

**ESQUEMA CONCEPTUAL  
DESCRIPTIVO  
DEL ESTADO FEDERAL  
Y DEL JUICIO DE AMPARO**

**ULISES SCHMILL ORDOÑEZ**

## ESQUEMA CONCEPTUAL DESCRIPTIVO DEL ESTADO FEDERAL Y DEL JUICIO DE AMPARO

ULISES SCHMILL ORDOÑEZ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Supuestos teóricos de la teoría del Estado Federal. 3. Teoría de la identidad del derecho y el Estado. 4. Los conceptos de la centralización y la descentralización. 5. El control de la constitucionalidad: A) El criterio del control de la regularidad constitucional. B) El objeto del control de la regularidad constitucional. C) Los sujetos del control de la regularidad constitucional. D) El resultado del control de la regularidad constitucional. E) El procedimiento del control de la regularidad constitucional. 6. Consideraciones finales.

### 1. INTRODUCCION

Este ensayo tiene por objeto exponer los conceptos fundamentales de una teoría del Estado federal y del Juicio de amparo. Esto supone presentar un esquema conceptual lo suficientemente elaborado como para hacer posible su aplicación en la descripción sistemática de una parte específica de un orden jurídico en particular, esto es, el derecho mexicano. La teoría del Estado federal que será expuesta es la de Hans Kelsen, tal como aparece en su obra *Teoría General del Estado*, publicada originariamente en Alemán en el año de 1925. El fundamento de esta teoría está constituido por los conceptos de la centralización y la descentralización. El Estado federal es concebido como una modalidad específica, más o menos típica, de un orden jurídico relativamente descentralizado. Esta afirmación requiere de una explicitación y un desarrollo pormenorizados, lo que se hará en este ensayo. Para el cabal entendimiento de dicha teoría del Estado federal es necesario hacer la exposición de los supuestos metódicos que la orientan y condicionan pues sólo con base en ellos es posible hacer una aplicación exitosa de ella a un orden jurídico positivo. Transitaremos de una teoría general sobre un fenómeno jurídico a su aplicación específica a un derecho positivo históricamente dado. La explicitación de los supuestos metódicos de la teoría es necesario realizarla pues lo que se intentará es la construcción de una teoría jurídica, es decir, normativa del Estado federal. Cabe aquí señalar que, como teoría, su finalidad es puramente conceptual y explicativa. Si se la califica de 'normativa' no es con la intención de implicar la existencia de elementos normativos, es decir, que ésta haya sido construida con la intención de dar directrices sobre la manera como debe estructurarse un Estado o simplemente

con el objeto de hacer algunas consideraciones críticas o valorativas favorables al Estado concreto que estuviera bajo la consideración calificada de teórica, con lo cual la teoría sería desnaturalizada, transformándose en un discurso deprecatorio o legitimador. La calificación de 'normativa' respecto a la teoría hace referencia a su objeto de explicación, a la materia que intenta explicar y describir y no a la calidad de la descripción o explicación. La teoría es normativa en el sentido de que tiene por objeto de explicación una determinada organización o estructura de un orden normativo, el constitutivo del Estado federal.

## 2. SUPUESTOS TEORICOS DE LA TEORIA DEL ESTADO FEDERAL

El Estado federal es un tipo posible de Estado, es una modalidad que puede asumir una organización estatal. Por ello, es importante explicitar, aunque sea de manera breve y esquemática, el concepto general del Estado que utilizaremos en este trabajo.

La teoría del Estado ha estado escindida por un dualismo metódico; una especie de grieta la recorre. Por un lado, se encuentran las consideraciones de orientación causal sobre el Estado y, por el otro, las de orientación normativa o jurídica. Se ha intentado construir a la teoría del Estado como una disciplina autónoma y unitaria teniendo como base la dualidad metódica constituida por los conceptos de la causalidad y de la normatividad. El ejemplo más conspicuo, clásico podríamos llamarlo, de esta dualidad es la teoría de Georg Jellinek, quien propone la construcción de una teoría general del Estado dividida en dos partes: la doctrina social o sociológica del Estado y la doctrina jurídica del Estado. Aún cuando una exposición detallada de esta doctrina está fuera de lugar en este trabajo, sí es relevante señalar que existe esta teoría dualista del Estado, dualista en sentido metódico, la cual, en gran medida, contiene ciertas consideraciones que tienen un fundamento real y designan fenómenos que deben ser tomados en cuenta. Estos hechos reales, a los que explícitamente se refieren, aparecen con toda claridad en la concepción que del derecho y del Estado tiene el gran sociólogo y jurista alemán Max Weber, cuya teoría será expuesta brevemente con el objeto de hacer intuitivamente plausible las afirmaciones que sustentan la teoría del Estado federal que se presentará en este ensayo.

En su intento por definir la política, Weber se ve en la necesidad de presentar un concepto del Estado, desde el punto de vista peculiar y característico de la ciencia sociológica. En relación con el Estado Moderno, dice Weber que "Dicho Estado sólo es definible sociológicamente por referencia a un *medio* específico que él, como toda asociación política, posee: la violencia física. 'Todo Estado está fundado en la violencia', dijo Trotsky en Brest-Litowsk. Objetivamente esto es cierto. Si solamente existieran configuraciones sociales que ignorasen el medio de la violencia *habría* desaparecido el concepto de "Estado" y se habría instaurado lo que, en este sentido específico, llamaríamos "anarquía". La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es *su* medio específico. Hoy, precisamente, es especialmente íntima la relación del Estado con la violencia. En el pasado las más diversas asociaciones, comenzando con la asociación familiar (*Sippe*), han utilizado la violencia como un medio enteramente normal. Hoy, por el contrario, tendremos que decir que el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el 'territorio' es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*." (PV, p. 83)

En esta concepción del Estado deben destacarse como particularmente importantes los conceptos de 'territorio', 'violencia física', 'legitimidad' y 'monopolio'. Estos conceptos no están suficientemente aclarados en el párrafo transcrito, en el cual tampoco encontramos una explicitación efectiva de las relaciones que estos conceptos tienen con otros de suma importancia, como los son del 'derecho', el 'poder' y el del 'cuadro administrativo'. Para poder establecer estas relaciones conceptuales es necesario recurrir a otra obra de Weber, fundamentalmente, su gran obra sociológica *Economía y Sociedad*. En ella, dicho autor proporciona el siguiente concepto de 'dominación', que presen-

tamos en primer término por el carácter condicionante que tiene respecto de todos los demás conceptos aquí expuestos: “Por *dominación* debe entenderse la posibilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”. (ES, p. 43) Sociológicamente concebido, un sujeto domina a otro sujeto si existe la probabilidad de que un mandato emitido por el sujeto dominante encuentre obediencia por parte del sujeto destinatario del mandato. Como puede fácilmente ser observado, el concepto del mandato es el concepto determinante, pues en relación con él se construye el concepto de la dominación. Si, además, concebimos una pluralidad de sujetos destinatarios de un conjunto de mandatos emitidos por uno o varios sujetos, estamos en la necesidad de analizar, aunque sea someramente, la situación que se presenta en relación con el conjunto de mandatos que normalmente son obedecidos en la comunidad denominación ante la cual estaríamos teóricamente presentes.

Por diversos motivos los destinatarios de los mandatos pueden considerarlos como formaciones verbales que tienen una dimensión de obligatoriedad, es decir, que constituyen modelos de conductas que conllevan una compulsión a realizarlos, a ejecutarlos. Weber denomina ‘validez’ de un orden a este hecho de que unos sujetos consideren a los mandatos emitidos por otros sujetos como normas obligatorias. “Al ‘contenido de sentido’ de una relación social le llamamos: a) “orden” cuando la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por ‘máximas’ que pueden ser señaladas. Y sólo hablaremos, b) de una “validez” de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen válidas para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta”. (ES, p. 25) Los sujetos destinatarios de los mandatos emitidos por otros hombres pueden considerar como válidos dichos mandatos, o mejor, esos mandatos son considerados como válidos para sus destinatarios si es posible comprobar de hecho que su conducta de cumplimiento está orientada por que aparecen como obligatorios o como modelos de conducta que deben ejecutar. Se denomina ‘legitimidad’ de un orden a esta calidad de segundo grado, es decir, al prestigio que un conjunto de mandatos tiene por el hecho de que por algún motivo se considere un orden válido. (ES, p. 26) Esta legitimidad de un orden, de un conjunto de mandatos (los cuales pueden ser entendidos como máximas) puede estar garantizada por diversas circunstancias de hecho de carácter afectivo, por consideraciones valorativas, religiosas o por las consecuencias externas que cumplen o satisfacen ciertas expectativas de los sujetos (ES, p. 27) Para Weber un orden debe llamarse “derecho” cuando su validez “está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.” (ES, p. 27).

Con lo anterior tenemos ya un conjunto de elementos que nos permitirán hacer algunas precisiones conceptuales en relación con esta teoría sociológica.

a) Weber comprende los mandatos emitidos por ciertos sujetos como máximas, es decir, como formulaciones lingüísticas significativas de una cierta clase de conductas. Los mandatos configuran conceptualmente (es el ‘contenido de sentido’ de una relación social de dominación) una conducta del destinatario de los mismos. En una terminología menos académica podríamos decir que todo mandato especifica o tiene por contenido una cierta conducta de otro sujeto, el destinatario del mandato.

b) Existen mandatos que pueden *no* ser considerados por sus destinatarios como modelos de su conducta, es decir, como significaciones obligatorias para ellos. El mandato dirigido a un sujeto por parte de un niño de tres años tiene todas las características señaladas en a) pero no es considerado como obligatorio, i.e., como válido por dicho destinatario adulto.

c) La validez de un mandato consiste en el hecho de que los sujetos destinatarios del mismo orientan su conducta por dicho mandato, en virtud de que lo consideran como obligatorio, como modelo de su conducta.

d) La calidad o el prestigio de que un conjunto de mandatos sea considerado como válido, i.e., como obligatorio para los destinatarios del mismo, es la legitimidad de ese orden.

e) La legitimidad del orden puede estar garantizada por diversos hechos, de entre los cuales algunos tienen carácter externo.

f) Cuando la legitimidad del orden, (en otras palabras, cuando los mandatos tienen la calidad de ser considerados obligatorios o como modelos de conducta), está garantizada por la probabilidad de que un conjunto de sujetos que forman un cuadro administrativo instituido con la misión de obligar a la observancia del orden o a castigar su transgresión, ejerzan coacción física o psíquica para esas finalidades, estamos en presencia del derecho.

g) Una última observación muy importante: el concepto del derecho que aquí hemos esbozado contiene dos elementos:

I. Un conjunto de mandatos que determinan la conducta que se considera obligatoria por parte de los destinatarios;

II. Adicionalmente, existe una situación real, objetiva de la existencia de un conjunto de hombres constitutivos de un cuadro administrativo encargado de ejercitar la coacción física o psíquica, al que podemos denominar "cuadro coactivo".

En otros términos, para Weber, el derecho no se determina exclusivamente atendiendo las características de los mandatos o máximas, sino que se considera como existente cuando, además de estas máximas o mandatos, se está en presencia de una situación objetiva, social, existente de hecho, del cuadro coactivo. Ciertamente, el derecho es un orden garantizado por la existencia de una situación de hecho: el cuadro coactivo. Podríamos decir, usando otra terminología que para Weber el derecho es un conjunto de normas que establecen obligaciones las cuales están garantizadas en su cumplimiento por la existencia real, sociológicamente comprobable, de un cuadro coactivo. Los conocedores de la doctrina de Jellinek pueden comprobar hasta qué grado esta concepción coincide con la sustentada por el publicista de Heidelberg.

Si lo anterior se pone en relación con el concepto de la denominación, se podrá entender cómo se construyó el concepto del Estado que hemos presentado. El sujeto emisor del mandato es el sujeto dominante. Si este mandato está garantizado en su validez por la existencia de un cuadro coactivo encargado de ejercitar la coacción física, el sujeto dominante crea el derecho al emitir el mandato obligatorio. "Por *estado* debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente." (ES, pp. 44-5) Dada esta definición podemos concluir que, para Weber, el Estado es algo diferente del derecho, pues este último, aunque relacionado íntimamente con aquél, se distingue por ser un conjunto de normas que establecen obligaciones: constituyen un orden garantizado por la constelación de hechos que determinan al Estado, como una situación de carácter real. El orden vigente es el derecho y éste se encuentra garantizado por el Estado, el cual es entendido como un conjunto de hombres especializado en la aplicación monopólica y legítima de la coacción física, dentro de un territorio determinado. Esto hace comprensible la afirmación de que el derecho y el Estado constituyen dos objetos diferentes y que guardan ciertas relaciones entre sí, especialmente aquellas que consisten en considerar al Estado como el creador y el garantizador de las normas jurídicas. Que el derecho no pueda ser entendido sin el Estado resulta de la circunstancia de que en el concepto mismo de la norma jurídica se incluye la nota definitoria de que el mandato debe estar garantizado por el cuadro coactivo, encargado de la aplicación de la coacción.

Por último, en relación con este tema, es pertinente y necesario señalar que, conforme a la doctrina de Weber, el cuadro administrativo encargado del ejercicio de la coacción, tiene su ordenamiento propio, es decir, un conjunto de reglas que regulan su funcionamiento. Weber, sin embargo, no señala expresamente que este conjunto de reglas constituya parte de un orden jurídico ni tampoco se preocupa por integrarlas de modo sistemático a las normas o mandatos que considera integran al orden normativo del derecho. Es posible conjeturar que en el caso de que esta integración hubiera sido hecha por Max Weber, éste habría obtenido la tesis de la identidad del derecho y del Estado. La formulación explícita y pormenorizada de esta identidad fue hecha por Kelsen, al cual le corresponde

el mérito histórico tanto de haberla formulado por vez primera como de haber realizado su desarrollo sistemático.

Como corolario general de todo lo anterior debe decirse que toda doctrina que afirma que el Estado ha de ser caracterizado en términos del concepto de poder se alinea en la postura del dualismo del Estado y el Derecho.

### 3. TEORIA DE LA IDENTIDAD DEL DERECHO Y EL ESTADO

En su *Teoría General del Estado* Kelsen hace la siguiente afirmación:

“Lo específico de este objetivo espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas. Y este carácter normativo del Estado se expresa —inconscientemente y sin quererlo— precisamente en aquellos autores que creen caracterizarle como una realidad determinada por la ley de causalidad.” (*TGE*, p. 18) Esto es fácilmente comprobable en el caso de Weber, pues al concebir al Estado como un instituto de dominación basado en la coacción monopólica y legítima de un cuadro administrativo, sin quererlo e inconscientemente, introduce la normatividad en este concepto aparentemente causal, a través del concepto de la dominación, que entraña al del mandato. Este no es otra cosa que la formulación verbal de la norma.

Es un hecho digno de llamar la atención el que los conceptos normativos puedan ser expresados ocultando verbalmente ésta su raíz deóntica. Como muestra de ello y con el objeto de introducir el concepto de la ‘imputación normativa’, transcribiré un párrafo de la obra de Weber:

“Una relación social puede tener para sus partícipes, de acuerdo con el orden tradicional o estatuido, las consecuencias siguientes: a) el que toda acción de cada uno de los partícipes se *impute a todos* los demás (*solidaridad*); b) el que la acción de un partícipe determinado se *impute a los demás* (*representación*).” (*ES*, p. 37).

En este párrafo merece ser destacada la expresión “de acuerdo con el orden tradicional o estatuido”, pues ella señala el hecho, de gran trascendencia social, de que el acto de un sujeto o de una pluralidad de sujetos sólo puede imputarse a la comunidad que forman dichos sujetos, si se supone o existe un orden normativo (tradicional o estatuido), con base en el cual es imputado el acto del sujeto o de los sujetos en cuestión. Es decir, la ‘imputación’ es un proceso social por el cual cierto acto de un sujeto (o una pluralidad de sujetos), que se encuentra definido en su peculiaridad por el orden normativo de la comunidad, es considerado como acto de la comunidad y no como acto individual del sujeto (o de los sujetos) que lo realizó de modo efectivo. Esta referencia del acto de un sujeto (o una pluralidad de sujetos) a la totalidad de la comunidad sólo es posible con base en el orden normativo de esa comunidad. El concepto de la imputación de un acto a una comunidad tiene una raíz y un carácter estrictamente normativos, pues las consecuencias sociales de esos actos sobre la totalidad de los miembros de la comunidad en cuestión, sólo pueden producirse con base en ciertas normas de la comunidad que especifican cuáles son los actos y sus características que tienen la capacidad de producirlas. Esto generalmente se expresa diciendo que el acto se imputa a la comunidad o a la unidad del orden de la comunidad. Esta es precisamente la función que define el concepto de la persona jurídica. Jellinek dice: “Desde el punto de vista de la unidad, los actos individuales que expresan a ésta y se derivan de ella, se atribuyen a la unidad de la asociación y a las personas que son causa de la voluntad dominante, en tanto forman esta voluntad, son sus instrumentos, es decir, los órganos del todo.” (*JTGE*, p. 299) Estamos en presencia de la operación normativa de la imputación de un acto a una persona jurídica, o lo que es lo mismo, a una comunidad. Desde el punto de vista de una consideración puramente causal, es decir, sociológica, no es posible llevar a cabo esta función de la imputación.

Hay un párrafo en el *Compendio de la Teoría General del Estado* de Kelsen que merece la pena ser citado en su integridad por la lucidez de sus conceptos y la claridad de la expresión:

“Ahora bien, ¿cuál es el carácter por medio del cual pudo distinguir algunas acciones como *actos del Estado*, de otras que no lo son? ¿Cuál es el criterio merced al cual ciertas acciones humanas

no se atribuyen al hombre que las efectúa, sino que a través de él se imputan a otro entre supuesto detrás de él, a un sujeto ideal, en una palabra, al Estado? Para la mera percepción sensible, para una consideración exclusivamente empírica e inductiva de la realidad, no hay más que actos individuales. La afirmación de que determinados actos son considerados como actos del Estado (y para una visión empírica el Estado se da únicamente en estos actos que se le atribuyen), es una cualidad no perceptible por los sentidos. Para llegar al concepto del Estado como soporte o sujeto de esos actos es indispensablemente precisa una operación mental que designaré con el nombre de *imputación* ('Zurechnung'). Sólo llegamos al Estado en tal sentido, mediante ese juicio de imputación. El Estado, como sujeto de los *actos estatales*, es un *centro de imputación*. Ahora bien, el criterio para que ciertos actos humanos puedan ser concebidos como actos del Estado, es decir, para que puedan ser imputados al mismo, es única y exclusivamente el siguiente: *que estos hechos —y sólo ellos— corresponden de una manera específica a un orden que se ha supuesto en vigencia*: o sea que coincidan con las normas integrantes de dicho orden, las cuales regulan los actos de determinados hombres en ciertas condiciones. Su calificación como *estatales*, en primer término no significa sino que estos actos corresponden o coinciden específicamente con el orden estatal, en tanto que están regulados por este orden y situados dentro del mismo; por cuya razón pueden ser referidos a la unidad de dicho orden. El Estado como sujeto de estos actos, no es más que una *expresión personificadora de la unidad de este orden*. La referencia de estos actos a la unidad del orden —en méritos de la norma que estatuye el acto en cuestión—, constituye la *imputación* al Estado." (CTGE, pp. 116-7);

Ahora bien, si se concibe al derecho como un conjunto de normas que establecen obligaciones se coloca uno en una situación teórica tal que se ha cerrado de antemano el camino para la comprensión correcta de los problemas que se han venido tratando. El Estado, conforme a esta concepción, es y tiene que ser algo ajeno y distinto del derecho. Lo que está equivocado, o al menos, no es adecuado es el concepto del derecho, pues con una concepción tan estrecha del mismo es claro que no pueden llegar a incluirse dentro de su concepto y estructura reglas o normas como las contenidas en las constituciones de los Estados, que instituyen u otorgan facultades a los órganos del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) y muchas otras más que no viene al caso mencionar en este lugar. La consecuencia de todo lo anterior no puede ser otra sino la siguiente: debe transformarse el concepto del derecho y ver, entonces, que es lo que acontece con el concepto del Estado.

Si procedemos en los términos apuntados en el párrafo anterior, hay un hecho que debe llamar la atención de los teóricos: el Estado es concebido como un instituto que posee un cuadro coactivo, es una organización que posee y ejercita un poder coactivo. Por otra parte, hay una larga tradición jurídica que concibe al derecho como un orden coactivo, es decir, como un conjunto de normas cuyo contenido esencial es la regulación del ejercicio de la coacción. Dice Rudolf von Ihering: "La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbrá. 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 fueren universalmente obedecidas, no lo son. Sólo llegan a serlo cuando el elemento exterior de la coacción pública se les agrega." (FD, pp. 159-60) A pesar de la imprecisión de algunas expresiones, aquí se encuentra consignada enfáticamente la tesis de que el derecho puede ser concebido como un orden coactivo de la conducta humana. Podemos, en consecuencia, sacar de modo inmediato la siguiente conclusión: si el Estado es un cuadro coactivo y el derecho es un orden coactivo, y tomando en cuenta que el cuadro coactivo del Estado posee un orden con base en el cual es posible hacer la imputación de ciertos actos a su unidad, ergo el Estado es idéntico al derecho. Todos aquellos elementos externos al derecho entendido como normas obligatorias, dejan de poseer tal cualidad externa y se introducen dentro del contenido de las normas jurídicas. El derecho es entendido como un orden que regula el ejercicio de la coacción por un cierto conjunto de hombres denominados "órganos del Estado". El concepto del derecho se ha transformado totalmente. A partir de este concepto, debe afirmarse que su contenido propio no es la conducta humana establecida con la calidad de obli-

gatoria, sino el establecimiento de las sanciones que pueden ejecutarse, incluso, con el uso de la fuerza física y la determinación de las condiciones de su aplicación, tanto por lo que respecta a los órganos como al procedimiento mismo. Si el derecho, por definición, regula el ejercicio de la coacción, entonces su contenido propio tiene que ser la:

- a) Especificación de los actos coactivos.
- b) Determinación de los actos que constituyen la condición del ejercicio de la coacción.
- c) Definición del procedimiento de aplicación de la coacción.
- d) Establecimiento de los órganos que tienen encargado el ejercicio de la coacción.

Dice Kelsen: “Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición” (TGE, p. 62).

Por todo lo anteriormente expuesto, puede uno percatarse de que la concepción del derecho como orden coactivo fundamenta la afirmación de la identidad del derecho y del Estado. Esta teoría de la identidad significa, en el fondo, que *todo problema referente al Estado es un problema jurídico y debe resolverse en función de las normas jurídicas*. Este es el sentido teórico de la teoría de la identidad del derecho y el Estado. Cualquier otro significado que pretenda atribuirse resulta absurdo y, en el mejor de los casos, impreciso. Ejemplo: si se considera que el derecho es algo tipificado de cierta manera y el Estado es otra cosa diferente definido de manera distinta, entonces la tesis de la identidad es no sólo imprecisa sino absurda, pues dos entes diversos con características distintas no pueden ser identificados como una y la misma cosa. “Si se concibe al Estado como ordenamiento jurídico, entonces hay que desarrollar y resolver todos los problemas de la Teoría general de aquél, desde este punto de vista, es decir, como problemas de la Teoría jurídica. La exactitud de este supuesto, esto es, de la opinión que afirma que el Estado es el ordenamiento jurídico, se comprueba, no meramente porque sólo es posible obtener así las soluciones buscadas que forman un sistema unitario y cerrado; sino también, porque únicamente a la luz de este supuesto quedan claras las conexiones íntimas entre dichos problemas. Y, efectivamente, todos los problemas de la Teoría General del Estado son problemas en torno a la validez o vigencia así como a la producción del orden jurídico; son, por lo tanto, problemas jurídicos. Lo que se llama *elementos del Estado*: poder, territorio, pueblo, no son más que la vigencia en sí del orden jurídico y los campos espacial y personal de ésta, respectivamente. Los problemas en torno a la naturaleza de aquellos complejos jurídicos que surgen en virtud de la articulación territorial del Estado representan un caso singular dentro de la cuestión acerca del *campo espacial* de vigencia del orden jurídico: tales son las cuestiones sobre la *centralización y descentralización*;... La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene por objeto el estudio de los varios grados escalonados en la producción del orden jurídico. Los órganos del Estado pueden ser concebidos solamente como situaciones en la producción del Derecho; y las formas del Estado no son otra cosa, más que *metodos de producción del orden jurídico*, al cual se llama en sentido figurado, ‘voluntad del Estado’ (CTGE, pp. 130-1).

#### 4. LOS CONCEPTOS DE LA CENTRALIZACION Y LA DESCENTRALIZACION

Los conceptos anteriores señalan de modo muy esquemático la fecundidad sistemática de la teoría de la identidad del derecho y el Estado. La Teoría General del Estado de Kelsen está dedicada en su integridad al desarrollo sistemático de este único supuesto fundamental.

El derecho es un orden coactivo. Dentro del concepto del orden se encuentran los de ‘pluralidad de normas’ y ‘unidad de pluralidad de las normas’, pues las normas jurídicas forman un orden si sólo si la validez de todas ellas puede ser referida a una norma, que por ello recibe el nombre de ‘norma fundamental’. Esta relación de fundamentación entre las normas es debida al hecho de que, en el caso del orden jurídico, unas normas tienen por función establecer los procedimientos de creación o producción de otras normas, de manera que las mismas se ordenan en una estructura *jerarquizada*.

La norma fundamental positiva, a la cual todas las normas del orden retrotraen su validez, es decir, su existencia, contiene fundamentalmente las reglas que especifican los órganos y los procesos de producción de las normas jurídicas y, en alguna medida, determina el contenido de las mismas. Se acostumbra denominar 'parte orgánica' a aquel conjunto de disposiciones de una constitución positiva de un Estado concreto, que determina los procesos y los órganos de creación de las normas inferiores a ella; y 'parte dogmática' a aquel que especifica los contenidos de dichas normas inferiores. La especificación de estos contenidos puede llevarse a cabo de tres maneras: o se dice que cierto contenido es *necesario*, o está *excluido*, o es *potestativo*, que tengan las normas inferiores a la constitución positiva.

Por otra parte, es necesario señalar que toda norma jurídica puede ser descompuesta en su contenido en cuatro ámbitos o esferas de validez: el personal, el material, el espacial y el temporal. Estos ámbitos existen porque al ser el orden jurídico un orden que regula coactivamente la conducta humana, esta regulación tiene que identificar el sujeto de la conducta regulada (ámbito personal), la propia conducta regulada (ámbito material), el espacio de la conducta (ámbito espacial) y el tiempo de la conducta (ámbito temporal), pues toda conducta de un sujeto sólo puede llevarse a cabo en un tiempo, y en un espacio determinado, así como por un sujeto y tener una cierta cualidad.

Los conceptos de la centralización y la descentralización de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, de un Estado se refieren a la estructura espacial del Estado, es decir, a la organización o articulación del ámbito espacial de validez del orden jurídico. Son conceptos que resuelven los problemas relativos al 'territorio' del Estado. "La representación normal del Estado parte del simple supuesto de que todas las normas que constituyen el orden estatal valen de la misma manera para todo el territorio, y emanan de una instancia única, de un 'poder' único que domina sobre la totalidad del territorio estatal". (TGE, p. 214) En este concepto de la centralización de un orden jurídico interviene dos conceptos distintos, el del ámbito de validez espacial de las normas y el del órgano de creación o producción de ellas. Definido por la constitución el espacio de validez del orden en cuestión, todas las normas del orden valen para el mismo, sin distinción de parcialidades en el territorio. Esto significa que la coacción ordenada por el derecho puede válidamente, es decir, en concordancia con las normas del orden, ser ejecutada en cualquier parte del territorio, sin que los órganos encargados de su ejecución puedan solamente hacerlo dentro de circunscripciones territoriales específicas. En consecuencia y con el objeto de proceder con cierto orden, debemos decir que un orden jurídico se encuentra centralizado cuando las normas que lo integran valen para todo el territorio; mientras que un orden jurídico descentralizado es aquel cuyas normas tienen distintos ámbitos de validez espacial, es decir, consta de normas que valen sólo para partes del territorio. Debe estar perfectamente claro que la centralización o descentralización de un Estado u orden jurídico supone la existencia de éste como una unidad distinguible de otros. Se trata de un orden jurídico descentralizado, cuya unidad se encuentra supuesta o establecida en la constitución positiva, estatuida o consuetudinaria.

Consideremos un orden jurídico centralizado ya creado, o constituido, con todas sus normas estructuradas jerárquicamente en distintos niveles. Todas las normas del orden valen para la totalidad del territorio del mismo, sin distinción alguna entre ellas por lo que se refiere al espacio de la validez. En contraposición, el orden descentralizado contendrá subconjuntos de normas que dividen el territorio de la comunidad jurídica en esferas parciales de validez. Una medida de la descentralización podría encontrarse si la comunidad jurídica se encuentra subdividida en cierto número de comunidades parciales. Si el territorio de la comunidad estatal se representa con un círculo, la comunidad centralizada no contendrá subdivisiones; en cambio, la descentralizada contendrá por lo menos una subdivisión que crea dos círculos normativos distintos y parciales dentro de la comunidad total. Nada impide que el número de subdivisiones aumente o, incluso, que una subdivisión se encuentre a su vez con varias divisiones internas.

Desde el punto de vista de estos conceptos de la centralización y la descentralización, a los que Kelsen llama 'estáticos', el Estado federal aparece como un Estado relativamente descentralizado es-

táticamente. Dentro del orden jurídico federal encontramos *por lo menos* dos conjuntos de normas jurídicas:

- a) un conjunto de normas que valen para la totalidad del territorio estatal (normas centrales o federales).
- b) varios subconjuntos de normas que valen sólo para partes del territorio estatal (normas locales).

La unidad personificada de las normas federales es la federación; la de las normas locales constituyen a los Estados locales. Es una característica típica del Estado federal, como de toda comunidad jurídica que su territorio se encuentre articulado espacialmente y que los diversos círculos normativos se encuentren establecidos por una norma superior que los delimite en sus respectivos ámbitos de validez. Si en el Estado federal existen dos clases de normas, las federales y las locales, tiene que existir una norma superior que delimite y especifique los ámbitos de validez de esos órdenes normativos, pues si esa norma no existiese no podría afirmarse la unidad del orden normativo en cuestión y no habría fundamento normativo alguno que permitiera la división de los distintos ámbitos de validez. Es decir, no se podría afirmar que esos diversos órdenes normativos con distintos ámbitos de validez constituyesen una comunidad jurídica, es decir, un sólo orden estatal. Esta norma superior que delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos constitutivos de la Federación y de los diversos órdenes locales es, por regla general, la Constitución Federal del Estado. Debe hacerse notar que esta Constitución constituye el fundamento normativo de los dos tipos de órdenes que hemos especificado más arriba. La Constitución del Estado federal tiene un rango o nivel normativo superior a las normas constitutivas de la Federación y de los órdenes locales. En consecuencia, existe un tercer orden en el Estado federal:

- c) el conjunto de normas que delimitan los ámbitos de validez de las normas federales y de las locales (normas de la comunidad total o nacional).

Por ello, en el estado federal encontramos tres órdenes normativos:

1. El orden total o Estado federal:
2. El orden federal o federación, que es un conjunto normativo que vale sobre todo el territorio;
3. Los órdenes locales o Estados locales (Estados miembros) que son diversos órdenes normativos que valen sobre partes del territorio.

“Supongamos un orden jurídico, como el del Estado federal, compuesto de normas que poseen un ámbito territorial de vigencia diferente; en ese orden hay que distinguir tres elementos: ante todo, la constitución, en virtud de la cual se establece la unidad del orden total. Esta norma (o complejo normativo) tiene que extender su validez (tanto en el respecto territorial como en el de las competencias) a la totalidad del ámbito de vigencia del orden total, a pesar de que —en virtud de ello— divide la competencia entre un órgano central y varios órganos locales; con otras palabras: porque y en tanto que se limita a delegar en un órgano central y varios órganos locales la creación de normas, de las cuales unas valdrán sobre todo el territorio y otras sólo sobre determinadas partes del mismo. Esta ‘constitución total’ es necesariamente Derecho positivo; no puede ser, en modo alguno, un mero supuesto lógico-jurídico. Sobre la base de esta constitución, y por delegación de la misma, se hallan dos círculos normativos ulteriores que son, por relación a aquélla, órdenes parciales delegados: uno, con validez espacial sobre todo el territorio; y varios, con vigencia circunscrita a determinadas partes del mismo.” (TGE, p. 262).

La Constitución del Estado Federal, en consecuencia, es simultáneamente constitución del orden subordinado de la federación, válido sobre la totalidad del territorio y es, además, norma o complejo normativo que da las bases de las constituciones de los Estados Locales. Esta función normativa se encuentra consignada en la Constitución Mexicana en el artículo 115. Aquélla está consignada en toda la parte orgánica de la Constitución. No es objeto de este trabajo la exposición de los lineamientos fundamentales de la Constitución federal. Sin embargo, las funciones normativas de la Constitución, por lo que se refiere al orden total y que, por lo tanto, no pueden adscribirse ni al orden de la federación ni a los órdenes locales, si deben ser objeto de consideración en este ensayo.

En mi opinión, existen por los menos cuatro funciones jurídicas que no pueden ser consideradas como funciones federales ni locales y que, por lo tanto, deben adscribirse al orden total. Ninguna de ellas es materia de los órdenes subordinados a la Constitución, pues entrañan modificaciones a la división de competencias y ámbitos de validez de los órdenes subordinados federal y locales o revisión de la regularidad de sus actos. Estas cuatro funciones son las siguientes:

1. Las reformas o adiciones a la Constitución.
2. La reforma de la Constitución en su aspecto geográfico.
3. La suspensión de garantías.
4. El control de la constitucionalidad.

En relación con las tres primeras funciones, la Constitución puede encomendar su ejecución a órganos federales o locales o, como generalmente acontece, a una combinación de ambos. Por ejemplo, el artículo 135 encomienda la realización de las funciones de reformar o adicionar la Constitución a un órgano muy complejo integrado fundamentalmente por el órgano legislativo federal y los órganos legislativos de los Estados locales. Es claro, entonces, que cuando estos órganos llevan a cabo el procedimiento de reforma o adición a la Constitución, no están actuando en su calidad de órganos de la federación o de los Estados locales, pues no ejercitan competencia alguna de estos órdenes; por el contrario, ejercitan una competencia que sólo puede atribuirse al orden total federal, puesto que con ella pueden ser variadas la división de competencias entre los órdenes federales y locales o ser modificadas disposiciones que sólo pueden ser adscritas al orden total y que no son parte integrante de lo que podría ser considerado la Constitución de la federación como orden subordinado. Con esto me refiero a las llamadas "garantías individuales". Como no existen órganos especiales para llevar a cabo las funciones específicas que deben atribuirse al orden total federal, las constituciones de los Estados federales utilizan los órganos de los órdenes parciales subordinados para llevarlas a cabo, con lo cual el teórico del derecho, cuando expone el contenido de las normas constitucionales, debe tener mucho cuidado de distinguir cuáles de las funciones son de los órdenes subordinados y cuáles del orden total federal. La exposición de las tres primeras de las funciones totales señaladas puede ser encontrada en cualquier texto de derecho constitucional mexicano. Nos incumbe a nosotros demostrar que el control de la constitucionalidad es una función del orden total federal.

## 5. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Para la exposición del concepto que es el contenido de este apartado, es necesario previamente examinar, aunque sea brevemente, la estructura del orden jurídico. Dijimos anteriormente que los órdenes jurídicos positivos se presentan históricamente como conjuntos de normas ordenadas jerárquicamente. La razón de esta estructura se encuentra en el hecho de que el derecho positivo es la creación de actos humanos y no el producto de la reflexión sobre la naturaleza en general o la naturaleza del hombre, en particular. Si, como se ha demostrado, debe entenderse al derecho como un orden coactivo de la conducta humana, en este concepto se encuentra implícito el de que la coacción establecida por la norma, va a ser impuesta por el acto de un hombre realizado en contra de otro hombre. La regulación de la coacción por parte del derecho es, para decirlo enfáticamente, la regulación de los actos coactivos que unos hombres realizan en contra de otros hombres. La conducta regulada primariamente por el derecho es la conducta de los sujetos encargados del ejercicio de la coacción y sólo de modo indirecto y por vía de la coacción, se regula la conducta de los demás sujetos. Esto significa que toda afirmación de la regulación de la conducta de un sujeto particular debe teóricamente ser relacionada con la conducta de otro sujeto encargado de aplicar un acto coactivo. Si el sujeto *A* es el objeto de un acto de coacción *C* que aplicará el sujeto *B* bajo la condición de que *A* haya realizado un cierto acto *X*, entonces se dice que *A* se encuentra obligado a la realización del acto que es la negación de *X*, es decir, está obligado a *no-X*. Si otro sujeto *D* está, con base en una norma, capacitado para solicitar del sujeto *B* que aplique la sanción *C* al sujeto obligado *A*, entonces se dice que *D* tiene un derecho subjetivo. El sujeto *B* encargado del acto de aplicación de la sanción es el órgano del Estado y su conducta es el objeto de regulación primaria del orden jurídico.

Por lo tanto, el derecho es un orden positivo, en tanto que es un conjunto de normas establecidas por unos hombres para regular la conducta de otros hombres a través del facultamiento dado a ciertos individuos, los órganos del Estado, para que apliquen actos de coacción a aquéllos. Es empíricamente observable que el poder coactivo tiene una tendencia inmanente a centralizarse y establecer cadenas de delegaciones. La expresión normativa del poder coactivo, como se ha mostrado anteriormente, consiste en la facultad jurídica de crear normas coactivas y en la de aplicar las sanciones correspondientes, incluso por medio del uso de la fuerza física. Las cadenas delegadas de poder se traducen en la esfera jurídica en la estructura graduada del derecho.

Si el derecho positivo es un orden jerárquico de normas, debe darse el criterio que permita señalar qué norma es superior a otra norma. Este criterio es el siguiente: una norma es superior a otra si determina el proceso de creación y el contenido de ésta. Correlativamente, norma inferior es aquella que ha sido creada conforme al procedimiento establecido por otra norma y con el contenido que ésta determina. El orden jerárquico del derecho consiste en una serie escalonada de normas en el que cada grado de la estructura jerárquica es una norma superior que determina el proceso de creación y el contenido de las normas que se encuentran en la grada inferior subsiguiente. Es pertinente afirmar que, a su vez, la norma que en una determinada relación jerárquica desempeña el papel de norma superior, puede tener el carácter de norma inferior en una relación jerárquica normativa distinta. Entonces, cada norma jurídica puede ser considerada como el punto en el que coinciden dos relaciones normativas diferentes.

Estas consideraciones pueden ser extendidas a conjuntos de normas y a órdenes normativos en su integridad. La Constitución es un complejo normativo que puede y debe considerarse superior a los órdenes normativos de la federación y de los órdenes locales. Ella determina el proceso de creación de las normas federales y proporciona las bases fundamentales de eso mismo para los órdenes de los Estados miembros. El contenido de dichos órdenes se encuentra establecido en la parte dogmática de la Constitución. El complejo normativo de la Constitución debe entenderse como formando una unidad normativa. Por lo tanto, si es posible dividir su contenido en una parte dogmática y una parte orgánica, esta división sólo tiene una función expositiva. Si la parte orgánica establece las competencias y los procesos de creación de las normas pertenecientes al orden subordinado de la federación, la parte dogmática debe entenderse como aquellas limitaciones al contenido de las facultades otorgadas a los órganos federales. Esta parte establece limitaciones a las competencias materiales de los órganos. Las llamadas 'garantías individuales' son restricciones materiales establecidas por la Constitución a las competencias otorgadas a los órganos del Estado. Si estas limitaciones materiales no estuvieran codificadas en la Constitución, las facultades a los órganos del Estado se entenderían concedidas ilimitadamente, pues el sentido de la norma que otorgara competencia para legislar en cierta materia no tendría limitación en cuanto al contenido. La facultad otorgada a un órgano del Estado se entiende conferida ilimitadamente, a menos que expresamente se la restrinja o se la oriente en ciertos sentidos. Estas restricciones y orientaciones dadas a las facultades otorgadas a los órganos del Estado en la parte orgánica de la Constitución, se encuentran contenidas en la parte dogmática. Consisten en la determinación del contenido que es necesario que tengan, o que no tengan o que simplemente pueden tener las normas inferiores a la Constitución que creen los órganos del Estado. La determinación del contenido de las normas inferiores que realiza la Constitución es o necesaria, o excluida o potestativa, como ya se tuvo oportunidad de observar anteriormente.

Sería un grave error considerar que la determinación del contenido de las normas inferiores que hace la Constitución sea únicamente en relación con las leyes, es decir, con las normas generales emitidas por los órganos legislativos de la Federación o de los Estados locales. Las normas generales emitidas por el órgano ejecutivo (reglamentos) o normas más o menos particulares emitidas por los órganos de la administración pública federal o estatal y por los órganos del Poder Judicial de la Federación o de los Estados, quedan determinadas por la Constitución. En realidad, la totalidad del orden jurídico de la Federación y de los Estados locales queda determinada en cuanto a su contenido por la parte dogmática de la Constitución.

Es posible, en consecuencia, establecer dos relaciones entre las normas inferiores y las normas superiores de un orden jurídico: la de concordancia y su negación. La norma inferior puede concordar con la norma superior porque fue creada siguiendo el procedimiento establecido por ella por el órgano competente y porque tiene un contenido que no contradice los que determina la norma superior. La concordancia con la norma superior puede, entonces, tener carácter formal o carácter material. Cuando esta relación de concordancia puede ser establecida entre dos normas o conjuntos de normas o entre una norma y un conjunto de normas, se dice que la norma o normas inferiores son *regulares*. En caso contrario, se dice que son *irregulares*. La regularidad es la relación de concordancia (no contradicción) entre normas o conjuntos normativos de diverso grado jerárquico. Si la norma superior que se tiene en consideración para medir la regularidad de una norma inferior es la norma general de la ley, se habla de “legalidad” o “ilegalidad”; si es la Constitución, se habla de “constitucionalidad” o “inconstitucionalidad”. Es también posible hacer una distinción en relación con la parte de la norma superior con la que se establezca la relación de regularidad: la regularidad *formal* compara la norma inferior con el procedimiento establecido para su creación en la norma superior; la regularidad *material* la compara con el contenido que determina la norma superior. No debe excluirse el caso que a menudo se presenta en los órdenes jurídicos positivos en los que como contenido de la parte dogmática se establece la regularidad formal.

Cuando quiere investigarse la regularidad de una norma o conjunto de normas, deben resolverse los siguientes problemas:

- A) Cuál es el criterio a que debe sujetarse el examen de la regularidad.
- B) Qué normas son el objeto del examen sobre su regularidad.
- C) Quién está facultado para examinar y decidir sobre la irregularidad.
- D) Cuál es el resultado del examen de la regularidad.
- E) Cuál es el procedimiento para el examen de la regularidad.

En lo que sigue emplearemos indistintamente la terminología de ‘norma’ y ‘acto’, pues la utilización de un término u otro depende del énfasis que quiera darse al acto de producción de la norma o a la norma misma, la cual es el sentido objetivo del acto.

#### A) *Criterio del control de la regularidad constitucional*

Si el control de la constitucionalidad ha de ser llevado a cabo, es necesario establecer, desde un principio, cuál es el criterio que debe seguirse en la realización de esta función jurídica. La determinación del ‘criterio de la regularidad’ significa la exposición de los principios que el órgano del control constitucional tomará en consideración para establecer la regularidad o irregularidad del acto o norma objeto del control.

El artículo 103 de la Constitución establece:

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.”

La simple lectura de este artículo no nos permite deducir en su integridad el criterio de la regularidad constitucional. Se mencionan, en primer lugar, las “garantías individuales”. Esto induce a pensar, de primera intención, que la parte de la Constitución que, en primer término, está protegida es el capítulo primero de ella, que lleva precisamente el título “De las Garantías Individuales”. Ciertamente, los 29 primeros artículos de la Constitución proporcionan criterios de control de los actos o normas inferiores a la Constitución. La “violación” de las garantías individuales de la que habla la fracción I significa que el órgano encargado de ejercer la función de control de la constitucionalidad debe establecer la regularidad de las normas o actos de las autoridades con los preceptos que contienen las garantías individuales. Si todo el problema de la regularidad consiste en el establecimiento

de una concordancia o una contradicción entre normas o actos inferiores en relación con una o varias normas superiores, es claro que el *contenido de éstas proporcionan los criterios de control de la regularidad*. En consecuencia, el problema del criterio de la regularidad coincide o es idéntico con el de la determinación de cuáles son las normas superiores con relación a las cuales se determina la concordancia o contradicción de las normas o actos inferiores, sujetos al control de su regularidad. *La extensión de las normas superiores, es decir, la especificación de ellas y su contenido agota el problema del criterio de la regularidad. La extensión de las normas o actos inferiores agota el problema del objeto de la regularidad*. Por ello, el criterio de la regularidad constitucional o, lo que es lo mismo, el criterio de la constitucionalidad, coincide con el problema de especificar cuáles son las normas de la Constitución en relación con las cuales se determinará la regularidad de las normas o actos inferiores a ella. Por lo pronto, los primeros 29 artículos se encuentran comprendidos.

En relación con las fracciones II y III del artículo 103, la Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencia en el sentido siguiente:

“El juicio de amparo fue establecido por el artículo 103 constitucional, no para resguardar todo el cuerpo de la propia Constitución, sino para proteger las garantías individuales, y las fracciones II y III del precepto mencionado, deben entenderse en el sentido de que sólo puede reclamarse en el juicio de garantías una ley federal, cuando invada o restrinja la soberanía de los Estados, o de éstos, si invaden la esfera de la autoridad federal, cuando existe un particular quejoso, que reclame violación de garantías individuales, en un caso concreto de ejecución o con motivo de tales invasiones o restricciones de soberanía. Si el legislador constituyente hubiese querido conceder la facultad de pedir amparo para proteger cualquier violación a la Constitución; aunque no se tradujese en una lesión al interés particular, lo hubiese establecido de una manera clara, pero no fue así, pues a través de las constituciones de 1857 y 1917, y de los proyectos constitucionales y actas de reforma que las precedieron, se advierte que los legisladores, conociendo ya los diversos sistemas de control que pueden ponerse en juego para remediar las violaciones a la Constitución, no quisieron dotar al Poder Judicial Federal de facultades omnímodas, para oponerse a todas las providencias inconstitucionales, por medio del juicio de amparo, sino que quisieron establecer éste, tan sólo para la protección y goce de las garantías individuales.” (Tesis 11 del *Apendice al Semanario Judicial de la Federación, 1975, Pleno*).

De esta tesis se desprende que las fracciones II y III del artículo 103 constitucional sólo se comprenden en función de la fracción I, pues la invasión de las esferas de competencia de los órganos de la Federación y de los órganos de los Estados locales sólo pueden ser controladas en su constitucionalidad si dichas irregularidades implican o suponen contradicción con alguno de los contenidos de los primeros 29 artículos de la Constitución. Con lo cual, evidentemente, forman parte del criterio de la regularidad en relación con la Constitución todos aquellos artículos de la misma que establecen las competencias y esferas de validez de las normas federales y locales. Dentro de estas disposiciones, Octavio A. Hernández (CA, p. 37) señala las siguientes: artículos 40, 41, 73, 74, 76, 79, 89, 103, 104, 105 y 106, 116, 117, 118 y 124. La enumeración no es completa y, además, es parcial por lo que ve al criterio escogido, pues sólo se refiere a aquellos artículos constitucionales que se refieren al ámbito de validez material de las facultades de los órganos federales y locales, órganos tanto legislativos, como ejecutivos y judiciales. Por otra parte incluye algunas disposiciones que tienen un carácter declarativo o definitorio (artículos 40 y 41). ¿No deberían incluirse en estas disposiciones todas aquellas que se refieren, no sólo a la materia de las facultades, al contenido de ellas, sino también las que se refieren al ámbito personal, o sea, a aquellas que determinan los sujetos de las facultades, es decir, los órganos y todas las relacionadas que se refieren a ellos en cuanto a su forma de elección o nombramiento, tiempo de su encargo, requisitos para ser titular de las funciones orgánicas, etc., con lo cual se comprendería la totalidad de la parte orgánica de la Constitución? ¿Porqué restringirse a aquéllas las disposiciones que establecen las competencias, o sea, el ámbito material de validez de las normas que establecen facultades a los órganos de la federación y de los Estados locales y no incluir, también, las normas que contienen los otros ámbitos de validez de esas facultades?

De modo indirecto ésto es lo que ha acontecido con la doctrina sobre el juicio de amparo en México y con la práctica efectiva de los tribunales encargados de ejercitar la función de controlar la constitucionalidad de los actos de las autoridades. Veamos brevemente los razonamientos que se han dado para llegar a la conclusión de que con el juicio de amparo la totalidad de la Constitución constituye el criterio de control de la regularidad, para usar nuestra terminología. Octavio A. Hernández habla de “aseguramiento del respeto a la Constitución” y lo divide en aseguramiento directo y aseguramiento indirecto. Burgoa habla de la “extensión protectora del juicio de amparo”. Estos autores exponen las tesis de Rabasa y Vallarta, las que, además, pueden encontrarse expuestas en otros autores, sobre la extensión de la protección constitucional a otros artículos de la Constitución. Nosotros no las repetiremos. Bástenos decir que una consideración sistemática de la función que lleva la Constitución en un orden jurídico, entendida como complejo normativo superior a todas las demás normas, conduce a la concepción de que lo que se llaman ‘garantías individuales’ no son otra cosa que las determinaciones de los contenidos necesarios, excluidos o potestativos de las normas inferiores. Con este concepto sistemático, se puede legítimamente hablar de una extensión de las normas constitucionales que sirven como criterio de la regularidad, pues quedarían incluidas normas como las contenidas en el artículo 123, el Título Cuarto, que trata de la responsabilidad de los funcionarios públicos, los artículos 125, 126, 127, 129, 130 y otros más.

Por otra parte, el artículo 16 admite que se comprendan dentro de las normas que funcionarán como criterio de control de la regularidad a las que constituyen la parte orgánica de la Constitución, con el uso de los conceptos de ‘autoridad competente’ y ‘causa legal del procedimiento’. Dispone dicho artículo: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Es autoridad competente aquella cuyo nombramiento y funciones (competencias) encuentren su fundamento en alguna norma constitucional de la parte orgánica de la Constitución o de las leyes reglamentarias de ella. Es autoridad incompetente aquella cuyo nombramiento o elección no haya sido hecho de conformidad con la Constitución, leyes o normas en general que los regulen o si se excede en el ejercicio de sus funciones o ejercite facultades que no le han sido otorgadas, ya sea porque están dadas a otra autoridad, ya sea que se las hayan excluido expresamente. Si el artículo 16 de la Constitución es una de las normas que de modo indubitable se encuentran dentro de lo que hemos denominado el criterio de la regularidad, es decir, es una de las normas cuyo contenido debe ser tomado en consideración para establecer la regularidad o irregularidad de una norma o acto inferior a la Constitución, de hecho remite a las normas de la parte orgánica con el concepto de ‘autoridad competente’. Lo mismo acontece con el otro concepto que este importante artículo nos ofrece: si no puede inferirse molestia a sujeto alguno, sino por una autoridad competente, la que deberá fundar y motivar la causa *legal* del procedimiento, es claro que abre la puerta para hacer consideraciones si una causa del procedimiento es legal, es decir, conforme a la ley y el concepto de esta se determina de acuerdo con las normas que integran la parte orgánica de la Constitución. Esta misma consideración puede hacerse en relación con la mención a las leyes que se contiene en el párrafo segundo del artículo 14.

Lo anterior ha llevado a Octavio A. Hernández a afirmar que “En rigor, en virtud de la aplicación de la garantía de competencia que consagra el artículo 16, sobra lo preceptuado en las fracciones II y III del artículo 103” (CA, p. 41), en lo que no le falta razón pues todo acto de la autoridad federal que vulnere o restrinja el ámbito de competencia de los Estados locales o de éstos que invadan la esfera competencial de la autoridad federal, es necesariamente un acto de autoridad incompetente.\*

\*En sentido similar se pronuncia Tena Ramírez (DCM, p. 539): “Las tres fracciones del art. 103, únicas que fundan la procedencia del amparo, están al servicio del individuo y no al directo de la Constitución; no hay razón, por lo tanto, para establecer una distinción entre ellas. La primera se refiere a violaciones de garantías individuales, la segunda a invasiones de la jurisdicción local por la federal y la tercera a invasiones de la jurisdicción federal por la local. Como estos dos últimos casos implican falta de competencia, se traducen al cabo en violación de la garantía individual que consagra el art. 16, consistente en que nadie puede ser molestado sino en virtud, entre otros requisitos, de mandamiento escrito de autoridad competente. ¿Para qué invocar, pues, las fracciones segunda y tercera, si a fin de alcanzar el amparo, basta con fundarlo en la primera?”

Como veremos un poco más adelante, lo anterior es el fundamento que permite, a través del medio de control de la constitucionalidad, controlar la legalidad de los actos de las autoridades federales y locales, pues si la Constitución establece que los actos de todas las autoridades deben ser conformes con las leyes, un acto ilegal es, *EO IPSO*, inconstitucional. Por ello, puede afirmarse que por la garantía de la legalidad el criterio de control de la regularidad se extiende a todo el orden jurídico, pues si conforme a las leyes ciertos actos deben de ejecutarse conforme a ciertos reglamentos o actos entre las partes (normas individuales: contratos, testamentos, declaraciones unilaterales de voluntad, etc.) la conducta contraria al reglamento o a un acto o norma individual creada entre particulares, es ilegal y, por ende, inconstitucional. Estamos aquí en presencia de un fenómeno semejante al ‘efecto dominó’, en el que la caída de una ficha de este juego produce la sucesiva caída de todas las demás por la forma paralela en la que se encuentran colocadas. Con estas disposiciones constitucionales, en realidad, se controla la regularidad de la totalidad del orden jurídico mexicano, con la condición señalada por Tena Ramírez.

Existe un importante problema derivado del artículo 133. Este artículo establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.” Esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de que todos los conjuntos de normas a los que se refiere tengan el mismo nivel jerárquico normativo y constituyan un ente denominado “Ley Suprema de toda la Unión”. La única “Ley Suprema de toda la Unión” que existe o puede existir es la propia Constitución y el texto del artículo comentado lo confirma, pues las leyes del Congreso de la Unión deben “emanar” de ella y los tratados deben “estar de acuerdo” con la misma. Las expresiones entrecomilladas indican la dependencia normativa de las leyes y de los tratados respecto a la Constitución. El artículo es, aparentemente, contradictorio, pues dice que tienen el mismo nivel normativo (son la Ley Suprema de toda la Unión) las normas que dependen de la Constitución y que, por lo tanto, son inferiores a ella. Sin embargo, el artículo plantea un problema en relación con los tratados internacionales: ¿pueden ellos constituir normas que funcionen como criterio de la regularidad? O más generalmente planteado el problema: ¿pueden las normas del derecho internacional ser utilizadas como criterio de control de la regularidad? La respuesta que se da a esta pregunta depende de la posición que el constituyente haya adoptado en relación con el derecho internacional. En relación con este conjunto de normas, el órgano constituyente de un Estado federal puede tomar las siguientes posiciones:

- a) reconocerlo como parte integrante del orden estatal a nivel normativo de la Constitución.
- b) reconocerlo como parte integrante del orden estatal a nivel normativo inferior a la Constitución.
- c) reconocer sólo a las normas del derecho internacional convencional (tratados) como parte integrante del orden estatal a nivel constitucional.
- d) reconocer a los tratados a nivel inferior a la Constitución.

Las posiciones anteriores suponen la distinción entre derecho internacional general o consuetudinario y derecho internacional convencional. Algunas constituciones contienen provisiones en el sentido de reconocer como parte integrante del orden constitucional al derecho internacional general (posición a). En este caso, el derecho internacional general tendría que ser utilizado como criterio de control, pues tal reconocimiento implica su incorporación como parte integrante de la Constitución. Las leyes y demás normas inferiores tendrían que ser comparadas con los contenidos de las normas internacionales y ser nulificadas, en general o en el caso concreto de la controversia, en caso de que se estableciera su irregularidad. Lo mismo tendría que decirse en relación con el caso contemplado en la posición c, pues en ella los tratados son considerados al mismo nivel normativo que la constitución y formarían, en realidad, parte integrante de la misma.

En los casos b y d tanto el derecho internacional general como el particular de los tratados NO podrían proporcionar criterio alguno de control de la constitucionalidad. Por el contrario, como veremos más adelante, ellos serían objeto del control de la constitucionalidad.

Es claro que la Constitución mexicana ha adoptado la posición *d)*, pues coloca a los tratados en un nivel normativo inferior pues los mismos tienen que estar de acuerdo con ella.

Todo lo anterior en nada afecta al tratado o al derecho internacional general en su validez externa, pues la declaración de inconstitucionalidad de un tratado y su nulificación interna para el caso concreto o en general, puede externamente ser considerado incumplimiento y suscitar las consecuencias internacionales de tal incumplimiento: rompimiento de relaciones diplomáticas, retorsión, represalias o, incluso, la guerra.

### *B) Objeto del control de la regularidad constitucional*

El tema del objeto del examen de la regularidad constitucional está en íntima relación con el tema del criterio de la regularidad, que ya hemos tratado en el inciso anterior. El problema del examen de la regularidad es uno que tiene carácter relacional: se trata del establecimiento de la concordancia o no de uno o varios conjuntos de normas con una o varias normas o conjuntos de normas. En el caso de la regularidad constitucional, las normas que sirven de criterio de comparación son las de la Constitución y la determinación de su extensión constituye, simultáneamente, la delimitación de las normas que constituyen el otro término: las que son el objeto del examen de la regularidad.

1) Las leyes son claramente objeto del examen de la regularidad constitucional; las leyes, entendidas como el conjunto de normas generales emitidas por el órgano legislativo a través del proceso legislativo el cual está establecido en varios artículos de la Constitución. Utilizó la expresión “órgano legislativo” intencionalmente, con el objeto de alejarme premeditadamente de la costumbre mexicana, entre los que se ocupan de estas materias, de hablar del Congreso de la Unión como si fuera el órgano legislativo o, lo que es peor y constituye un grave error en el que la propia Constitución incurre, referirse con la expresión “poder legislativo” al Congreso de la Unión, que es tan solo un órgano parcial del órgano total legislativo. El poder legislativo es el conjunto de facultades establecidas en la Constitución para crear leyes, conjunto de facultades que son el contenido de ciertas normas específicas y que no forman órgano alguno. Estas facultades de legislar, este poder legislativo se deposita o se confiere a un conjunto de individuos designados o elegidos por ciertos procedimientos. El art. 50 dice que el poder legislativo se deposita en un Congreso de la Unión compuesto de dos cámaras, una de diputados y otra de senadores. Esto no es correcto: ciertamente, el Congreso de la Unión participa en el proceso legislativo como órgano parcial del órgano total, compuesto por todas aquellas personas que participan en dicho proceso llevando a cabo uno de los actos integrantes del mismo. Pienso específicamente en el Presidente de la República, quien, conforme al art. 71, está facultado para realizar el acto de iniciación del proceso legislativo. Es claro que el titular del poder ejecutivo ejecuta uno de los actos que integran el proceso legislativo y si el órgano legislativo es el conjunto de sujetos que ejecutan los actos del proceso legislativo, la conclusión ineludible es que el Presidente es órgano parcial del órgano legislativo, no sólo por el acto de ‘iniciación’ del procedimiento, sino también por los actos de la sanción y la promulgación. El refrendo del secretario de Estado del ramo a que el asunto corresponda es parte integrante del proceso legislativo y, por ello, no hay ley válida, no hay creación de la norma general de la ley, sin el refrendo, hecho por él o los secretarios de Estado correspondientes, del decreto promulgatorio presidencial. El refrendo del secretario de Estado debe, entonces, ser considerado como parte integrante del proceso legislativo establecido en la Constitución y, por tanto, también como órgano parcial del órgano legislativo total.

Las leyes emitidas por el órgano legislativo son objeto del control de la constitucionalidad. La regularidad de la ley puede ser analizada desde un punto de vista material (contenido de la ley) o desde uno formal (referente al procedimiento legislativo). La Suprema Corte de Justicia, en relación con la impugnación de una ley, ha determinado que “Cuando se impugna la constitucionalidad de una ley a través de los actos de su aplicación, sin señalar como autoridad responsable al Congreso que la haya expedido, el conocimiento del recurso de revisión corresponde al tribunal en Pleno en términos de los artículos 84, fracción I, inciso a) de la Ley de Amparo y 11, fracción XII de la Ley Orgánica