesos de creación de las otras normas del orden, como los contenidos de ellas. La norma superior en relación con otra tiene las dos funciones apuntadas: *a)* establece los actos o procesos de creación de la norma inferior o dependiente, y *b)* determina el contenido de la norma dependiente, lo cual puede hacer de tres maneras:

- Positivamente, estableciendo el contenido que la norma dependiente necesariamente ha de tener;
- Negativamente, estableciendo el contenido que la norma dependiente no debe tener, excluyendo la posibilidad de que lo tenga, o
- Potestativamente, estableciendo los contenidos que la norma dependiente puede tener, si el órgano creador de ella así lo decide.

Este breve repaso de los conceptos jurídicos fundamentales de la teoría kelseniana nos permitirá abordar de una manera sistemática el problema específico de si el derecho constitucional es derecho en el sentido que hemos explicado.

## II. ¿ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL “DERECHO” EN EL AUTÉNTICO SENTIDO DEL TÉRMINO?

### 1. *Sentido de la cuestión*

El problema de si el derecho constitucional es derecho en el sentido expuesto más arriba es idéntico al problema de si sus normas pueden ser descritas por enunciados que utilicen los conceptos jurídicos explicitados anteriormente, por ejemplo, si pueden ser descritas por enunciados condicionales que establezcan tanto sanciones como procesos de creación de otras normas. Puesto de otra manera, debemos preguntarnos si el derecho

constitucional es derecho en el mismo sentido en que lo es el derecho penal, el derecho civil, etcétera. Algunos autores lo han negado, pues consideran que las normas constitucionales, en tanto que organizan el Estado y consagran derechos públicos subjetivos, tienen una naturaleza jurídica radicalmente diferente de las demás normas jurídicas. Han presentado las normas constitucionales como ejemplos de normas jurídicas que carecen de sanción y, con ello, impugnan las teorías que definen al derecho como un orden coactivo. Han sido consideradas como uno de los casos más claros de *leges imperfectae*. Se afirma, precisamente, que el derecho no puede ser un orden coactivo de la conducta humana, pues las normas constitucionales, que son el fundamento del orden jurídico, carecen de la característica de la coactividad.

## 2. *La naturaleza del derecho constitucional y del derecho internacional*

Es interesante observar que el mismo problema de la naturaleza de un cuerpo normativo, en nuestro caso, el derecho constitucional, se presenta igualmente en relación con el derecho internacional. El paralelismo de los problemas es debido al paralelismo de funciones que desempeñan ambos cuerpos de normas. La función fundamental tanto del derecho constitucional como del derecho internacional consiste en la coordinación de diversos órdenes normativos subordinados. El derecho internacional tiene por función específica determinar las condiciones jurídicas de la coordinación de los Estados nacionales, mientras que el derecho constitucional de un Estado federal tiene la función de coordinar a la Federación con los estados locales, considerados como órdenes normativos parciales. Si se considera que el derecho internacional es un orden supraordenado a los Estados nacionales, en relación con él surgen los mismos problemas que se suscitan en relación con la Constitución de un Estado federal: ambos ordenamientos tienen por contenido las reglas de coordinación de los órdenes subordinados.<sup>3</sup> Pues bien, en relación con el derecho internacional, Kelsen señalaba en 1925 lo siguiente, que es exactamente aplicable a las normas del derecho constitucional:

Frente a esto, es un punto de vista secundario el hecho de que las normas del derecho internacional contengan o no el momento de la coacción. Precisa-

3 Puede consultarse la manera en que es posible explicar el derecho constitucional de esta forma en el ensayo Schmill Ordóñez, Ulises, *Algunos conceptos sistemáticos sobre la Constitución de 1917*, México, Secretaría de Gobernación, Archivo General de la Nación, 1997.

mente en torno a esto gira toda la discusión acerca de la naturaleza del derecho internacional [...]. Baste indicar aquí que el carácter jurídico del derecho internacional no sería problema ni aun en el caso de que sus proposiciones, formuladas como normas jurídicas, no contuviesen la menos referencia al momento de la coacción, pues siempre cabría discutir si se trataba de proposiciones jurídicas completas o de elementos constitutivos de tales proposiciones, las cuales lograrían su plenitud jurídica, unidas a otras proposiciones complementarias del orden jurídico estatal. Si el derecho internacional consistiese únicamente en la proposición *pacta sunt servanda*, ésta no significaría otra cosa —como ya antes indicamos— que el instaurar una fuente de Derecho, una autoridad jurídica, de la misma manera que esta otra proposición: “debe prestarse obediencia a las leyes del monarca”. La proposición jurídica completa diría así: “supuesto que el monarca así lo dispone por ley, debe el juez castigar a quien comete un robo”. Si se castiga sin que el supuesto esté dado, el acto es nulo; no es un acto jurídico [...]. Las determinaciones que afectan a la creación del Derecho no establecen, en primer término, los hechos condicionantes del acto de coacción; por eso esas determinaciones no contienen deberes, no estatuyen lo que jurídicamente “debe ser”, sino lo que jurídicamente se “puede” hacer. Son hechos sin los cuales no pueden originarse los actos jurídicos. La reacción es en el sentido de la nulidad, no de la coacción.<sup>4</sup>

Las normas constitucionales como las internacionales desde esta concepción serían normas que no establecen por sí mismas el acto coactivo, porque sus contenidos pueden y deben ser explicados con el concepto de la facultad y no con el concepto del deber u obligación. Los contenidos de las normas constitucionales llevan a cabo las funciones normativas que describe el concepto de la facultad: establecen una autoridad jurídica, es decir, un órgano creador de normas y el o los procedimientos de creación de ellas. Podríamos, utilizando la terminología de Kelsen en el párrafo transcrito, distinguir entre *condiciones* de la coacción y *supuestos* de la coacción. “*Supuesto* que el monarca así lo dispone por ley, debe el juez castigar a quien comete el un robo (*condición*)”. Los supuestos se encuentran o pueden localizarse en el antecedente del condicional principal de la proposición jurídica, cuyo consecuente también tiene forma condicional, en cuyo antecedente se encuentra consignado el acto antijurídico. La fórmula sería así: si (*supuesto que*) *a, b, c, ... n*, entonces si

(condición)  $x$  debe ser  $z$  (coacción). Los supuestos contienen la realización de los contenidos jurídicos tipificados por el concepto de facultad, es decir, los actos de creación de las normas en cualesquiera de sus niveles. En la *Teoría general del derecho y del Estado*, Kelsen dice lo siguiente:

Si suponemos la existencia de una Constitución de acuerdo con la cual las normas jurídicas generales sólo pueden ser creadas mediante decisiones de un parlamento electo en cierta forma, entonces el precepto que castiga el delito de robo tendría que formularse así: “si el parlamento ha resuelto que los que roben deberán ser castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo cometió el delito de robo, entonces [...]”. Las normas de la Constitución que regulan la creación de los preceptos generales que habrán de aplicar los tribunales y otros órganos de aplicación del derecho, no son, por consiguiente, normas jurídicas independientes y completas. Son partes integrantes de la totalidad de las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos tienen que aplicar. Por esta razón no puede citarse el derecho constitucional como un ejemplo de normas jurídicas que no establecen sanciones. Las normas de la Constitución material únicamente son derecho en su conexión orgánica con aquellos preceptos sancionadores creados de acuerdo con ellas. Lo que, desde un punto de vista dinámico, es creación de una norma general determinada por otra superior, la Constitución, desde el punto de vista estático representa una de las condiciones a las que la sanción es enlazada como consecuencia en la norma general, la cual, desde el punto de vista dinámico, está subordinada a la Constitución. En una exposición estática del derecho, las normas superiores que integran la Constitución se hallan, por decirlo así, proyectadas, como partes, en las inferiores.<sup>5</sup>

Sin usar la terminología convencional utilizada anteriormente, encontramos en este párrafo de Kelsen la misma distinción entre *supuestos* y *condiciones* del acto coactivo. Esta teoría es muy poderosa y sugerente, pues demuestra que el derecho internacional y el derecho constitucional, al formar parte de un orden coactivo, obtienen esta misma caracterización: las normas constitucionales serían normas incompletas de un orden coactivo y, como tales, mediatamente coactivas.

5 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1949, p. 149.

### 3. *Las normas constitucionales como inmediatamente coactivas*

Aunque las normas constitucionales, como hemos mostrado, sean inmediatamente coactivas, debemos en este lugar preguntarnos si son inmediatamente coactivas, en el sentido de que la propia Constitución disponga, de manera general, como lo hace una ley, el establecimiento de una sanción, dadas ciertas condiciones.

En este lugar es conveniente hacer la precisión de que el control de la constitucionalidad en México abarca la totalidad de la Constitución por la operancia de las garantías establecidas en los artículos 14 y 16 constitucionales. Ésta es una aportación fundamental de nuestra cultura constitucional, que no me detendré a explicar en este momento.<sup>6</sup>

El problema que planteamos puede ser formulado de la siguiente manera: ¿existe, de acuerdo con el derecho constitucional, algún contenido que pueda ser considerado como una sanción, en el sentido especificado más arriba?

La contestación tiene que ser dada en sentido positivo: sí hay contenidos constitucionales que tienen que ser considerados como sanción. Véase la siguiente norma constitucional, contenida en la fracción XVI del artículo 107:

XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados.

Esta norma regula las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una sentencia de amparo. A partir de 1995 está en vigor un nuevo artículo 105 que, en dos de sus fracciones, establece las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Este artículo dispone lo

6 Cfr. Schmill, Ulises, "Esquema conceptual descriptivo del Estado federal y del juicio de amparo", *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia, Poder Judicial de la Federación, 1985.

siguiente: “en caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución”.

Éstas son normas de gran generalidad y de enorme significado: convierte a la Constitución en un conjunto de normas de carácter coactivo y, con ello, puede fundamentarse la opinión de que la Constitución es derecho en el mismo sentido en que lo es cualquier otro conjunto de normas jurídicas.

Para comprender su significado, debemos enfocar nuestra atención a los supuestos que entrañan estas normas que sancionan a las autoridades que incumplan con una sentencia de amparo o con una sentencia dictada en una controversia constitucional o en un juicio derivado del ejercicio de una acción de inconstitucionalidad. Estos supuestos consisten en las funciones jurídicas que realiza la Constitución como norma suprema del orden jurídico nacional. Las dos normas citadas más arriba cierran, por decirlo así, de manera concluyente, el sistema de las normas fundamentales, constituyéndolas en normas completas, en *leges perfectae*. Para demostrar ello, debemos incursionar brevemente en otros temas constitucionales.

#### 4. La “cláusula alternativa tácita” de Kelsen

Hemos observado a lo largo de este ensayo que el derecho puede ser comprendido como un orden coactivo y dinámico de normas. Ahora llegamos al final de este trabajo con la intención de demostrar que ambos puntos de vista se complementan.

Pensemos en el siguiente caso: existe una Constitución, como la nuestra, con todas las funciones de los diversos órganos especificados, con normas que establecen determinados procesos de creación y con determinaciones que limitan u orientan el ámbito material de las facultades, etcétera. Pero acontece que, en muchas ocasiones, por diversas razones y motivos, los órganos estatales no cumplen con esas normas que determinan su actividad. Por ejemplo, dictan leyes sin seguir estrictamente el proceso legislativo, o estas leyes tienen contenidos que no debieran tener, por operancia de una de las garantías individuales, u órganos locales ejercitan facultadas que están reservadas a la Federación o viceversa, etcétera; es decir, puede observarse lo que podríamos denominar “la patología del

orden jurídico”. Se emiten normas que son consideradas como irregulares, para utilizar una expresión con suficiente generalidad para comprender dentro de su extensión la inconstitucionalidad, la ilegalidad, etcétera. Ciertamente, las normas superiores determinan esos procedimientos y contenidos, pero los órganos estatales no cumplen con ellas y realizan su actividad fuera de los cauces normativos establecidos. A pesar de ello, se observa que no existe, en el caso hipotético planteado, disposición alguna dentro del orden que permita una o ambas de las dos cosas siguientes: si se determina por un órgano específico, esa irregularidad respecto a la Constitución, el acto o la norma irregular es nulificado, es decir, expulsado del orden y, además, puede suscitarse, como consecuencia de carácter coactivo, una sanción privativa de la libertad para el titular de ese órgano. La posible irregularidad en este orden no produciría consecuencia jurídica alguna.

Ante una situación de este tipo, tendría que surgir la pregunta sobre el carácter normativo de esas disposiciones. Tendríamos que aceptar una tesis de Kelsen, a mi entender totalmente equivocada: me refiero a la llamada “*cláusula alternativa tácita*”.

Ello significa, sin embargo, que el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de *disposiciones alternativas*. La constitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas.<sup>7</sup>

La teoría de la cláusula alternativa intenta dar cuenta y razón del hecho que consiste en que una norma es válida, a pesar de que pueda demos-

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura, op. cit.*, nota 2, p. 279.  
DR © 1998  
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

trarse lógicamente que *no* ha sido creada conforme lo disponen las normas constitucionales o legales. La solución de la “cláusula alternativa” es frustránea, pues conduce a la disolución del carácter normativo de las normas superiores. Convierte a toda norma del orden jurídico en normas tautológicas y, por tanto, en normas que carecen de contenido normativo. Si conforme a la tesis de Kelsen se acepta que pueden crearse normas siguiendo el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, debería concluirse que también se crean normas sin seguir ese procedimiento; *ergo*, pueden crearse normas con cualquier procedimiento. Las normas pierden su sentido inmanente de ser regulación de la conducta humana.<sup>8</sup> Por otra parte, tiene que enfatizarse que estas afirmaciones, si se realizan fuera de un procedimiento jurídico tramitado por un órgano autorizado para ello, tienen un carácter puramente subjetivo y que, cuando más, pueden ser la ocasión para que ese procedimiento se instaure por la persona que tiene interés jurídico en ello y está legitimada para iniciarlo.

Si las normas que integran el juicio de amparo y las controversias que se contienen en el artículo 105 de la Constitución se comprenden como instituciones cuyo objeto es la defensa de la Constitución o el control de la constitucionalidad, es decir, si se comprenden con arreglo al concepto del derecho como orden coactivo, surge de modo inmediato el problema de especificar cuáles son las sanciones que, como consecuencia, deben presentarse dada cierta condición, que tendrá que ser calificada como conteniendo la descripción del “acto antijurídico”, del delito constitucional. O sea, se trata de comprender a las normas constitucionales como normas coactivas.

En las normas que anteriormente transcribimos, es decir, la fracción XVI del artículo 107 constitucional y el correlativo del 105, se consigna el principio fundamental que informa la conceptualización del amparo y de las controversias del artículo 105 como un conjunto de normas coactivas dirigidas en contra de las autoridades del Estado cuyos actos son controlados en cuanto a su regularidad constitucional. Con ello, el control de la regularidad constitucional es un control de carácter objetivo, por la nulificación que se hace del acto irregular y, además, de carácter coactivo (en lo que sigue, me estaré refiriendo al amparo para no recargar la ex-

8 Cfr. Schmill, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Themis, 1977, pp. 128 y ss., donde se intenta dar una solución sistemática al problema al que quiere dar respuesta la tesis de la “cláusula alternativa tácita”.

posición con aclaraciones sobre las acciones del 105, pero lo que se diga deberá entenderse aplicable, asimismo, a estas acciones). Esta coactividad depende de la existencia de dos condiciones fundamentales: *a*) un acto o norma estatal ha sido anulado, es decir, se ha concedido el amparo y la protección de la justicia federal (debería llamarse “justicia constitucional”), y *b*) la autoridad responsable repite o vuelve a realizar el acto reclamado o intenta “eludir” el cumplimiento de la sentencia.

El incumplimiento o inexecución de la sentencia que concede el amparo es el acto ilícito sancionado con la destitución del cargo y la consignación ante el juez de distrito competente para la imposición de las sanciones privativas de la libertad correspondientes. La destitución de la autoridad responsable debe ser hecha por el pleno de la Suprema Corte, de conformidad con los términos del artículo 10, fracción VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo de 1995. El artículo 208 de la Ley de Amparo dispone que la desobediencia relativa será sancionada en los términos que el Código Penal aplicable en materia federal señala para el delito de abuso de autoridad. Se ha discutido si el Ministerio Público, titular de la acción punitiva del Estado, sería el encargado de ejercitar la acción penal correspondiente a este delito constitucional o si, por el contrario, la Suprema Corte de Justicia consigna directamente al funcionario responsable por el desacato de la sentencia de amparo ante el juez de distrito para que éste imponga la sanción correspondiente y sólo para esos efectos. Mi opinión es en este último sentido, basado en la siguiente consideración: la función jurídica que se ejerce en el amparo es una función que debe ser adscrita al orden constitucional del Estado federal; no debe adscribirse al orden subordinado de la Federación ni de los estados, evidentemente, pues la regularidad constitucional de estos órdenes normativos son la materia o el objeto del control de la constitucionalidad; el Ministerio Público es un órgano de la Federación cuando ejercita la acción penal, *ergo* no está facultado para ejercer una acción del orden constitucional.

Teniendo presente lo que se ha dicho, es posible afirmar que, con todos los elementos que hemos expuesto, el control de la constitucionalidad es una institución esencial en la estructuración de los órdenes jurídicos modernos. Dice Kelsen:

Una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria. Aunque en general no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite esa toma de conciencia— una Constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales sigan conservando su validez —al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad— equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria.<sup>9</sup>

La institución del control de la constitucionalidad convierte a las normas constitucionales en verdaderas normas coactivas, con la plenitud de su fuerza obligatoria desplegada ostensiblemente y ajustándolas claramente a la característica esencial del derecho, que lo distingue de todas las otras especies de normatividad que los académicos han encontrado: su coactividad. Utilizando las expresiones elocuentes de Ihering, diríamos que las normas constitucionales desprovistas de coacción son casi un contrasentido, “es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbrá”. Éstas son frases muy fuertes, que encuentran su justificación en la tesis de la cláusula alternativa que explicamos antes, propuesta por Kelsen. Este autor lo expresa de esta manera, haciendo referencia a la poco eficaz responsabilidad ministerial de carácter personal que existe en algunos países:

Su violación [de la Constitución] puede traer aparejada una cierta sanción, al menos cuando exista la institución de la responsabilidad ministerial, sanción dirigida contra ciertos órganos que intervienen en la producción de actos inconstitucionales, suponiendo que sean culpables. Pero, dejando al margen que esta garantía no es —como ya se ha hecho notar— muy eficaz en sí misma, puesto que deja subsistir a la ley inconstitucional, no puede admitirse en tal caso que la Constitución ordene un único proceso legislativo ni que establezca realmente principios relativos al contenido de las leyes. Sin duda la Constitución dice y quiere decir en su texto que las leyes no deben ser elaboradas más que de tal o cual forma y que no deben tener este o aquel contenido; pero, al admitir que las leyes inconstitucionales sean también válidas, en realidad quiere decir que las leyes pueden hacerse de forma distinta y que su contenido puede desconocer los límites fijados; dado que las leyes inconsti-

9 Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 150.

tucionales no pueden ser válidas más que en virtud de alguna regla de la Constitución, estas mismas leyes deben también ser de alguna forma constitucionales, puesto que son válidas. Pero esto significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado en la Constitución y las directivas de contenido establecidas en ella no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias, sino meramente facultativas.<sup>10</sup>

Lo anterior no significa que yo propugne o considere adecuado que la institución del control de la constitucionalidad tenga como efecto, tratándose de leyes, la derogación de las mismas, por ejemplo, la anulación de ellas con efectos generales. Lo que sí importa destacar es el hecho de que la anulación de la norma general, aun con efectos sólo en el caso concreto sobre el que verse la queja, es un sistema que convierte a las normas constitucionales en auténticas normas jurídicas, con plena fuerza obligatoria y que no se deja al arbitrio de las autoridades y de los órganos del Estado encargados de la producción de las normas que las mismas se hagan concordar con los buenos deseos contenidos en la Constitución.

Por otra parte, la institución del control de la constitucionalidad es una pieza indispensable y necesaria en el engranaje normativo de un Estado federal. Como hemos visto, la esencia de una Constitución de un Estado federal consiste en la división de competencias entre el orden subordinado de la Federación y el de los órdenes de los estados. Todo acto que se realice fuera de los límites competenciales, establecidos por la Constitución, de un órgano federal o local, puede constituir una violación de alguna norma constitucional. Carecería de sentido igualmente esta división de competencias, si los órganos federales o locales pudieran realizar actos que competen a otros órganos y dichos actos no pudieran ser anulados por un tribunal independiente que estableciera con objetividad y validez jurídica el o los límites de los ámbitos competenciales de la Federación y de los estados.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 150-151.