

Armando Hernández Cruz

## II. EFICACIA CONSTITUCIONAL Y ESTADO DE DERECHO

### 1. La eficacia de las normas jurídicas

Cuando hablamos de “eficacia”, sin duda pensamos en la cualidad que tiene una acción para producir el efecto deseado, pero con relación a las normas jurídicas solemos confundir la eficacia con la validez, la vigencia, la obligatoriedad y otros términos similares, por lo cual es importante precisar este concepto.

Por eficacia de las normas debemos entender la capacidad que en la realidad tienen éstas para normar la conducta; en otras palabras, es la adecuación de la conducta de los destinatarios de la norma, en los hechos, al objeto directo que

ésta persigue, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque ellas son vividas (o a decir de Alf Ross: *experience and felt*<sup>1</sup>), como socialmente obligatorias. En esta cuestión, es importante distinguir el tipo de expresión lingüística que se utiliza: uno es el significado del lenguaje normativo y el otro el de la certeza de que esa norma es derecho vigente y eficaz.

### a) Diferencia entre validez y eficacia de las normas jurídicas

Como mencionamos al principio de este capítulo, el concepto de eficacia está íntimamente vinculado con el de validez, aunque la teoría jurídica se ha ocupado de definirlos por separado tratando de delimitarlos.

En cuanto a la “validez” de la norma jurídica, podemos afirmar que se trata de su existencia específica, esto es, en el mundo del “deber ser”, en contraposición al mundo del “ser,” al mundo de los hechos. La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia, como afirmara Kelsen, quien equipara los conceptos de “validez” y de “existencia” en el mundo del “deber ser”, implicando con ello la obligatoriedad de la norma, pues para que ésta sea válida, “debe ser;” los sujetos a ella “deben” cumplirla, de otra manera no revestiría ese carácter. Ahora bien, en un sistema positivo la validez no puede ser absoluta, sino relativa a un ámbito espacial, temporal, material y personal de validez; por tanto, la norma solamente “debe ser en un

<sup>1</sup> Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*. México, Fontamara, 1999, p. 18.

Armando Hernández Cruz

momento y lugar determinados y en relación con ciertos hechos y sujetos en particular”.

[...] En tanto que la eficacia es, una condición de la validez en el sentido de que la eficacia debe añadirse a la creación para que tanto el ordenamiento jurídico como un todo, como también una norma individual, no pierdan validez.<sup>2</sup>

De lo anterior podemos afirmar que una norma que no es eficaz de cualquier modo dejará de ser válida en ese sistema.

Según Alf Ross, el problema de si una norma es vigente o si tiene validez no se puede resolver sin hacer referencia al derecho como sistema, como “el conjunto abstracto de ideas normativas que sirve como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción”.<sup>3</sup>

De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como “el conjunto de normas que efectivamente opera en el espíritu del juez porque este las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece”.<sup>4</sup>

Así, encontramos que la validez de una norma jurídica depende de que la misma haya sido creada bajo las formas o procedimientos legalmente previstos, y por lo tanto tenga vigencia o vigor, es decir, que exista la obligación jurídica de ser observada, mientras que la condición de eficacia de la norma necesariamente implica que ésta produzca efectos reales y concretos en la sociedad, es decir, no basta con que

<sup>2</sup> Hans Kelsen, “Contribuciones a la teoría pura del derecho”. 4a. ed. México, Fontamara, 2003, p. 24 (Col. Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho, 8).

<sup>3</sup> A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*. México, Fontamara, 1997, p. 18.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 35.

la norma exista y deba ser observada, sino que es necesario que la misma sea aplicada y produzca efectos concretos en el mundo fáctico, el mundo de los hechos.

Raz menciona que:

[...] las normas establecidas por la autoridad jurídica, que imponen obligaciones y confieren derechos a los sujetos jurídicos, no son verdaderas ni falsas, sino únicamente válidas o no válidas. Que una norma sea obligatoria y que sea válida es una y la misma cosa, y ambos significan que ésta existe: por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida es decir que asumimos su existencia, o lo que equivale a lo mismo, asumimos que tiene fuerza obligatoria para aquellos cuya conducta regula.<sup>5</sup>

Por otro lado, no debemos perder de vista que existen diversas maneras de entender el concepto de eficacia de la norma jurídica. Para John Austin, la eficacia “constituye el hábito de obediencia general hacia el legislador supremo”.<sup>6</sup>

Preguntarnos por la validez de una norma significa preguntar por qué ésta debe ser obedecida.

### *b) Distintos tipos de normas jurídicas y su eficacia*

Debemos ser cuidadosos cuando nos referimos a la eficacia de las normas jurídicas, pues existen diversos tipos de éstas y los efectos que producen pueden ser también diversos, por

<sup>5</sup> Joseph Raz, *La autoridad del Derecho (ensayos sobre derecho y moral)*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 67.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 53.

lo que consideramos conveniente exponer una clasificación de las mismas, según los efectos que su cumplimiento genera:

- Normas prescriptivas
- Normas declarativas o enunciativas
- Normas supletorias
- Normas dispositivas
- Normas instrumentales
- Normas programáticas

A decir de García Máynez, “la palabra *norma* suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplícase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *strictu sensu* corresponde a la que impone deberes o confiere derechos”.<sup>7</sup>

Al analizar la teoría kantiana de los imperativos categóricos de conducta, el mismo autor considera que:

[...] los juicios que postulan deberes divídense en categóricos e hipotéticos. Los primeros ordenan sin condición; los segundos, condicionalmente. Esta dicotomía encuentra su antecedente en la moral kantiana. Imperativos categóricos, dice el filósofo prusiano, son aquellos que mandan una acción por sí misma, como objetivamente necesaria; hipotéticos, los que prescriben una conducta como medio para el logro de determinado fin.<sup>8</sup>

Por lo tanto, las normas jurídicas resultan ser en principio imperativos categóricos de conducta, enunciados en forma

<sup>7</sup> Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Porrúa, p. 4.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 9.

general, abstracta e impersonal y con las siguientes características: heterónomas, externas, bilaterales y coercibles.

En ese sentido, es lógico pensar que toda norma jurídica es una norma prescriptiva, es decir, que impone deberes y confiere derechos. García Máynez considera que: “Los impuestos por un imperativo son siempre deberes del sujeto. Este recibe el nombre de obligado. Obligado es, pues, la persona que debe realizar (u omitir) la conducta ordenada (o prohibida) por el precepto”.<sup>9</sup>

Así, pues, encontramos que de acuerdo con la definición tradicional de la norma, toda norma jurídica es prescriptiva de una conducta que debe ser asumida por todos aquellos sujetos que se encuentren en la misma hipótesis normativa.

No obstante, algunos tipos de normas jurídicas no tienen el fin inmediato de obligar a un sujeto a asumir determinada conducta, de donde surge la idea de una clasificación de los distintos tipos de normas.

Ejemplo de ello es el caso de las llamadas “normas enunciativas o declarativas”, cuyo fin es definir o explicar alguna condición necesaria para hacer aplicable la norma prescriptiva de conducta. Tal es el caso, por ejemplo, de la disposición legal que nos explica lo que es el adulterio, pues sin ella sería imposible hacer eficaz la norma jurídica que prohíbe esta conducta.

Normas supletorias son las que despliegan su eficacia siempre que falte una voluntad específica de las partes; el artículo 1.575 del Código Civil italiano, por ejemplo, establece que cuando las

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 8.

Armando Hernández Cruz

partes no han determinado la duración del arrendamiento, este se entiende convenido por un año...<sup>10</sup>

Es decir, que la norma supletoria no prescribe una conducta a asumir, sino que establece supuestos de carácter supletorio en el caso de otras normas.

Normas dispositivas son las que despliegan su eficacia siempre que las partes no quieran derogar la reglamentación prevista por la ley, en el caso de que tal derogación esté permitida.<sup>11</sup>

Por otra parte,

[...] se llaman normas instrumentales a aquellas que no imponen a los destinatarios la obligación de realizar determinados actos, sino que prescriben las condiciones que los sujetos deben observar si quieren conseguir determinados fines. La ley, no impone a nadie hacer el testamento, pero establece las condiciones que deben respetarse siempre que un sujeto quiera disponer válidamente por testamento de sus bienes para después de la muerte.<sup>12</sup>

Las normas programáticas son de existencia reciente en los diversos sistemas jurídicos, y generalmente pretenden atender a la dinámica y a las necesidades sociales que el Estado debe cubrir como uno de sus fines.

Guissepe Lumia se refiere a éstas señalando que:

[...] establecen el fin a conseguir, pero dejan a la discreción del destinatario la elección de los medios (para conseguir dicho fin). Son

<sup>10</sup> Guissepe Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho*. [España], Debate, 1993, p. 37.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 36.

normas programáticas muchas de las disposiciones contenidas en la constitución italiana, que piden al legislador ordinario la elección de los medios para la obtención de ciertos objetivos: “La ley, dice por ejemplo el artículo 39, determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pueda ser orientada y coordinada a los fines sociales”. También son programáticas las llamadas directivas que emanan de los órganos comunitarios de los entes supranacionales, como la Comunidad Económica Europea, que establece ciertos fines que deben ser perseguidos por los estados miembros, dejando a los gobiernos de cada país la responsabilidad de la elección de los medios más convenientes. No parece que pueda ponerse en duda el carácter imperativo de estas normas. Por lo que respecta a las normas programáticas, su carácter imperativo se deriva de la obligatoriedad misma del fin prescrito. Puede señalarse que en estas normas, es obligatorio el fin a conseguir mientras que es libre la elección de los medios”.<sup>13</sup>

En general, las normas que establecen derechos humanos de carácter colectivo, los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), tienen el carácter de normas programáticas. Verificar la eficacia de estas normas y garantizar el cumplimiento de sus objetivos es hoy en día una de las tareas pendientes de mayor relevancia en el campo de los derechos humanos.

## 2. Eficacia constitucional

La eficacia de una norma jurídica constituye la realización de su objetivo contenido en un imperativo de conducta, mediante su observancia o cumplimiento real y eficaz. Un mandato normativo debe cumplirse. Ése es el sentido de una norma.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

Armando Hernández Cruz

Tratándose de la Constitución de un país, ordenamiento del cual se desprenden el resto de las normas que componen el sistema jurídico, la eficacia de sus normas implica el principio máximo del Estado de Derecho, que es la supremacía constitucional.

Ningún caso tendría la expedición de una norma o mandato constitucional que estuviera escrito como “letra muerta”. Una norma constitucional vigente, pero ineficaz, es una norma inexistente.

El realismo jurídico o realismo sociológico, corriente epistémica sostenida en las ideas de diversos autores, como Joseph Raz, Alf Ross y John Austin, entre otros, ha impulsado al estudio del derecho a reconocer la importancia de distinguir entre la norma jurídica como “letra muerta” en el texto normativo, y su sentido “vivo” en su observancia eficaz.

De acuerdo con Alf Ross:

El problema se plantea así: ¿cómo podemos conocer lo Divino, qué es lo absoluto?... Hay conocimiento y conocimiento: está el que se basa en datos sensoriales y en experiencias físicas, y está el que se apoya en un requerimiento inequívoco de nuestro espíritu, que no puede ser confirmado por ninguna experiencia sensorial, pero, cabe destacar, tampoco puede ser negado, por la sencilla razón de que pertenece a un orden de verdades que trasciende los fenómenos del mundo.<sup>14</sup>

Ross pretende establecer la diferencia entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo al señalar que:

[...] debemos tomar la expresión “positivismo jurídico” en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas

<sup>14</sup> A. Ross, *El concepto de validez...*, op. cit., p. 7.

de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica. En contraposición, la expresión “derecho natural” es tomada en sentido amplio para designar la actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y la teoría del derecho, basado en la creencia de que el derecho no puede ser descrito o comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas, sino que requiere de una interpretación metafísica, esto es, una interpretación a la luz de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre, principios e ideas apriorísticos que trascienden al mundo de los sentidos.<sup>15</sup>

Por su parte, el realismo jurídico pretende explicar al derecho y las normas jurídicas a partir del problema de su eficacia. Toda norma jurídica requiere de la eficacia en su aplicación; es decir, toda norma jurídica se crea con la intención de ser eficaz.

El concepto de eficacia de las normas jurídicas implica la realización de la misma; la aplicación práctica y efectiva de la disposición normativa. La eficacia en el derecho implica la creación de normas jurídicas que sean aplicadas por las autoridades y obedecidas por la colectividad en el ámbito del Estado.

El actual modelo del “Estado social de Derecho” es el ideal contemporáneo de la organización estatal en muchos países. A continuación se pretenden exponer en forma sucinta sus características.

En la evolución histórica del orden jurídico de los Estados es imposible encontrar un total contenido de valores que nos permitan hablar de un “derecho justo”; por lo tanto, jamás habrá un perfecto Estado “de Derecho”; sin embargo, en

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 8-9.

muchos casos se ha intentado cumplir con los fines del orden jurídico y del Estado.

Es hasta el inicio de este siglo cuando surge la necesidad de entender al Estado de Derecho como un estado nacional y popular, es decir, una organización cuyos fines sean el bienestar general del pueblo y la existencia de un orden jurídico más justo. El concepto de Estado Social de Derecho precisamente implica la necesidad de que el Estado, la política y el derecho tengan las siguientes características:

- a) El orden jurídico debe tener un contenido axiológico en cuanto a valores propios del derecho, como la justicia, el bien común, etcétera.
- b) La actividad del gobierno debe mostrar un total respeto a los derechos humanos de los gobernados; es decir, debe existir una amplia consideración y respeto por los derechos individuales y los derechos sociales.
- c) La estructura racional, que es el Estado, debe perseguir la democracia social como forma de vida (entendida, por ejemplo, en términos del constitucionalismo social mexicano) y a ese fin debe encaminarse toda actividad política (tanto la gubernamental como la social.)
- d) Se debe garantizar la seguridad mediante la aplicación judicial del derecho, de manera pronta, expedita, imparcial y profesional que realicen los órganos jurisdiccionales de gobierno.
- e) El Estado debe contar con mecanismos que limiten y distribuyan las competencias de los órganos de gobierno del Estado.

En este orden de ideas, todas y cada una de las decisiones políticas fundamentales del pueblo mexicano, plasmadas en la norma constitucional, pueden ser consideradas por las instituciones del Estado Social de Derecho, a saber:

- Tutela y garantía de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados.
- Desarrollo nacional, en sus diversos aspectos: económico, social, político, cultural y ambiental (rural y urbano), y rectoría del Estado en todos los aspectos del desarrollo.
- Régimen de economía mixta, que justifica la intervención del Estado en la actividad económica.
- Distribución de funciones entre diversos órganos de gobierno, evitando la concentración en uno solo.
- Sistema de gobierno descentralizado en tres niveles (“federal”, local y municipal).
- Defensa jurídica de la Constitución a través de mecanismos de control constitucional, para asegurarse de que los actos de las autoridades se apeguen a los mandatos de ésta.
- Estado democrático con una forma de gobierno descentralizada y representativa.
- Protección y reconocimiento de los derechos de los grupos sociales vulnerables.

### 3. La constitución del Estado y su importancia

La palabra constitución significa crear, por lo tanto podemos entender el vocablo *Constitución* como la acción o efecto de

constituir, es decir, como la manera en que una cosa o persona está conformada; su estructura o configuración.

Así, cuando nos referimos a una persona física, podemos analizar su constitución física, entendida como compleción o atributos morfológicos. Por constitución de una persona jurídico-colectiva entendemos el acto a través del cual un grupo de individuos externa su voluntad y decide formar y crear un nuevo ente. Vemos, pues, que el término Constitución es un término que refleja la manera en que algo está conformado a través del análisis de sus elementos objetivos, y la manera en que los sentidos humanos pueden percibir su estructura.

Si se realiza el ejercicio de plasmar en un documento escrito la manera en que una persona jurídico-colectiva está conformada, o la estructura que un determinado objeto presenta, a ese documento también se le puede llamar “constitución” (para identificar que el texto expresa la constitución de una cosa.) De esta manera, quien no tenga a la vista el objeto puede conocer la manera que ese ente está constituido.

Ahora bien, habiendo identificado el carácter “real” u objetivo del concepto constitución (es decir, vinculado con elementos objetivos), podremos pasar al análisis de la constitución de un Estado, que es el tema de nuestro interés.

Por lo general, en el ámbito jurídico indebidamente se identifica al concepto de constitución sólo con el de una norma jurídica. En la mayoría de los textos relativos a la teoría constitucional mexicana encontramos una serie de explicaciones sobre la identidad entre constitución y ley.

En sentido material, la Constitución es el complejo de normas jurídicas fundamentales escritas o no escritas, que trazan las líneas maestras de un ordenamiento jurídico, y en

sentido formal es un conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones de los órganos fundamentales del Estado.

La sociedad o “pueblo”, como titular del poder supremo dentro del Estado, tiene la capacidad de elegir entre las diferentes opciones políticas de organización para lograr los fines del Estado: la convivencia armónica, la seguridad, el orden y el bien común, entre otros, y al tomar decisiones para configurar un Estado conforme a sus necesidades y dotarlo de una estructura político-jurídica, está realizando la acción primordial que puede efectuar para lograr sus mejores condiciones de vida, pero su actividad no se agota en ello, pues es preciso que adapte esas decisiones de acuerdo a nuevas circunstancias y necesidades que la realidad le plantea.

Ni las leyes ni cualquier autoridad emanada de éstas pueden alterar o limitar la libertad de un pueblo para determinar la configuración de su Estado ni para decidir libremente la forma de su gobierno. Ello es un derecho inherente a todos los pueblos y por lo tanto no requiere su reconocimiento expreso en las normas jurídicas. De esta manera, los grupos heterogéneos que componen una sociedad expresan sus intereses diversos para tomar representativamente las decisiones políticas fundamentales: cómo configurar a su Estado y qué órganos instituir para su gobierno, es decir, el pueblo libre y soberano determina la manera en la cual será gobernado, ejerciendo así su “poder” político; en este sentido, el poder del pueblo o sociedad es un poder constituyente, es decir, la potestad de constituir o configurar al Estado, que no se encuentra jamás en manos de un órgano creado por las leyes, sino que es una atribución del titular de la soberanía

de un Estado: su sociedad políticamente organizada, que así como puede dotar al Estado de una constitución, también puede modificarla o suprimirla, pero sólo ese poder constituyente, que es el pueblo, es el único facultado para hacerlo.

“El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”,<sup>16</sup> pero no sólo de los derechos individuales, sino también de los colectivos, aquellos que se ejercen para asegurar la supervivencia de una sociedad como grupo humano y no en lo individual. En el momento que un pueblo genera las decisiones políticas fundamentales que configuran el Estado al que pertenece, ese pueblo hace uso adecuado de su “poder” colectivo y no en lo particular de cada individuo.

Evidentemente esas decisiones políticas fundamentales deben ser plasmadas en normas jurídicas para dotarlas de obligatoriedad y así poder garantizar su cumplimiento y observancia en beneficio de los intereses de la sociedad. De esta manera surge un cuerpo normativo del que posteriormente se derivará toda ley o norma jurídica válida dentro del Estado. Este cuerpo normativo superior es identificado precisamente como la constitución (jurídica) del Estado, pero esa constitución jurídica está subordinada a la existencia de una constitución política previa que le da origen, producto de las decisiones políticas tomadas por el pueblo en ejercicio de su soberanía.

No obstante, adelante pretendemos acreditar el hecho de que la constitución del Estado es un fenómeno político y no una mera composición jurídica.

---

<sup>16</sup> Sieyès Emmanuel, ¿Qué es el Tercer Estado? 3a. ed. México, UNAM, 1989, p. 9.

## a) *Constitución Política del Estado y Constitución jurídica*

La sociedad o “pueblo”, como titular del poder supremo dentro de un Estado (que es la soberanía), tiene la capacidad de elegir entre diferentes opciones políticas de organización para lograr sus fines como Estado: la convivencia armónica, la seguridad, el orden y el bien común, entre otros, y al tomar decisiones para configurar un Estado conforme a sus necesidades, y dotarlo de una estructura política, está realizando la acción primordial que puede efectuar para lograr sus objetivos, pero su actividad no se agota en ello, pues es preciso que adapte esas decisiones de acuerdo a nuevas circunstancias y necesidades que la realidad plantea.

Los grupos heterogéneos que componen una sociedad expresan sus intereses diversos para tomar representativamente las decisiones políticas fundamentales: ¿cómo configurar su Estado y qué órganos instituir para su gobierno?, es decir, el pueblo libre y soberano determina la manera en la cual será gobernado, ejerciendo así su “poder” político; en este sentido, el poder del pueblo o sociedad es un poder constituyente, es decir, la potestad de constituir o configurar al Estado, que no se encuentra jamás en manos de un órgano creado por las leyes, sino que es una atribución del titular de la soberanía de cada Estado: su sociedad políticamente organizada, que así como puede dotar al Estado de una constitución, también puede modificarla o suprimirla, pero sólo ese poder constituyente que es el pueblo, es el único facultado para hacerlo.

Bajo ese criterio, el doctor Humberto Piconte nos ofrece como definición de constitución la siguiente:

Armando Hernández Cruz

Constitución es el conjunto de todos los entes, comunidades e instituciones en general, que forman parte del orden jurídico y se rigen por un complejo de normas jurídicas y extrajurídicas que son impuestas algunas veces a sus integrantes en forma coactiva por órganos especializados, y otras acatadas voluntariamente por los mismos

Evidentemente, las decisiones políticas fundamentales deben ser plasmadas en normas jurídicas para dotarlas de obligatoriedad y así poder garantizar su cumplimiento y observancia en beneficio de los intereses de la sociedad. De esta manera surge un cuerpo normativo del que posteriormente se derivará toda ley o norma jurídica válida dentro del Estado. Este cuerpo normativo superior es identificado precisamente como la constitución (jurídica) del Estado, pero esa constitución jurídica está subordinada a la existencia de una Constitución Política previa y que le da origen, producto de las decisiones políticas tomadas por el pueblo en ejercicio de su soberanía.

De acuerdo con lo antes expresado, la constitución de un Estado es el acto a través del cual se crea o se conforma esta entidad política. Como sabemos, un Estado es una organización creada por los seres humanos con el fin de buscar la organización social encaminada a satisfacer de la mejor manera ciertas necesidades comunes. Para Carl Schmitt el término “constitución comprende un concepto de carácter absoluto, ya que significa la ‘situación total de la unidad y ordenación políticas’ dentro de un Estado.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*. Madrid, Aries, 1978, p. 3.

## b) La constitución como norma jurídica

La teoría jurídica, y en particular la del Derecho Constitucional en México, expresan contundentemente la identidad entre constitución del estado y norma jurídica. Por ejemplo, García Máynez aborda el asunto al señalar que: “Todo precepto de derecho pertenece a un sistema normativo. Tal pertenencia depende de la posibilidad de referir directa o indirectamente la norma en cuestión a otra u otras de superior jerarquía, y en última instancia, a una norma suprema, llamada constitución o ley fundamental”.<sup>18</sup>

En principio, debemos entender lo que es y lo que representa la Constitución mexicana para comprender los efectos que tiene la vida del país. El artículo 133 de lo que conocemos como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y 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 ley suprema de la Unión...” La explicación jurídica del concepto constitución es clara. A decir de esta disposición, la Constitución mexicana es una ley.

Esta explicación tan sencilla en realidad no es del todo acertada. Una constitución (me refiero en general a la constitución de un Estado o país), no puede ser simplemente un conjunto de leyes, debido a lo siguiente:

El término *constituir* significa crear o dar origen a algo. Constitución es la acción o efecto de constituir; ahora bien, la constitución de un Estado no se da a través de leyes, es

<sup>18</sup> E. García Máynez, *op. cit.*, p. 79.

decir, en ningún lugar del mundo (incluido México) se ha dado el caso de que a través de la elaboración de leyes pueda crearse un país, como si fuera “arte de magia”. La realidad es otra, sin embargo esta postura parece ser la más aceptada en la doctrina y en la práctica judicial mexicana.

La Constitución política es el proyecto de vida nacional o ideología del Estado que se determina según la correlación de fuerzas entre los grupos sociales, mientras que el cuerpo normativo en el que se plasma ese proyecto de vida nacional es en realidad la Constitución jurídica del Estado mexicano, pero ello no quiere decir que las normas o leyes den lugar a la existencia del Estado, sino que, por el contrario, es la fuerza política de los grupos sociales la que lo constituye, para posteriormente implementar un sistema de normas jurídicas que garantice la supervivencia y efectividad de ese proyecto de vida nacional que guiará las bases de la actuación de gobierno y sociedad dentro del Estado.

La llamada “Teoría Pura del Derecho”, que refleja una postura epistémica promovida por el autor austriaco Hans Kelsen, autor de una obra homónima, ha llevado a la mayoría de los juristas que siguen su doctrina al error de analizar, entender e interpretar las normas jurídicas sin tomar jamás en consideración los aspectos políticos, económicos o sociales que dan origen y legitiman un sistema de normas. En el tema que nos ocupa, específicamente la teoría kelseniana ha constituido por mucho tiempo un paradigma poco cuestionado. Kelsen omite en su *Teoría general del derecho y del Estado*<sup>19</sup> considerar que el respeto y la observancia de las normas

---

<sup>19</sup> H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 306.

jurídicas emanan del grado de *legitimidad* con que cuentan las leyes.

Ese grado de legitimidad, en el caso de la constitución-ley, está dado en origen de virtud de que esta ley emana de un consenso entre los grupos sociales a los que se les van a aplicar las normas y que por lo tanto las deben respetar y obedecer.

En el caso de las demás normas jurídicas diferentes a la constitución-ley, su legitimidad se encuentra en función de su apego a esta norma jurídica superior en rango a las demás. Todo este preámbulo sirve, pues, para diferenciar la constitución del Estado en sus términos políticos o reales, de la constitución-ley o constitución jurídica (que es el aspecto formal.)

Por su parte, Ferdinand Lasalle expresa, al pretender responder a la pregunta ¿qué es una constitución?, que:

[...] si hiciese esta pregunta a un jurista, me contestaría seguramente en términos parecidos a estos: “La constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país”, o bien “La constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación”, pero todas esas definiciones jurídicas formales distan mucho de dar satisfacción a la pregunta formulada...<sup>20</sup>

Lasalle pretende distinguir entre los conceptos de constitución y ley, llegando a la conclusión de que debemos considerar a la Constitución como la ley fundamental de contenido necesario para recoger en su valor la suma de los factores reales de poder, o bien, la decisión consciente que la unidad política toma y se da a sí misma definiendo al Estado.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Ferdinand Lasalle, *Qué es una constitución*. México, Colofón, pp. 5-6.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 49.

Como podemos observar, ambos autores expresan conceptos de Constitución distintos, uno de carácter formal y el otro basado en los aspectos reales, políticos o materiales de la vida estatal, y no sólo en normas jurídicas, por lo que consideramos que dichas definiciones nos expresan dos puntos de vista diferentes sobre el contenido de la constitución de un Estado. Así pues, se distingue la constitución del Estado en sentido real, de su parte jurídica (que es la constitución en sentido formal.)

Ello genera dos grandes vertientes ideológicas dentro del estudio del derecho constitucional. La primera de ellas, conocida como formalismo jurídico, es la que prevalece en el estudio de la Teoría constitucional mexicana, y a la que se apegan la mayor parte de los autores mexicanos, como Felipe Tena Ramírez e Ignacio Burgoa, entre los principales.

La segunda vertiente tiene que ver con el estudio de la Teoría constitucional a través del análisis de fenómenos políticos y sociales que le dan origen a la constitución del Estado. Entre los autores más destacados en esta corriente doctrinal encontramos a Carl Schmitt, Loewenstein y en la actualidad, en nuestro país, el más claro expositor de esta vertiente es el doctor Miguel Covián Andrade.

Ello explica el por qué se presentan contradicciones al referirnos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como una norma jurídica, pues seguramente un especialista en Teoría Política no entiende, como lo hacen los juristas, a la constitución como un fenómeno jurídico. No obstante, ello no impide conciliar o armonizar ambas interpretaciones para fines de esta investigación y podernos referir a aspectos tradicionales del estudio formal de la constitución jurídica, como el que enseguida se analiza.

A continuación exponemos una breve descripción de la superioridad jerárquica constitucional sobre otras normas dentro de un orden jurídico, y específicamente el mexicano (lo que se ha dado por llamar “principio de supremacía constitucional”), a efectos de determinar la importancia material y formal del texto de la constitución jurídica en el sistema de normas, y entender, desde luego, la necesidad de su preeminencia en el orden jurídico.

### c) *Constitución y derechos humanos*

Una constitución, de origen, es un marco de convivencia social. La constitución debe mantener un equilibrio entre constancia y cambio (debe respetar la voluntad y el consenso social, pero también debe adaptarse a los cambios y realidad social a través de la interpretación).

El intérprete va dando respuestas concretas a nuevos problemas. La constitución debe dejar una puerta abierta para su adaptación. La parte “orgánica” de una constitución normalmente es más rígida (es menos adaptable). La organización del Estado es menos cambiante que la realidad social.

Otras partes de la constitución son más amplias (abiertas a la adaptación). La parte “dogmática” de la constitución habla de valores (que son adaptables a cambios), como los *principios* (igualdad, justicia, etcétera) y *derechos* (por ejemplo libertad) que se deben interpretar dentro de un marco determinado (la propia constitución).

Como ya se dijo, los derechos humanos representan un término de relación entre la autoridad del Estado y las personas (ya sea en lo individual o como parte de grupos y clases sociales.)

Los derechos y su interpretación están limitados por otros principios constitucionales (como el tipo de Estado, por ejemplo). La constitución es un sistema de normas que se deben interpretar en *conexión* para adquirir su verdadero significado.

*Elementos del concepto constitución:*

- Elemento constitutivo: momento de creación de la norma.
- Elemento material: contenido de la norma.
- Elemento formal: garantía de la norma.

La creación de una norma como la constitución es excepcional. Es creada por un poder soberano (constituyente), no tiene límites y puede diseñar al Estado. Un Estado democrático normalmente tiene un amplio catálogo de derechos humanos.

La creación de una constitución está condicionada a un momento histórico (y actualmente a una realidad global).

Por otro lado, no existe una reserva al contenido material de una constitución (no hay reglas de qué debe contener una constitución, pero al menos en la práctica todas tienen parte “orgánica” y “dogmática”).

El catálogo de derechos varía en cada constitución, según la historia y las circunstancias de cada país. Por ejemplo, los DESC no se reconocían habitualmente en los textos constitucionales en el periodo inmediato posterior a la Segunda Guerra Mundial en la mayoría de las constituciones europeas.

En los años setentas del siglo XX, las constituciones europeas recogían no sólo derechos individuales, sino también DESC, dejando su desarrollo al legislativo secundario.

El legislador no puede actuar en contra de los DESC, que representan conquistas sociales logradas en la constitución, excepto a través de medidas que se justifiquen por una crisis económica del Estado. Estos derechos pueden establecerse en el texto constitucional, pero desarrollarse en las leyes secundarias.

En el caso de los derechos de configuración legal, es decir, aquellos cuyo contenido se desarrolla en ley secundaria, al no estar regulados en la constitución, pueden ser reformados por el legislador con mayor facilidad.

Al respecto, puede tomarse en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional Español, que ha considerado que no pueden reducirse estos derechos a capricho del legislador, sino que esa posible restricción debe justificarse en crisis económica del Estado, aspecto que no contempla, por ejemplo, el actual artículo 29 de la Constitución mexicana, que se refiere a la suspensión de derechos humanos y sus garantías.

Las conquistas sociales no deben ir en retroceso (por ejemplo, no debe reducirse el presupuesto destinado a garantizar el ejercicio de derechos como la protección de la salud, la educación o la vivienda, entre otros). Normalmente este tipo de decisiones tendría costos políticos. Un retroceso a las conquistas sociales sería, por lo tanto, inconstitucional, y obviamente violatorio de derechos humanos.

Respecto de la rigidez constitucional es importante señalar que casi todas las constituciones actuales son rígidas. Ello implica que el procedimiento para su reforma es distinto al

de la creación y reforma de ley secundaria. En los Estados democráticos la ley secundaria requiere mayoría simple para su reforma y la constitución requiere mayoría calificada y, en algunos casos, referéndum.

En algunas constituciones aparecen cláusulas de intangibilidad (determinados contenidos constitucionales no pueden ser objeto de reformas constitucionales, que serán las decisiones políticas fundamentales, destacando particularmente los derechos humanos y su principio de progresividad). Algunos autores consideran que las cláusulas de intangibilidad no tienen que ser expresas, sino que pueden estar implícitas en el propio texto normativo.

Las constituciones modernas son abiertas y pluralistas; representan un “sistema abierto de reglas y principios que tienen contactos con la realidad”, como afirma Gustavo Zagrebelsky en su obra *El derecho dúctil*.

Las constituciones son abiertas, pero no son neutrales: llevan implícita la carga de una ideología de Estado. Esta ideología se ve reflejada, entre otras cosas, en la proporción con que se establecen y se protegen los derechos individuales (derechos civiles y políticos) y los derechos colectivos (económicos, sociales, culturales y ambientales).

#### 4. Supremacía constitucional y jerarquía de las normas jurídicas

En todo orden jurídico, las normas se encuentran jerarquizadas sistemáticamente, de tal forma que unas derivan de otras y por lo tanto el fundamento de su legitimidad o su validez es precisamente el hecho de que se encuentren

ajustadas al ordenamiento superior. Hans Kelsen<sup>22</sup> es muy claro al establecer, en su “pirámide normativa”, una propuesta sobre los niveles jerárquicos de las normas jurídicas, teoría que hasta ahora ha sido ampliamente aceptada.

A decir de Kelsen, “una pluralidad de normas forman una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden”.<sup>23</sup>

La aplicación de la teoría jurídico-formal kelseniana nos permite clasificar las normas de la siguiente forma:

En primer lugar, una constitución, que es la norma superior en todo el sistema y de la que emanan los demás ordenamientos legales, por lo que a ésta le deben su validez y legitimidad.

Posteriormente, las leyes secundarias, ordinarias o reglamentarias, que emanan directamente de la constitución en alguna de las dos siguientes formas:

- a) Cuando la norma jurídica constitucional faculta directamente a un órgano para emitir normatividad en una materia o campo específico.
- b) Cuando un precepto o disposición constitucional precisa ser pormenorizado para su aplicación práctica.

<sup>22</sup> H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 146-154.

<sup>23</sup> H. Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura...*, *op. cit.*, p. 94.

Armando Hernández Cruz

Las leyes tienen, a su vez, reglamentos, que son inferiores jerárquicamente por emanar de éstas, y por lo tanto los reglamentos deben adecuarse a las disposiciones legales y constitucionales.

Eduardo García Máynez explica lo siguiente:

La norma suprema (se refiere a la constitución jurídica) no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. El orden jurídico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

1. Normas constitucionales.
2. Normas ordinarias.
3. Normas reglamentarias.
4. Normas individualizadas.<sup>24</sup>

Sin embargo, es evidente que el hecho de que no exista sobre la norma jurídica constitucional ninguna otra de superior jerarquía, no implica una “generación espontánea” de la norma constitucional, pues debemos preguntarnos y explicar el fundamento de validez de la norma constitucional con base únicamente en los aspectos políticos y sociales que le dan origen a la constitución política del Estado y que luego se transforman en normas jurídicas constitucionales.

### *a) La jerarquía de las normas jurídicas en el derecho mexicano*

El artículo 133 de la Constitución mexicana establece que:

---

<sup>24</sup> E. García Máynez, *op. cit.*, p. 85.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y 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 ley suprema de la Unión...

De lo que se desprende que en nuestro país la “base” de la “pirámide de normas” estaría formada por:

Constitución jurídica: leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen y tratados. Según este artículo, tienen el mismo nivel jerárquico, ya que todas ellas son “ley suprema de la Unión”.

Dentro del concepto “las leyes que de ella emanen” tendríamos, por supuesto, que incluir todas aquellas que expida el Congreso de la Unión, siempre que esté facultado para ello en la propia constitución.

Cabe aclarar que las leyes que cada entidad federativa expida teniendo como fundamento de su facultad alguna disposición constitucional (entre las que entrarían las llamadas “constituciones de los estados”, que en estricto sentido no son más que leyes de organización interna o estatutos gubernativos de las entidades federativas) no son calificadas por este precepto como “leyes supremas de la Unión” por la falta de aplicación territorial de estas normas en todo el país, debido a su limitación competencial exclusivamente en el territorio de la entidad federativa que expide dicha ley local.

Por disposición expresa del artículo 133 constitucional, son “ley suprema de la unión” la constitución-ley o Constitución jurídica de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma y las leyes de carácter federal, o las locales del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, sin embargo, existen

una serie de normas en el sistema jurídico mexicano que no se encuentran contempladas dentro de esta disposición constitucional, y se trata de una serie de normas jurídicas que no cuentan con la naturaleza de una ley.

Adelante nos referiremos a esta serie de disposiciones que, sin ser leyes, también forman parte del sistema jurídico mexicano.

En el segundo nivel de la pirámide tendríamos a todas aquellas disposiciones que se desprendan de las leyes, como podrían ser:

- a) Los reglamentos subordinados a las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, y que de hecho son expedidos por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en uso de la supuesta “facultad” que le atribuye la fracción I del artículo 89 constitucional, el cual en realidad solamente dispone:

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

I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.<sup>25</sup>

- b) Todas las leyes ordinarias o de “fuero común” que expiden las entidades federativas en el sistema mexicano.

En el último nivel de la “pirámide” encontraríamos a todas aquellas disposiciones normativas que se desprenden de

---

<sup>25</sup> El texto transcrito se identifica como la “facultad reglamentaria” o atribución del Ejecutivo Federal para reglamentar las leyes, aunque ello no se desprende del sentido gramatical de la disposición.

este tipo de ordenamientos, tales como los decretos, acuerdos, circulares, Normas Oficiales Mexicanas, convenios de colaboración, bandos, ordenanzas, así como otras muchas novedosas figuras jurídicas que vienen a integrarse a últimas fechas al catálogo de normas de carácter general que día a día se expiden y que rigen obligatoriamente la conducta humana, aclarándose que muchas de ellas carecen de sustento o base constitucional y legal para su expedición, por lo que no pueden ser consideradas dentro del sistema formal de jerarquía de normas, ya que se trata de normas “de facto” sin sustento jurídico para su expedición .

Todas estas normas, al menos, reconocen como su fundamento de validez el apego a la norma superior jerárquica, y todas ellas en su conjunto a la norma “suprema”: la Constitución.

### *b) Principio “pro homine” vs. Principio de “supremacía constitucional”*

Ronald Dworkin afirma que entiende por “principio” una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de la justicia. Es decir, son pautas metodológicas, fuentes jurídicas para resolver lagunas normativas, o postulados morales que inspiran el contenido de la norma.

Los conflictos entre principios se resuelven por peso; si un principio es aplicable en un caso, constituye una consideración que debe ser tomada en cuenta por el juzgador en el balance de razones; otros principios, en sentido contrario, si son más pesados pueden inclinar la balanza y el principio original no deja por esa razón de formar parte del orden jurídico. Los principios inclinan la decisión en una dirección,

aunque no de una manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Dicho principio tiene como fin acudir a la norma más protectora, a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, o bien, en sentido complementario, aplicar la norma con una interpretación más restringida al establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

Sin duda puede presentarse un conflicto entre el principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 133, que dispone que la Constitución es superior en jerarquía a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico (y por lo tanto debe aplicarse su texto por encima de cualquier disposición contraria contenida en cualquier otra norma de menor nivel), y el principio *pro homine* o *pro personae*, propio de las teorías de derechos humanos, que plantea que ante una posible antinomia entre normas jurídicas, debe aplicarse aquella que presente un mayor beneficio al individuo o gobernado.

En cuanto a la aplicación del principio *pro homine* es importante considerar lo siguiente:

### *Preferencia interpretativa*

Cuando el operador jurídico se encuentra frente a una norma de derechos humanos que puede tener varias interpretaciones.

- a) Interpretación extensiva. Implica que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.
- b) Interpretación restringida. Implica que cuando se establecen restricciones permanentes al ejercicio de los derechos humanos o su suspensión extraordinaria, la norma debe ser interpretada de tal manera que se limite o restrinja lo menos posible dicho ejercicio.

### *Preferencia de normas*

- a) Preferencia de la norma más protectora. Permite al juez o intérprete legal seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos.
- b) Conservación de la norma más favorable. Se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede desaplicar o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior

Armando Hernández Cruz

jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita, con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.