

# EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *El orden jurídico*. 3. *La función constitucional*. 4. *El concepto de constitución*. 5. *Consideraciones críticas*. 6. *Breve nota sobre la individuación*. 7. *La constitución escrita*. A. *La función de la 'constitución' escrita*. B. *La 'constitución' escrita y la constitución*.

## 1. *Introducción*

En este trabajo me propongo explicar el concepto de constitución (de la constitución de un orden jurídico). Normalmente los juristas dedicados al estudio del derecho constitucional comienzan su explicación de la constitución con la búsqueda de una definición persuasiva o un concepto *ad hoc* de constitución o de derecho constitucional.<sup>1</sup> Una vez satisfecho, con mayor o menor éxito este cometido, consideran que han dado cuenta, aunque sea en parte, de estos fenómenos. Esto, a mi juicio, constituye un error. Una correcta explicación de la constitución (y de derecho constitucional) presupone un claro entendimiento de los conceptos jurídicos de los cuales el concepto de constitución es dependiente. Tres son, fundamentalmente, los conceptos que presupone la noción de constitución: 1) el concepto de orden jurídico; 2) el concepto de norma jurídica; 3) el concepto de facultad jurídica.

Cualquier intento por penetrar la "naturaleza" de la constitución sin un adecuado conocimiento de estos conceptos no puede ser exitoso. Aún más, considero que una noción correcta de la constitución (o de derecho constitucional) depende conceptualmente de una apropiada teoría del orden jurídico, así como de una apropiada teoría de las normas jurídicas.

## 2. *El orden jurídico*

Los órdenes jurídicos deben ser considerados, como intrincadas ur-

<sup>1</sup> Este artículo es parte de un trabajo más amplio: *Vid.* TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. ...

dimbres de actos y materiales jurídicos interrelacionados en los que se realizan diversas funciones de entre las cuales la función constitucional, es una de tantas. ¿Cuáles son los problemas que una teoría del orden jurídico se propone solucionar y en cuáles es relevante el concepto de constitución?

Una teoría completa del sistema jurídico se compone de las soluciones a los siguientes problemas:<sup>2</sup>

1) *El problema de existencia.* ¿Cuáles son los criterios que nos permiten determinar la existencia de un orden jurídico? Los juristas distinguen entre órdenes jurídicos existentes y aquellos que han dejado de existir (e. g. el derecho visigodo). Los juristas dicen, por ejemplo, que el orden jurídico francés existe en Francia, no en Dinamarca; igualmente dicen que el orden jurídico mexicano de nuestros días es diferente del que existió en México durante la Colonia. Uno de los objetos de una teoría del orden jurídico, es precisamente, proporcionar los criterios que nos permiten determinar la verdad o falsedad de tales enunciados.

2) *El problema de identidad* (el cual incluye el problema de la membresía). ¿Cuáles son los criterios que nos permiten determinar qué entidades forman un orden jurídico. Una vez determinado qué entidades forman un orden, habrá que resolver a qué orden jurídico pertenece una entidad dada. Estos constituirían los criterios de membresía de los cuales se deriva el criterio de identidad que resuelve la cuestión: "¿qué entidades forman un mismo sistema jurídico?"

3) *El problema de la estructura.* ¿Hay una estructura común a todos los sistemas jurídicos? ¿Existen patrones de relaciones entre las entidades de un mismo sistema que, de manera recurrente, se den en todo sistema jurídico?

4) *El problema de contenido.* ¿Hay algunas entidades que, de una u otra manera, ocurran en todos los sistemas jurídicos o en tipos de sistemas? ¿Hay algún contenido común para todo sistema jurídico?

Toda teoría del orden jurídico debe contener, *necesariamente*, una solución a los dos primeros problemas. Los criterios de existencia e

<sup>2</sup> Cfr., RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 1-2. Un amplio comentario sobre las ideas de Raz sobre el orden jurídico, puede verse en mi artículo: "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1981, año XIV, núm. 42, pp. 1147-1195. Sobre la teoría del derecho de Joseph Raz puede consultarse su libro: *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, (Oxford, Oxford University Press, 1979. Existe traducción mía: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982).

identidad son parte necesaria de cualquier adecuada definición de orden jurídico.<sup>3</sup> (El concepto de constitución, como se verá en el curso del trabajo, es relevante para resolver los cuatro problemas señalados.)

Para “penetrar la naturaleza del derecho” —el cual sólo se da en forma de órdenes jurídicos históricos— es necesario considerar las relaciones que sus componentes guardan entre sí.<sup>4</sup> Ahora bien, un claro entendimiento del concepto de orden jurídico es condición de una correcta explicación de cualesquiera de sus componentes.<sup>5</sup>

El análisis del orden jurídico es esencialmente el esclarecimiento de las relaciones entre las unidades que componen el sistema. De entre estas relaciones voy a ocuparme fundamentalmente de una: de la función constitucional.

### 3. La función constitucional<sup>6</sup>

Si se observa con atención el orden jurídico, uno se percató que,

<sup>3</sup> Cfr., RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*, op. cit., p. 2.

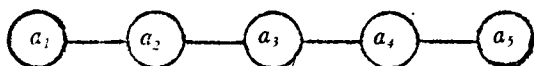
<sup>4</sup> “El derecho —dice Hans Kelsen— es un orden... Un “orden” es un sistema de normas. El derecho es... un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad que entendemos por sistema. Es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones que unifican las distintas normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el orden jurídico puede ser entendida, de manera completa, la naturaleza del derecho” (KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1961, p. 3; Cfr. *Id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. 3; *Id.*, *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Devitcke, 1960, p. 31; *Id.*, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983, p. 44.

<sup>5</sup> Para Jeremías Bentham un entendimiento completo (y una descripción completa) de una norma jurídica supone el entendimiento y descripción de todas las condiciones comunes a ella y a otras normas, *id est*, supone la descripción del sistema jurídico en su totalidad (cfr., HART, H. L. A., “Introduction” en *Bentham, Jeremy, Of Laws in General*, London, University of London, Athlone Press, 1970, p. XXXV). Esto es, un claro entendimiento de una norma jurídica presupone el entendimiento del “cuerpo completo del derecho”, del *pannomion* —para usar las propias palabras de Bentham—. Sobre el *pannomion* Bentham dice: “un cuerpo de normas jurídicas es una vasta y complicada pieza de mecanismo del cual ninguna de sus partes puede ser explicada sin el resto” (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, XVII, 24, n. b2) (J. H. Burns y H. L. A. Hart, p. 299).

<sup>6</sup> Cfr., TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed) *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 139-144; *Id.* *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976; *Id.*, “El derecho consuetudinario y la constitución” en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed), *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 155-189. En esta versión se observarán varias modificaciones.

contrariamente a lo que habitualmente se cree, la constitución no es una cosa sino una función. Esta función constitucional es esencial al orden jurídico puesto que es la que permite identificar los diferentes elementos que forman un orden jurídico. Los materiales jurídicos (leyes, testamentos, tratados, constitución, sentencias, etcétera), así como los actos que los crean y aplican, no son independientes los unos de los otros. Los materiales jurídicos se encuentran en tal forma relacionados que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que los crean se produzcan o efectúen en un cierto orden que va de los actos jurídicos condicionantes (*e. g.* actos legislativos), a los actos jurídicos condicionados (pronunciamiento de sentencias, ejecuciones, etcétera), conexión sin la cual no es posible la "creación *escalonada* del derecho".<sup>7</sup>

Puesto que todos los actos jurídicos se encuentran condicionados por los actos jurídicos que les preceden, entonces éstos pueden representarse como un condicionamiento *sucesivo* de actos jurídicos:



Donde los actos jurídicos  $a_1$  son condición de los actos  $a_2$ , éstos de  $a_3$ , etcétera. Es fácil percatarse de que el último elemento de la sucesión condicional de actos jurídicos, *id est*,  $a_5$ , no condiciona a ningún otro; de ahí que sea considerado como las consecuencias del condicionamiento. Por su parte,  $a_4$  será la condición inmediata de las consecuencias, mientras que  $a_1$  será la condición más mediata, condición que tiene la particularidad de no estar condicionada por ninguna otra.

Con la expresión 'orden jurídico' (*'Rechtsordnung'*, '*ordre juridique'*, '*legal system'*') los juristas indistintamente se refieren a un conjunto de materiales jurídicos (*e.g.* leyes, reglamentos, contratos, sentencias) o a un compuesto de actos jurídicos (actos legislativos, actos procesales, actos de ejecución) los cuales producen y aplican tales materiales. En virtud de que la función esencial de estos materiales es prescribir o normar actos o comportamientos humanos, de manera más bien dogmática, voy a denominar a tales materiales 'normas jurídicas' (instruc-

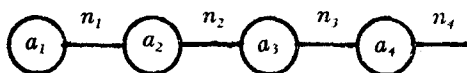
<sup>7</sup> Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.* p. 228; *Id*, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.* p. 232. En gran medida nuestra explicación es una reformulación de esta tesis de Kelsen. Sobre la tesis de la creación escalonada del orden jurídico. Véase: OHLINGER, Theo, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtsheoretische und ideologische Aspekte*, Viena, Manzsche Verlags, und Universitäts-buchhandlung, 1975.

<sup>8</sup> En el presente diagrama he introducido algunas alteraciones, Cfr., TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, *cit.* pp. 94 y 126; *Id*, "El derecho consuetudinario y la constitución", *op. cit.* p. 156.

ciones dirigidas a los individuos requiriendo que una acción sea hecha; instrucciones que definen y prescriben un curso de acción).

Haciendo abstracción de los actos, la dogmática jurídica considera al orden jurídico como un conjunto de normas *dadas*, enfatizando su imagen *estática* (imagen que produce la fijación legislativa). Sin embargo, es necesario insistir, el orden jurídico se forma de ambos componentes: el fáctico<sup>9</sup> (los actos de creación y aplicación del derecho)<sup>10</sup> y el normativo (las normas jurídicas que son creadas y aplicadas por tales actos). Ambos componentes (normas y actos jurídicos) se encuentran estrechamente relacionados.<sup>11</sup>

Lo anteriormente expuesto me obliga a introducir nuevos elementos en el diagrama:



Cada línea representa una norma que *faculta* o autoriza el acto que crea la norma que le sucede. De esta manera, tenemos que la norma  $n_1$  faculta o autoriza el acto  $a_2$  por medio del cual se crea la norma  $n_2$  que sucede. Los círculos siguen representando los actos creadores (y aplicadores) de normas jurídicas. (He eliminado del diagrama el último acto de ejecución —las consecuencias— en virtud de que no es indispensables para la explicación que sigue.) En lo sucesivo voy a llamar a éste diagrama 'cadena normativa'.

Del diagrama se desprende que los actos jurídicos que componen una cadena normativa, tienen que satisfacer las condiciones impuestas por los actos jurídicos que les preceden. Teniendo en cuenta lo anterior voy a introducir un concepto de validez que me ayudará a describir el funcionamiento de las cadenas normativas. (Validez en el sentido de validez sistemática:  $x$  es  $n$ , si, y sólo si  $x \in N$ , donde  $N = \{x : x = n\}$ ;

<sup>9</sup> Este rasgo es el responsable de la positividad del derecho. El derecho es una cuestión de hechos humanos. Sobre la positividad del derecho, véase: RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, op. cit. pp. 37-52; *Id*, *La autoridad del derecho*, op. cit. pp. 55-73.

<sup>10</sup> Ciertamente estos hechos no son cualquier tipo de evento; son hechos que crean normas jurídicas. Ahora bien, desde un punto de vista estático son hechos que constituyen el contenido de normas jurídicas.

<sup>11</sup> A Hans Kelsen corresponde el mérito de haber advertido que el derecho es un sistema normativo dinámico compuesto de actos por los cuales crea y aplica el derecho. Cfr., *Reine Rechtslehre*, op. cit. pp. 198-204; *Id*, *Teoría pura del derecho*, op. cit. pp. 203-208; *Id*, *General Theory of Law and State*, cit. pp. 112-113 y 113-114; *Id*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 132-133 y 133-134.

*id est*, algo vale como *n*, como norma si, y sólo si, pertenece a un sistema jurídico determinado.)

Los componentes de una cadena normativa *valen* como tales (tienen los efectos que pretenden tener, *id. est.*, valen como leyes, como contratos, etcétera) si satisfacen las "reglas de formación" del conjunto impuestas (sucesivamente) por los actos jurídicos que les preceden. Estas "reglas de formación" no son otras sino aquellas que se introducen por la norma que *faculta* la realización de ciertos actos. Una norma faculta, confiriendo un determinado poder (aptitud normativa) a alguien para que sus actos tengan los efectos previstos (los efectos normativos que dichos actos pretenden tener). Para que los actos de la *autoridad*, así investida, *valgan* como tales (como reglamentos, como leyes, etcétera) es necesario que exista la norma que faculta, y que el ejercicio de tales facultades se conforme a las condiciones establecidas por la norma que faculta.

De esta forma tenemos, volviendo a nuestro diagrama, que para que  $n_2$  sea una norma válida es necesario: 1) que  $n_1$  faculte a alguien a crear  $n_2$  y 2) que  $a_2$  se conforme a las condiciones de ejercicio impuestas por  $n_1$ . La ausencia de cualquiera de estas condiciones hace que ' $a_2$ ' y ' $n_2$ ' sean nulos. No son parte de la cadena normativa que comienza con  $a_1$ . (Como puede observarse, una norma *no deriva* de otra; el proceso de creación jurídico *no opera* por inferencia).

La norma que autoriza la creación de una norma subsecuente (e.g.  $n_1$ ) es una norma de las que H. L. A. Hart denomina: '*power conferring rule*', *id est*, una norma que confiere a un individuo la facultad o poder de crear normas jurídicas válidas.<sup>12</sup> La relación entre cada una de las etapas adquiere, así, el carácter de relación *genética*, por la cual se determinan las condiciones bajo las cuales y los individuos por los cuales se crean las normas subsecuentes. Es claro que el concepto fundamental de esta relación es el de facultad que explica la habilitación (*Ermächtigung*) de un poder o capacidad específicamente jurídico.<sup>13</sup>

Este diagrama es fundamentalmente similar a la representación de las cadenas de validez con las cuales Joseph Raz describe la teoría kelseniana del orden jurídico. Dice Raz que una cadena de validez, a las que denomino 'cadenas normativas', es el conjunto de todas aquellas "normas" tales que: 1) *cada una de ellas autoriza la creación de otra "norma" del conjunto*, excepto una que no autoriza la creación de

<sup>12</sup> Cfr., HART, H. L. A. *The Concept of Law*, op. cit. pp. 27-32; Cfr., *Id.*, *El concepto de derecho*, op. cit. pp. 35-42.

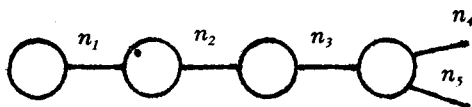
<sup>13</sup> ... *Auch ermächtigen, erlauben, derogieren sind Funktionen von Normen* (Kel-

ninguna otra, y 2) *la creación de cada una de ellas es autorizada por otra norma del conjunto*, a excepción de una norma cuya creación no es autorizada por ninguna norma de esta cadena de validez.<sup>14</sup> Raz representa las cadenas normativas en forma de arborescencias en las cuales se hace evidente como usa Kelsen la "cadena de validez" para resolver los problemas de la identidad y membresía de los órdenes jurídicos.<sup>15</sup> En virtud del poder explicativo de las cadenas de validez y de la similitud que guarda con mi propia tesis, haré mías algunas de sus afirmaciones sobre el comportamiento de las cadenas normativas.

El condicionamiento sucesivo de una cadena normativa, no se limita al hecho de que ciertas normas precedan a otras; las normas que preceden a otras, además, señalan *siempre* las características que han de acompañar a los actos que las aplican para que estos últimos puedan crear normas jurídicas válidas.

Las normas (y actos jurídicos) adquieren su sentido normativo (dentro de un orden jurídico determinado) mientras determinan los actos que las aplican y se conforman a las normas que los condicionan.

En el diagrama anterior he representado una sola cadena normativa considerada en forma aislada. Sin embargo, dos (o más) cadenas pueden compartir varias normas.<sup>16</sup>



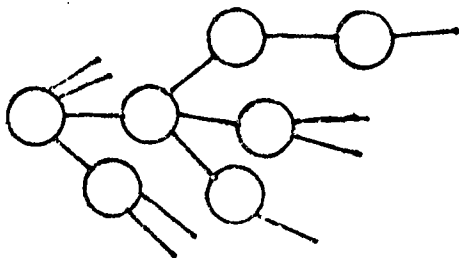
Por supuesto, las cadenas normativas pueden diferir en más de una norma:

sen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manzsche Verlags and Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 1; véase *Ibidid*, pp. 76 y ss.) "...Denn eine Norm kann nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und insbesondere ermächtigen (Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 5; véase: *Ibid*, pp. 150-154; cfr. *Teoría pura del derecho*, op. cit. p. 19; véase *Ibid*, pp. 157-161. Sobre el concepto de Ermächtigung en Kelsen, véase: *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 82-84. Sobre el concepto de facultad jurídica, véase el capítulo: 'Permisión, facultad jurídica y derecho subjetivo', en mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, op. cit.

<sup>14</sup> Cfr., RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, op. cit. p. 97.

<sup>15</sup> Kelsen no hace uso del concepto, cadena de validez pero, en realidad, se encuentra en su concepción de la creación escalonada del derecho.

<sup>16</sup> Cfr., RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, op. cit. p. 98.



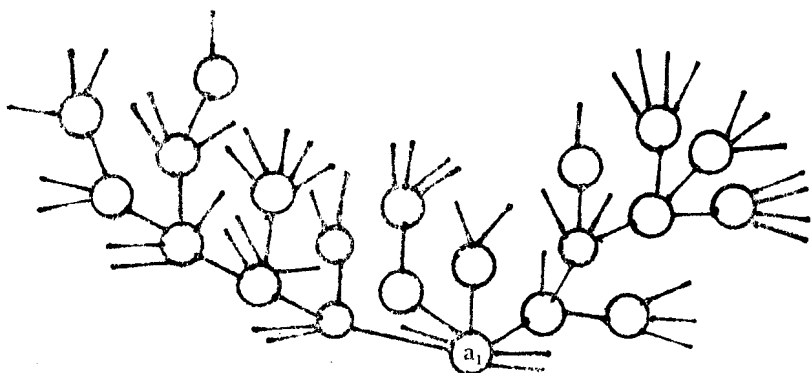
El carácter *común* de ciertas normas (en el sentido de que son compartidos por varias cadenas normativas) permite la construcción de órdenes jurídicos.

Formarán un mismo orden jurídico (parcial) aquellas normas que posean, al menos, una norma común. De acuerdo con lo anterior, se podría formular el criterio de identidad de un orden jurídico así: 1) hay, por lo menos una norma que es común a cualquier cadena normativa que pertenezca al mismo orden jurídico; 2) hay, cuando menos, una norma que es parte de todas las cadenas normativas de un mismo orden jurídico (parcial). Los actos jurídicos; al igual que las normas que crean, son comunes a varias cadenas normativas. Mientras más común es un acto, más cadenas normativas relaciona. Teniendo esto en mente, se puede dar una formulación alternativa 1) hay al menos un acto (de creación normativa) que es común a cualquier cadena normativa que pertenezca al mismo orden jurídico; 2) hay al menos un acto jurídico que es parte de todas las cadenas normativas de un mismo orden jurídico. Hasta aquí, el criterio no es sino una formulación alternativa del anterior. Sin embargo, esta última formulación permite completar el criterio de la siguiente manera: 3) en todo orden jurídico el acto jurídico que es común a todas las cadenas normativas del orden jurídico, es el acto *originario*, el acto fundante del sistema, o si se prefiere: el acto *constituyente* del orden jurídico.

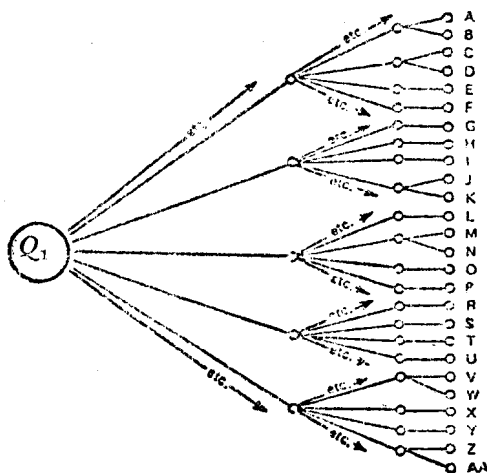
Voy a representar las cadenas normativas que forman un orden jurídico total (*id est*, un orden jurídico nacional) de la siguiente manera:<sup>17</sup>

<sup>17</sup> En trabajos anteriores las cadenas normativas de un orden jurídico total las representaba en forma de un haz de luz cuyo foco era el acto creador (acto-condición) más mediato a las consecuencias (*cf.*, "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica", *op. cit.* p. 142; *Sobre el sistema jurídico y su creación*, *op. cit.* p. 96; "El derecho consuetudinario y la constitución", *op. cit.* p. 158).





En este diagrama se puede observar que las últimas normas de las cadenas normativas se encuentran inmediatamente precedidas por los actos jurídicos que las crean. Dichos actos son actos jurídicos de crea-



He preferido la representación en forma de arborescencia, tal y como propone Joseph Raz (*cf.*, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.*, p. 99), porque esta representación muestra claramente la creación escalonada y la estructura jerárquica del derecho que constituían el principal objetivo del diagrama anterior (y del modelo piramidal que usan varios comentaristas de Kelsen). Por otro lado, la representación en forma de arborescencia evita algunas implicaciones erróneas que se seguían del anterior diagrama (y que se siguen, también, del modelo piramidal). En dichas representaciones parece que una norma no puede autorizar la creación de normas de diferente nivel (normas generales y normas individuales) o que una autoridad (un congreso o un parlamento) no pueda crear normas de diferente jerarquía. La

ción de normas en tanto se conforman a las normas que les preceden, las cuales *determinan* las características que éstos deben tener para ser considerados actos (y normas) válidos.<sup>18</sup> Una norma autoriza la creación de otra norma confiriendo facultades a ciertas instancias (órganos), las cuales, haciendo uso de estas facultades (*id est*, aplicando la norma o normas que los inviste), producen normas jurídicas válidas. La última norma de una cadena normativa (*e.g.*, una sentencia) es una norma válida del orden jurídico porque ha sido creada por un acto jurídico que ha satisfecho las "reglas de formación del sistema" (reglas de formación introducidas, en primera instancia, por el acto constituyente y, subsecuentemente, por los actos que progresivamente lo aplican). De esta suerte, puede decirse que la norma que consideramos (la sentencia) encuentra su *fuerza*,<sup>19</sup> su origen o, si se prefiere, su fundamento de validez, en el acto que la crea.

De lo expuesto anteriormente puedo concluir que todos los actos jurídicos realizan una función *constitutiva* o *constituyente* con respecto del material jurídico que les sucede. *Todos los actos creadores del derecho realizan la misma función constituyente*. En efecto, en todas las etapas del proceso escalonado de creación jurídica se presenta la misma relación condicional de determinación<sup>20</sup> entre un acto jurídico constituyente y el material jurídico constituido.

representación en forma de arborecencia disuelve esta impresión y evita la más indeseable de todas las implicaciones que se pueden seguir tanto de mi representación anterior como del modelo piramidal, a saber: que exista el mismo número de escalones en la pirámide de todo orden jurídico o que exista el mismo número de etapas en todas sus cadenas normativas (Cfr., RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *op. cit.* p. 99 nota 1).

<sup>18</sup> Sobre el alcance y forma en la que una norma puede *determinar* los actos jurídicos que le suceden, véase mi libro: *Sobre el sistema jurídico y su creación*, *op. cit.* pp. 85-91.

<sup>19</sup> Para los efectos de la presente explicación entiendo por 'fuente de una norma jurídica', aquellos actos en virtud de los cuales ésta es válida y su contenido identificado. (Cfr., RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, *op. cit.* pp. 47 y 48; *Id*, *La autoridad del derecho*, *op. cit.* p. 67). Si las fuentes del derecho, son los actos que permiten establecer el contenido y validez de las normas jurídicas, entonces, lo que es o no es derecho es una cuestión de hechos sociales (Cfr., RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, *op. cit.* p. 37; *Id*, *La autoridad del derecho*, *op. cit.* p. 55).

<sup>20</sup> "La relación entre una grada superior y una grada inferior del orden jurídico, por ejemplo, entre la constitución y la ley, o entre la ley y la sentencia judicial, es una relación de determinación o vinculación... En la relación entre la constitución y la ley predomina la regulación del procedimiento; sin embargo, hay también la determinación del contenido de algunas leyes futuras; la regulación constitucional de los derechos fundamentales y de libertad es un intento por determinar, al menos negativamente, el contenido de algunas leyes, prohibiéndoles ciertos contenidos (ataques a la libertad y la propiedad). En la relación entre la ley y la sentencia judicial

A este respecto es necesario insistir en que la relación que existe entre  $a_1$  y los actos que aplican las normas que establece es exactamente igual a la que ocurre en cualquier momento de la creación escalonada del derecho. Esta insistencia tiene como fin evitar todos los elementos emocionales que la dogmática constitucional incorpora al problema de la creación del derecho cuando se trata del primer acto de creación del orden jurídico (más allá del cual no es posible remontar): conocido como el acto *constituyente* del orden jurídico.

De lo anteriormente explicado se desprende que la función constituyente es más o menos relativa; pertenece a cualquier acto jurídico que funciona como la *fente* de normas jurídicas válidas. Empero, vamos a reservar este término para designar la función que realiza el primer acto creador del sistema  $a_1$ . Asimismo, denominaremos 'constitución' al conjunto de normas que son establecidas por el primer acto creador del sistema, normas que determinan las formas y procedimientos de creación del orden jurídico. Si la constitución son las normas establecidas por el acto constituyente del orden jurídico, entonces la constitución, al señalar las características que deben tener los actos que la aplican, contiene las primeras prescripciones de la creación progresiva o escalonada del orden jurídico (las primeras "reglas de formación" del sistema). De esta forma voy a caracterizar a la constitución como el conjunto de reglas que señalan los primeros procedimientos de creación del orden jurídico<sup>21</sup> (siempre que funcione como tal, es decir, siempre que se produzca el orden jurídico que ella *propone*).<sup>22</sup>

Volviendo al diagrama, permítaseme agregar que el acto creador del sistema es un poder o facultad de creación jurídica. Esto es, la arborescencia descansa en un poder (legislativo *fundamental*). Este poder (legislativo) *fundamental* sería el poder que crea la constitución. De esta manera, el criterio de identidad puede ser formulado así: *un orden jurídico (total) consiste en la primera constitución y en*

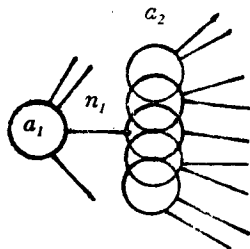
o el acto administrativo, hállanse equilibradas la regulación del procedimiento y la del contenido de la norma inferior, la norma inferior está determinada tanto por lo que afecta al procedimiento en la cual es creada, como respecto de su contenido (derecho material civil, penal y administrativo)". (KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 57-58; lo que se encuentra en cursiva es nuestro). Cfr., Kelsen. *Reine Rechtslehre*, pp. 346-347; *Id.*, *Teoría pura del derecho*, op. cit. pp. 349-350.

<sup>21</sup> Esta noción corresponde, en gran medida, a la de "constitución en sentido material" de Kelsen (Cfr., *General Theory of Law and State*, op. cit., pp. 124-125; *Id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit. pp. 147-148; *Id.*, *Reine Rechtslehre*, op. cit. pp. 228-239; *Id.*, *Teoría pura del derecho*, op. cit. pp. 232-235.

<sup>22</sup> Más adelante volveré sobre esta última cuestión.

todas las normas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las facultades conferidas por la constitución.<sup>23</sup>

Un último comentario sobre este tema. Las facultades conferidas por una norma jurídica para crear normas jurídicas subsecuentes pueden ser ejercidas repetidas veces. La autoridad investida con facultades de este tipo puede hacer uso de ellas todas las veces que así lo considere. De esta manera, la autoridad referida podrá crear varias normas en diferentes momentos. Esta circunstancia no puede apreciarse en los diagramas anteriores toda vez que ellos representan el orden jurídico en uno solo de sus momentos y no en su *devenir constante*.<sup>24</sup> Supongamos que la norma  $n_1$  confiere a una determinada autoridad la facultad de crear normas jurídicas cada vez que realice (una instancia del acto)  $a_2$ . La autoridad referida puede crear tantas normas como tantas veces haga uso de sus facultades (tantas veces como realice  $a_2$ ).



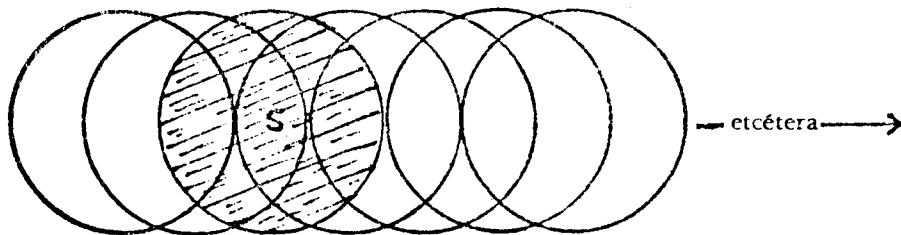
<sup>23</sup> Cfr., RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, op. cit. p. 101.

<sup>24</sup> En trabajos anteriores he sostenido que la creación jurídica no se produce necesariamente en un momento fijo o en intermitencias regulares. Por el contrario, la creación o innovación jurídica —con todos los cambios y alteraciones que implica— se produce en forma constante. Es justamente el carácter constante de la creación jurídica lo que me condujo a pensar en una *variación jurídica continua*. Ahora bien, si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas. (Cfr. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit. p. 134; *Id, L'État, sujet des transformations juridiques*, Paris, Faculté de Droit et Sciences Economiques, Université de Paris, 1970, pp. 229-233). Por todo ello, consideré que los órdenes jurídicos no podían encontrarse ni acabados ni en reposo. Por el contrario, están en movimiento continuo; cambian constantemente de entidades y, por tanto, de criterios de identidad. El orden jurídico no es sino una sucesión de órdenes jurídicos momentáneos, un proceso constante de creación normativa. El orden jurídico no es, pues, más que el conjunto de procedimientos jurídicos de creación. Ahora bien, si los actos jurídicos constituyen un proceso continuo de creación y si toda creación —como he señalado— es una modificación, a consecuencia de la modificación que implica, entonces, los actos jurídicos constituyen un

Aquí se consideran simplemente algunos momentos del orden jurídico en donde se presupone que  $a_1$  ha ocurrido sólo una vez; donde las normas creadas por  $a_1$  se mantienen constantes y se ignora la actividad ulterior del orden jurídico (así como la creación paralela de todas las otras cadenas normativas posibles).

Es pues oportuno introducir una distinción entre orden jurídico momentáneo y orden jurídico propiamente dicho.<sup>25</sup> El orden jurídico momentáneo es un subsistema del orden jurídico. Para cada orden jurídico momentáneo existe un orden jurídico que contiene todas las disposiciones jurídicas del orden jurídico momentáneo.

Esta importante distinción puede apreciarse fácilmente en el siguiente diagrama en donde la sucesión de círculos entrelazados representa el orden jurídico *stricto sensu* y cada uno de los círculos los órdenes jurídicos momentáneos:



La duración o, si se quiere, la continuidad del orden jurídico reside en explicar el paso de un orden jurídico momentáneo a otro, en un mismo orden jurídico.<sup>26</sup>

flujo constante de variaciones jurídicas —substituyéndose continuamente los órdenes jurídicos momentáneos—. (TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit. p. 134; *Id.*, *L'État, sujet des transformations juridiques*, op. cit. pp. 229-233. Véase mi artículo "Algunos problemas generales sobre la creación normativa", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, año I, núm. 1, pp. 197-298.

<sup>25</sup> Aunque en los trabajos que acabo de citar, consideré esta distinción, voy a hacer algunos comentarios sobre el particular, introduciendo algunos elementos de Joseph Raz, (Cfr., *The Concept of a Legal System*, op. cit. pp. 34-35).

<sup>26</sup> Con respecto a esta distinción J. Raz, sostiene que toda teoría del sistema jurídico tiene que satisfacer el siguiente requisito:

Es lógicamente imposible para un orden jurídico contener un orden jurídico momentáneo vacío, esto es, no existe un momento en el cual un orden jurídico exista y que no contenga normas jurídicas válidas en ese momento.

Cfr., *The Concept of a Legal System*, op. cit. p. 35.

#### 4. Concepto de constitución

De acuerdo con lo anterior y para los efectos de este trabajo entiendo por 'constitución de un orden jurídico', el conjunto de normas que confieren facultades establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico. Esta definición puede incluir todos los tipos de constitución que existen y que es posible que existan.

De este concepto de constitución se infiere que todo orden jurídico tiene forzosamente una constitución, puesto que si un orden jurídico existe, posee, necesariamente, un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico; normas que determinan —como dicen los juristas ingleses— *the manner and form rules, id est*, las formas y procedimientos de la creación del derecho. Por tanto, todo orden jurídico, del tipo que sea, con el régimen político que abrigue, de la ideología que sustente, tendrá siempre, necesariamente, una constitución. Las normas que la forman pueden constar por escrito, surgir por prácticas sociales o ser una combinación de estos procedimientos.

Detrás de este concepto de constitución (constitución, del orden jurídico) se encuentra la noción de facultad; noción sin la cual el concepto de constitución sería incomprensible. Las normas que forman la constitución del orden jurídico (constitución, propiamente hablando, en el sentido material que he adelantado) son, esencialmente, normas que confieren facultades cuya función normativa consiste en otorgar poderes, investir o habilitar (*ermächtigen*) a ciertos individuos para que realicen actos jurídicos válidos (como la creación de normas jurídicas). Normalmente estas facultades son acompañadas con las condiciones que deben revestir los actos que las aplican, así como con las características y alcances que habrán de tener las normas que surjan del ejercicio de estas facultades. Como quiere que sea, el rasgo esencial de estas normas es conferir facultades.<sup>27</sup> Esta idea podría

<sup>27</sup> Ciertamente, el constituyente podría establecer una disposición que pudiera ser formulada de manera diferente; por ejemplo el primer acto constituyente podría establecer: "en el orden jurídico  $x$  no habrá esclavitud". Esta formulación, parece, tiene la forma canónica de un mandato o de una prohibición, donde difícilmente se puede apreciar un otorgamiento de facultades. Sin embargo, esta disposición, tal y como se encuentra, indica sólo *el límite* de las facultades de aquellos que pueden legislar. Este acto no es, *stricto sensu* una prohibición (no establece ningún hecho ilícito), simplemente no serán actos jurídicos válidos aquellos que pretendan establecer la esclavitud; serán actos nulos, como lo son todos los actos que se realicen *ultra vires, id est*, sobrepasando los límites de las facultades conferidas. La disposición... no habrá esclavitud, tiene sólo sentido en relación con las normas que confieren facultades.

formularla así: no existe una norma constitucional (en sentido material) que no sea una norma que confiere facultades (o que no sea parte de las condiciones de este facultamiento) ¿Existe otra forma de establecer competencias?

Concluiré este apartado señalando que la constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades) establecidas por el acto constituyente del orden jurídico. Aquello que exceda esta caracterización; *id est*, que no sean normas que establezcan los primeros procedimientos de creación de un orden jurídico histórico, son prédicas sociales, idearios políticos, palabras de un texto, etcétera, pero no una constitución de un orden jurídico.

### 5. Consideraciones críticas

No obstante que en el proceso de creación del derecho todas las etapas de las cadenas normativas funcionan exactamente igual (como una relación de habilitación o facultamiento entre un material jurídico condicionante —constituyente— y un material jurídico condicionado —constituido)—, la dogmática constitucional considera que el acto jurídico constituyente o la constitución, en su caso, son sustancialmente diferentes a los otros actos o normas componentes del orden jurídico en razón de la *especialidad* (!) de la norma constitucional. ¿De qué manera es diferente la constitución de las demás normas que otorgan facultades? La constitución, al igual que cualquier otra norma que confiere facultades (y determina las condiciones y efectos del ejercicio de estas facultades), señala las condiciones bajo las cuales se crean actos jurídicos válidos. Desde este punto de vista, la constitución no es nada diferente de las demás normas que confieren facultades. Si se piensa que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos condicionantes por ser el primer facultamiento, entonces habría que reconocer que sería tan diferente como lo es el segundo del tercero, el tercero del cuarto, etcétera.<sup>28</sup> La constitución es esencialmente, una función de facultamiento que puede realizar cualquier norma que otorga facultades en relación con los actos jurídicos que la aplican. Cualquier acto jurídico creador puede ser el primer acto condicionante de un orden jurídico; todo depende de la dimensión de la experiencia jurídica que se considere. Así, por ejemplo, una ley

<sup>28</sup> Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit. pp. 128-129; *Id.*, "El derecho consuetudinario y la constitución", op. cit. p. 160 nota 10.

puede ser considerada como la constitución de un orden jurídico parcial (*v. gr.*: la ley que determina la organización de una colonia, si se considera sólo la colonia; la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, si sólo se considera dicha entidad de nuestro Estado federal; lo mismo que un contrato de sociedad si únicamente se toma en cuenta el orden jurídico parcial que el contrato constituye, etcétera). La circunstancia de aparecer como primer acto del orden jurídico (total o parcial) no es inmanente a cierto acto jurídico.

La dogmática constitucional considera que la constitución es diferente de las demás normas en razón de su *contenido*. En efecto, se sostiene que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos en razón de que el contenido dice cosas diferentes.<sup>29</sup> Ciertamente, en razón de su contenido, la constitución es diferente, tan diferente como lo es un contrato de hipoteca de un matrimonio; actos jurídicos cuyo contenido es diferente, dicen cosas diferentes. Sobre este particular debo señalar que el contenido constitucional no es constitucional por denominarse así, sino porque funciona como tal, es el punto de partida de un orden jurídico positivo. El contenido de una constitución bien puede ser contenido de una ley. Pensemos, por ejemplo, en una ley que organiza a una colonia, la cual, al obtener su independencia, "convierte" esa ley en constitución. El contenido fue primero "legislativo" y luego "constitucional". El contenido no es, pues, intrínsecamente constitucional.

Frecuentemente se sostiene<sup>30</sup> que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos en virtud de que la constitución es elaborada por el constituyente, en cambio la ley es hecha por el legislador, etcétera. Esto es, ciertamente indiscutible; tan indiscutible como el hecho de que los contratos son realizados por los contratantes, las leyes por el legislador, las sentencias por el juez, etcétera. En relación con esto, es importante subrayar que el predicado 'constituyente' no es algo anterior al orden jurídico, no es algo jurídico *en sí*, y, por tanto, "jurídicamente superior". Ciertos actos, reciben el significado de 'constituyente' (así como otros el de 'legislativos', 'notariales', 'judiciales', etcétera) si, y sólo si, dichos comportamientos funcionan como primer acto condicionante de un orden jurídico histórico. No existe, un constituyente en sí, que posea cualidades jurídicas con anterioridad y con

<sup>29</sup> Cfr., CARPIZO, Jorge, "La interpretación constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, septiembre-diciembre 1971, año IV, núm. 12, pp. 584 y ss.

<sup>30</sup> En este sentido CARPIZO, Jorge, "La interpretación constitucional", *op. cit.* p. 384 y ss.



independencia de la constitución. Antes de una función constitucional no existe nada que pueda ser considerado como constituyente.<sup>31</sup>

En los párrafos anteriores puede apreciarse que gran parte de la confusión que envuelve a la dogmática constitucional se debe a que los autores atribuyen a la constitución del orden jurídico características que, se piensa, corresponden (o se quiere que correspondan) al documento constitucional, *id est*, a la 'constitución escrita'.<sup>32</sup> Así, por ejemplo, se ha insistido en que la constitución es diferente en virtud de poseer un procedimiento dificultado de reformas (es claro que en este caso la dogmática constitucional tiene en mente un concepto formal de constitución). Pero, aun en este caso y asumiendo por *hipótesis* que la 'constitución escrita' contuviera la constitución del orden jurídico, la diferencia apuntada haría que la constitución fuera tan distinta, como lo es la transmisión de dominio de las acciones nominativas, las cuales, a diferencia de otros títulos, tienen un procedimiento dificultado de transmisión.<sup>33</sup>

#### 6. Breve nota sobre la individuación

Es importante observar que cuando hablo de las normas que componen las cadenas normativas, no me refiero a una disposición (artículo, párrafo o sección) de un texto jurídico (documento constitucional, código o reglamento), me refiero a aquel material normativo *que sin exceso ni deficiencia* confiere facultades jurídicas a ciertos individuos, señalando las formas de su ejercicio, así como sus efectos normativos.<sup>34</sup> Hago esta aclaración porque algunas teorías del derecho

<sup>31</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit. p. 130; *Id.*, "El derecho consuetudinario y la constitución", op. cit. pp.

<sup>32</sup> *Cfr.*, *infra*: La 'constitución escrita'.

<sup>33</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit. pp. 130-131; *Id.*, "El derecho consuetudinario y la constitución", op. cit. pp. 160-161.

<sup>34</sup> Ciertamente aquí me refiero a un tipo de norma, aquel al que Kelsen llama: *Unselbständige Rechtsnormen* ('normas no-independientes') que realizan una función de facultamiento (*Ermächtigung*): *Auch Rechtsnormen, die zu einem bestimmten Verhalten ermächtigen sind unselbständige Normen, sofern man unter "ermächtigen" versteht: einem Individuum eine Rechtsmacht verleihen, das ist die Macht verleihen, Rechtsnormen zu erzeugen.* (*Cfr. Reine Rechtslehre*, op. cit. p. 57; véase *Ibid.*, pp. 57-58; *Id.*, *Teoría pura del derecho*, op. cit. p. 68; véase: *Ibid.*, pp. 69-70; *cfr.*, *supra* nota 14) o a las que H. L. A. Hart denomina *power conferring rules*, (*cfr.*, *supra* nota 13) las cuales señalan las condiciones por medio de las cuales se crearon otras normas del orden jurídico. Sobre el concepto de facultades, véase el capítulo "Permisión, facultad y derecho subjetivo", en mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, cit.

y, en general, el discurso jurídico, pueden producir la equívoca impresión de que el establecimiento de las normas jurídicas es similar a la creación de disposiciones legislativas, reglamentarias contractuales. Es claro que la creación de normas difiere, de manera fundamental, de la creación de disposiciones (artículos, cláusulas) de leyes, reglamentos, etcétera. Toda vez que una norma no es, ni necesariamente se encuentra contenida en un artículo, sección o cláusula de un texto.

Kelsen claramente ha señalado que los diferentes elementos de una norma pueden estar contenidos en diferentes productos de los diversos procedimientos de creación (*id est*, en diferentes leyes, varios reglamentos, práctica judicial, etcétera).<sup>35</sup> La cuestión es saber qué cantidad de material jurídico (legislado o no) contiene, ni más, ni menos, una norma jurídica completa.) Este es el problema de la individuación de las normas jurídicas.<sup>36</sup> La idea de que una norma jurídica no es idéntica a una disposición legislativa, la idea de que muchas leyes, de diferentes ramas del derecho, contribuyen al contenido de cada norma jurídica, fue una de las contribuciones más importantes hechas por Jeremías Bentham a la filosofía jurídica.<sup>37</sup>

No es nada sorprendente que la división jurisprudencial (teórica) del derecho, en normas jurídicas, difiera de la división ordinaria del orden jurídico en códigos, leyes, artículos, etcétera. Esta idea que, *prima facie*, parece extraña, es muy común. Puede confirmarse cuando los abogados, y el público en general, al estudiar el derecho sobre una cuestión, prefieren consultar libros (e.g. el *Juicio de amparo* de Fix-Zamudio, el *Derecho civil* de Rojina Villegas, etcétera), los cuales ordenan el derecho, conjuntando todo el material jurídico sobre el problema, con independencia de la autoridad que lo haya establecido (el Congreso, el Ejecutivo), y el procedimiento utilizado (legislación, costumbre).<sup>38</sup>

<sup>35</sup> La tesis de Kelsen es bastante clara particularmente cuando explica su concepto de norma jurídica no-dependiente. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, op. cit., pp. 57-58; *Id. Teoría pura del derecho*, op. cit. pp. 68-70.

<sup>36</sup> Por 'individuación de normas jurídicas' se entiende el establecimiento de los criterios que nos permiten una clara identificación (y determinación) de las normas jurídicas, *id. est.*, de las unidades que componen un sistema jurídico. Cfr. RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, op. cit. pp. 70-92.

<sup>37</sup> Corresponde al genio de Jeremías Bentham el haber sido el primero en plantear el problema de la individuación. La individuación de una norma —señala Bentham— resulta de su "integridad" (completitud) y de su unidad, consideradas conjuntamente; expresamente dice:

[individuuar] una norma es determinar qué porción del material legislativo [en

## 7. La 'constitución'<sup>39</sup> escrita

### A. La función de la 'constitución' escrita

Por la historia constitucional y el constitucionalismo del siglo XVIII, sabemos cuáles fueron las razones que dieron origen a la 'constitución' escrita.

Así como los contratos de cierta importancia suelen otorgarse en escritura pública y solemne, del mismo modo se pensó en la conveniencia de extender el pacto constitucional en documento público, con la firma de los legisladores como partes contratantes. Hasta hoy ha quedado la idea de la necesidad de un acta constitucional.<sup>40</sup>

La aureola de solemnidad que envuelve a la 'constitución' escrita no tiene otro objetivo (consciente o inconsciente) que garantizar una mayor efectividad en su aceptación. En efecto, el documento llamado 'constitución', con todos los elementos que lo componen, tales como preámbulos, exposiciones de motivos, declaraciones ideológicas, etcéte-

un sentido amplio] tiene que equivaler [a una norma completa]... [y] no contener, por un lado más ni, por otro, menos que una norma completa.

(Of *Laws in General*, op. cit. p. 156. Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro. Cfr., TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVI, núm. 50, pp. 553-570, véase especialmente, pp. 569-570.

<sup>38</sup> La cuestión principal es saber cuáles son los principios que se encuentran detrás de cualquier división doctrinal (teórica) del derecho. Los juristas tienen que decidir los principios de individuación de las normas jurídicas. Únicamente mediante el uso de estos principios es posible representar el material jurídico en forma diferente a su forma original.

Kelsen claramente establece sus principios de individuación cuando señala: "Es tarea de la ciencia jurídica representar el derecho... *id. est.*, el material producido por la autoridad jurídica mediante el procedimiento de creación del derecho en forma de enunciados en el sentido de 'si tales o cuales condiciones son producidas, entonces tal o cual sanción debe seguir'. Todo el material jurídico que funcione como condición de un acto de coacción (imputado a la comunidad) será considerado como el supuesto o parte hipotética de una norma, el acto de coacción: su consecuencia. No importa si tales materiales se encuentran dispersos en diferentes instrumentos jurídicos" (constitución, códigos, legislaciones especiales, decisiones judiciales, etcétera). Cfr., *General Theory of Law and State*, op. cit. p. 45; *Id.*, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit. p. 63.

<sup>39</sup> Toda vez que la constitución escrita no es, necesariamente la constitución de un orden jurídico, la escribiremos entrecomillada tal y como se menciona a los nombres. Cfr., mi artículo "El derecho consuetudinario y la constitución", op. cit. p. 162.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1959.

ra, sirven sólo para dar a la constitución que contiene (si es que contiene la constitución o parte de ella) una mayor dignidad que asegure, a la vez, un mayor grado de eficacia.<sup>41</sup> Es indudable que el establecimiento de la 'constitución' permitía que la voluntad del 'constituyente'<sup>42</sup> constara fehacientemente (con lo cual se pretendía incrementar la seguridad jurídica de los gobernados). Sin embargo, esto no agotaba la función de la 'constitución' escrita. En efecto, la 'constitución' escrita tenía por objeto, además, asegurar la permanencia y la regularidad de las funciones orgánicas (corolario del 'estado de derecho'). Para la consecución de dicho objetivo la 'constitución' escrita establece una *supralegalidad constitucional*, protegida por su dificultad de reforma *vis á vis* la demás legislación (desde entonces: 'legislación ordinaria')<sup>43</sup> y por los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración, particularmente por vía jurisdiccional. (Adviértase que estas notas de *supremacía* pertenecen a la 'constitución' escrita y sólo benefician a la constitución en tanto ésta esté contenida en el documento constitucional.)

### B. La constitución escrita y la constitución

La existencia de la 'constitución' escrita conduce necesariamente a la

<sup>41</sup> Cfr., Hans Kelsen, *General theory of Law and State*, *op. cit.*, pp. 260-261; *Id. Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*, pp. 308-309.

<sup>42</sup> En virtud de que el autor de la 'constitución' escrita no es necesariamente el constituyente, *op. cit. escribiremos su nombre 'entrecomillado'*.

<sup>43</sup> Lo que se busca con la legislación 'constitucional' es que ciertas normas que no son constitucionales en sentido material, sean protegidas, por el sistema dificultado de reforma, asegurándoles una relativa permanencia. Si un cierto grupo llega al poder deseará introducir reformas que favorezcan la consecución de su ideario político. Como nada les asegura que en las próximas elecciones (*if any*) salgan de nuevo victoriosos, sus reformas podrían ser efímeras si las establecieran en la legislación ordinaria; ésta sería abrogada o modificada al momento de perder una mayoría parlamentaria o al cambiar el liderazgo gubernamental. Por ello, se preocuparán por establecer disposiciones 'constitucionales' de más difícil reforma; así por ejemplo, el Congreso Constituyente de 1916-1917 creó normas 'constitucionales' que regulan relaciones de trabajo. Este tipo de normas, sin embargo, puede constar en una legislación ordinaria, como sucede en muchos países. En el seno de ese congreso constituyente algunos diputados opinaban que se dejara a las leyes ordinarias reglamentar la cuestión de trabajo. Ante esa posibilidad, el diputado Manjarrez sostuvo: "...yo no opino que cuando fijen las leyes reglamentarias sea cuando se establezca tal o cual cosa en beneficio de los obreros, no, señores. ¿Quién nos garantiza que el nuevo congreso habrá de estar integrado por revolucionarios?... ¿Quién nos garantiza, digo, que ese congreso general ha de expedir y ha de obrar de acuerdo con nuestras ideas? (*Diario de debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*), México, 1960. p. 980.

siguiente pregunta: ¿es la 'constitución' escrita una constitución, en el sentido en que la he descrito anteriormente? A este respecto no cabe sino la siguiente respuesta: la 'constitución' escrita será constitución si, y sólo si, las disposiciones que la forman (excluyendo las declaraciones irrelevantes y las demás disposiciones formalmente constitucionales) contienen las normas (*power conferring rules*) que establecen los primeros procedimientos de creación del orden jurídico nacional, *id est*, que introducen las "reglas de formación" del orden jurídico. Cierta texto será la constitución de un orden jurídico estatal si en él se encuentran contenidas, efectivamente, las normas que autorizan la creación de todas las demás normas de un orden jurídico nacional.

¿Qué relación puede darse entre la 'constitución' escrita y la constitución del orden jurídico. A esta pregunta es posible dar las siguientes respuestas: 1) la constitución se encuentra contenida, entre otras cosas, en el documento constitucional, *id est*, en la 'constitución' escrita. En este caso la 'constitución' escrita expresa la constitución del orden jurídico nacional; 2) La 'constitución' escrita no contiene todas las normas que funcionan como la constitución de un orden jurídico nacional. En este segundo caso, la 'constitución' escrita es constitución sólo en parte; 3) La 'constitución' escrita no contiene ninguna norma que funcione como la constitución del orden jurídico nacional. En este último caso, la 'constitución' escrita es un simple texto llamado 'constitución', no forma parte de la experiencia jurídica. Para los efectos de la función constitucional, este último caso puede ser equiparado con aquella situación en que no existía 'constitución' escrita (por ejemplo antes de 1776).

De acuerdo con las anteriores explicaciones surge inmediatamente el siguiente problema: si todo orden jurídico tiene necesariamente una constitución (conjunto de normas jurídicas producto del acto constituyente del orden jurídico) ¿cómo puede determinarse, como en el caso de las dos últimas hipótesis, cuál es la constitución del orden jurídico en ausencia de textos que la consignent? Si, la constitución, en dichos casos, no es producto del proceso legislativo constitucional ¿no sería acaso razonable pensar en que dichas normas constitucionales surgen a través del procedimiento consuetudinario? Este problema es objeto de otro trabajo.