

## LA FORMA DE LA NORMA. REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER REGLAMENTARIO DE ALGUNAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Carla Huerta\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El contexto de la regulación constitucional.* III. *El objeto de análisis: la Constitución.* IV. *Particularidades de la Constitución como norma.* V. *La materia constitucional.* VI. *Reflexiones finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

La pregunta sobre la forma de la norma constitucional no es ociosa, en la actualidad discutir sobre la manera en que deben ser redactadas las disposiciones constitucionales es de gran relevancia. La técnica legislativa, como disciplina, ha sido desarrollada ampliamente en torno a la elaboración de leyes y reglamentos, pero poco se dice sobre la norma constitucional. No obstante, en su carácter de norma general y abstracta, mucho de lo desarrollado por la teoría y la técnica de la legislación, en la medida en que éstas se entiendan como los medios para elaboración de normas<sup>1</sup> podría ser aplicada a la Constitución.

Para poder plantear los problemas que surgen de la regulación detallada de algunas disposiciones constitucionales es preciso señalar que el objetivo del presente ensayo no es el de hacer un análisis descriptivo del derecho mexicano, sino por el contrario se pretende que sea principalmente normativo. Tampoco se trata de discutir la estructura de los enunciados normativos constitucionales, sino más bien de evaluarlos desde el punto de vista material. Para abordar el tema sobre la forma adecuada o más conveniente

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> *Cf.* Aguiló Regla, Josep, “Técnica legislativa y documentación automática de legislación”, en *Elementos de técnica legislativa*, Carbonell, Pedroza de la Llave coords., UNAM, México, 2000, pp. 245- 248.

de las normas constitucionales, en este caso más bien en relación a su generalidad o especificidad, es preciso partir de la pregunta sobre la naturaleza de la Constitución que cuestiona si ésta tiene un carácter especial, en otras palabras, es preciso saber qué tipo de norma es.

La respuesta viene dada en primera instancia por su carácter de norma fundamental y primera norma del sistema jurídico que regula la producción normativa<sup>2</sup>, así como su supremacía, cualidad que le es reconocida por su especial naturaleza como expresión originaria de la voluntad fundacional de un pueblo y el especial procedimiento que se lleva a cabo para su otorgamiento.

Las preguntas a partir de las cuáles se plantea la reflexión son las siguientes: Primero, ¿cómo debe ser la Constitución?, por lo que cabe preguntar de manera más específica: ¿Cómo debe ser un precepto constitucional? Si bien es cierto que por una parte esta última pregunta se refiere a la estructura de la norma, la idea es más bien analizar primero sus propiedades, principalmente las de generalidad y abstracción, aunque también se aborda la temática de su contenido en la medida en que se puede discutir cuáles son las materias que deben ser reguladas en la Constitución y con qué detalle. Esto lleva a preguntarse ¿qué debe incluir una disposición constitucional para satisfacer los fines para los cuales la norma es emitida? Estas cuestiones requieren que se consideren diversos aspectos de la teoría general del derecho.

Segundo, desde la perspectiva de la teoría del derecho constitucional vale la pena cuestionarse ¿qué es materia propiamente constitucional? Si es que se puede hablar de algo así. ¿Qué tipo de cuestiones corresponde considerar al Constituyente de manera primordial o exclusiva para establecer el marco conforme al cual se realice el desarrollo posterior que corresponde al legislador? Esto lleva a la necesidad de retomar la pregunta sobre ¿qué es una Constitución? Identificar las propiedades relevantes del concepto de Constitución tiene por objeto entender su especial naturaleza para: 1. Reflexionar sobre los contenidos de la Constitución, y 2. Decidir si hay materias que deben ser reguladas con mayor precisión y cuáles.

Finalmente, vale la pena mencionar que uno de los aspectos más interesantes de este problema de la reglamentación de preceptos constitucionales es que la sobrerregulación ha alcanzado disposiciones que no forman parte del texto constitucional en sentido estricto. Los artículos transitorios de ca-

---

<sup>2</sup> Kelsen menciona en reiteradas ocasiones que es una peculiaridad del derecho regular su propia producción, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, (segunda edición), trad. de Rober- to J. Vernengo, Porrúa, México, 2000, p. 232.

rácter reglamentario, que por sus contenidos transgreden la función de los mismos, también deben ser analizados con detenimiento. Aunque éste no será un tema que se aborde en este ensayo.

## II. EL CONTEXTO DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Diversas cuestiones han de considerarse en la elaboración y reforma de una Constitución, entre otras cosas, su naturaleza de norma, su función en el sistema jurídico, el lenguaje mediante el cual se expresa, la finalidad con la que es emitida así como los objetivos a lograr. El punto de partida del análisis es un concepto de derecho que supone la comprensión de su funcionamiento como un sistema dinámico que regula su propia modificación mediante la previsión de ciertas reglas de introducción y eliminación de las normas.<sup>3</sup>

La transformación del sistema se lleva a cabo mediante la realización de actos normativos ya sea por la introducción o eliminación de una norma. Así se produce una modificación del sistema jurídico por la creación de una norma a través de actos de promulgación o de adición por ejemplo<sup>4</sup>, o por su eliminación mediante un acto de derogación cuando además de suprimir la norma se produce un cambio en el conjunto de las normas aplicables<sup>5</sup>. Esto último es especialmente relevante para la aplicación de la Constitución, pues cada reforma, adición o derogación de una disposición constitucional puede producir la modificación del sentido de otras disposiciones constitucionales, porque la Constitución opera como un sistema<sup>6</sup>.

Bulygin señala que en relación con las normas jurídicas se pueden presentar tres tipos de problemas distintos: 1. los axiológicos, que se refieren

---

<sup>3</sup> Alchourrón y Bulygin en *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Distribuciones Fontamara, S.A., México 1997, pp. 62, 63.

<sup>4</sup> El sentido de “creación del derecho” es muy amplio en Kelsen e incluye los actos de promulgación, reforma y abrogación de las normas pues cada uno se realiza mediante un acto normativo. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1988, p. 147.

<sup>5</sup> Para Alchourrón los cambios en un sistema jurídico son consecuencia de su expansión, contracción o revisión. La primera se produce cuando se agregan normas al sistema, al menos una, la contracción al eliminarlas, y la revisión ocurre cuando se elimina una norma y posteriormente se agrega otra incompatible con la norma eliminada, la revisión sería así la expansión de una contracción. Alchourrón, Carlos, “Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, vol. 10, iss. 4, 1991, Kluwer, Netherlands, p. 425.

<sup>6</sup> Solamente la concepción de la Constitución como sistema puede explicar las relaciones que se producen entre las normas que la conforman. *Cfr.*, Huerta, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, p. 262.

principalmente a cuestiones de equidad y justicia, 2. los problemas lingüísticos que están relacionados con la vaguedad (sintáctica y semántica) y la ambigüedad (ya sea actual o potencial), tanto de los conceptos jurídicos como de los enunciados normativos, y 3. los problemas que él denomina lógicos o conceptuales, como son el sistemático y el dinámico, y que derivan de la propia naturaleza del derecho.<sup>7</sup> Por lo que a la forma de la norma se refiere, en relación con los actos de creación normativa son de especial interés los problemas lingüísticos y los lógicos.

Los problemas dinámicos se encuentran asociados al objeto que regulan las normas: las conductas que son cambiantes, así como al hecho que las normas en su calidad de elementos primarios del sistema se relacionan entre sí y forman una unidad que se ordena conforme a ciertos criterios determinados por el propio sistema. Asumir que el derecho opera como un sistema implica aceptar ciertas propiedades formales del sistema como son la completitud, la coherencia, la consistencia y la independencia que determinan la forma en que las normas que lo integran se relacionan<sup>8</sup>. Estas “propiedades” operan como criterios de desarrollo e interpretación del derecho y podrían considerarse como un deber racional para la autoridad normativa y aplicadora<sup>9</sup>.

Estos problemas resultan del proceso de creación y eliminación de las normas, en términos de Bulygin de los actos de promulgación y derogación.<sup>10</sup> Es por ello que es conveniente tener un conocimiento adecuado de la estructura y funcionamiento del sistema jurídico, así como de sus presupuestos operativos al evaluar la inclusión, modificación o eliminación de una determinada disposición en la Constitución. Todo acto normativo produce una transformación del sistema jurídico, especialmente relevantes son los que se realizan a la Constitución por su posición en el sistema jurídico,

---

<sup>7</sup> Bulygin Eugenio, “Teoría y técnica de la legislación”, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 411, 412.

<sup>8</sup> Cr. Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, segunda edición, UNAM, México, 2007, pp. 130-135. Alchourrón y Bulygin hablan de la completitud, la coherencia y la independencia como propiedades estructurales de los sistemas normativos, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 100-102.

<sup>9</sup> Ya Savigny sugería que en la aplicación y creación del derecho era precisa su comprensión lógica y sistemática. Como dice Larenz, es característico en Savigny el método del sistemático que intenta comprender la totalidad de las normas jurídicas como un todo coherente, y que para él se tenía que combinar con el método histórico. *Vid* Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994 p. 38.

<sup>10</sup> Bulygin, *op.cit*, nota 7, p. 419.

ya que cada reforma repercute en las normas subordinadas a ella<sup>11</sup>. Esto se debe a que en el derecho, entendido como sistema, las normas jurídicas se encuentran relacionadas unas con otras conforme a los criterios del propio sistema.

Los problemas lingüísticos derivan del lenguaje natural en el que el derecho es expresado de modo que los enunciados normativos pueden estar afectados por cualquier tipo de problema lingüístico como son la oscuridad, la vaguedad o la ambigüedad. La falta de claridad y precisión en la elaboración de una norma da lugar a problemas de aplicación que pueden causar problemas de índole jurídica o sumarse a ellos, sobre todo por la cantidad de conceptos técnicos que se utilizan en el derecho por ser el derecho un lenguaje especial cuya función es expresar conductas debidas<sup>12</sup>.

Este tipo de problemas pueden parecer menores al lado de los de orden lógico ya que puede realizarse un control previo a la expedición de la norma y recurrirse a expertos para evitarlos<sup>13</sup>. Aunque se trate de un problema salvable, el uso inadecuado de las reglas del lenguaje jurídico, que parte del lenguaje natural como señala María Bono, genera conflictos que impiden que se cumplan los fines de “accesibilidad, claridad y precisión” propios de la racionalidad lingüística<sup>14</sup>. Es por ello que Bulygin sostiene que es preciso separar la función política de la sanción legislativa de la de la elaboración técnica del proyecto de ley, lo cual se puede lograr encomendando la labor a técnicos especializados<sup>15</sup>.

Esta estrecha relación entre el lenguaje y el derecho hace indispensable que la actividad normativa sea realizada con especial atención, ya que los enunciados normativos que conforman el lenguaje jurídico tienen un carácter prescriptivo. Cabe aclarar que aquí se adopta una definición semántica

---

<sup>11</sup> Lo que permanece invariable según Alchourrón y Bulygin son los criterios de identificación del sistema que permiten hablar del mismo sistema. En términos de derecho positivo este criterio sería la Constitución, *op. cit.*, nota 3, pp. 61-63.

<sup>12</sup> Si un enunciado normativo no es claro será preciso interpretarlo, y como dice Guastini si la interpretación es entendida como atribución de significado, entonces es presupuesto de los actos de aplicación, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Gascón y Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, p. 5.

<sup>13</sup> Como apoyarse en una comisión de estilo, como se hizo antes de la expedición de la Constitución de 1857, cuyo objeto sería la revisión por expertos en el idioma, además de juristas para supervisar la redacción y el lenguaje técnico. Aunque muy rápidamente en 1917 también se sometió a revisión el texto reformado de la Constitución.

<sup>14</sup> *Cfr.* Bono, María, “La racionalidad lingüística en la producción legislativa”, en *Elementos de técnica legislativa*, Carbonell, Pedroza de la Llave coords., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 192.

<sup>15</sup> Bulygin, *op. cit.*, nota 7, p. 423.

de norma, de modo que la norma es el significado del enunciado normativo que es el emitido por el legislador (*l.s.*). Según Wróblewski, el lenguaje jurídico como lenguaje del *deber ser* en el que se formulan los textos normativos se distingue del lenguaje ordinario en los niveles semántico y pragmático, más no en el sintáctico.<sup>16</sup> La forma del enunciado ha de conformarse por lo tanto a las reglas de la gramática del lenguaje en el que se redactan, aunque puede variar un poco en el estilo que es propio del derecho.

No obstante, al enunciado normativo en sí corresponde una estructura propia que la teoría general de las normas ha establecido que se integra por tres elementos: supuesto de hecho, cópula y sanción o consecuencia jurídica. Cuando no es dada, esta forma ideal del enunciado normativo<sup>17</sup> ha de ser identificada o reconstruida mediante interpretación por el órgano que aplica o desarrolla una disposición jurídica. La falta de alguno de estos elementos es una deficiencia técnica imputable al legislador y la consecuencia es la imposibilidad de satisfacer la norma, así como de exigir su cumplimiento. Un ejemplo claro en la Constitución es la omisión legislativa, en México es evidente que el incumplimiento de un mandato al legislador carece de consecuencias<sup>18</sup>.

Esto nos lleva a reflexionar sobre su formulación. Las normas entendidas como reglas de conducta de observancia obligatoria, han de contar con un supuesto de hecho o hipótesis normativa que se define como abstracción de la realidad regulada. Este elemento de la norma es en el que se puede identificar unas de las propiedades más importantes que caracterizan a los enunciados normativos: la abstracción y generalidad, las cuales producen otras formas de ambigüedad y vaguedad que se suman a las de las palabras utilizadas. No obstante, son estas propiedades las que permiten mediante la realización de una operación intelectual elaborar supuestos de hecho independientes de la realidad observada que se pretende transformar mediante la regulación.

---

<sup>16</sup> Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Distribuciones Fontamara, México, 2001, p. 177.

<sup>17</sup> Vid por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, (primera edición), México, Editora Nacional, 1981, p. 48, o bien, Schreiber, Rupert, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer Verlag, 1966, pp. 9 y ss.

<sup>18</sup> El concepto de “omisión legislativa” tiene varias acepciones, pero en general se refiere a la inactividad o negligencia por parte del legislador para elaborar una ley ya por mandato expreso o en función de las competencias atribuidas por la Constitución. El problema está en que como dice Morón Urbina, en la mayoría de los casos, la omisión legislativa carece de “remedio jurídico eficaz”. Cfr. Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 1, Lima, 1999, p. 452.

Dado que la Constitución es una norma de un tipo especial, no solamente por su carácter de norma suprema del sistema jurídico, sino también por su función delimitadora de la creación de normas, sus disposiciones son las normas más generales y abstractas del orden jurídico ya que a partir de estas normas se desarrolla el sistema jurídico, y así es conveniente que sea pues esto hace posible su interpretación, y esta flexibilidad de sentido refuerza su permanencia. Además, como señala Aragón la capacidad evolutiva de una Constitución es una cualidad importante del constitucionalismo que reside en la “capacidad que poseen los textos para adaptarse a circunstancias cambiantes, a través de la interpretación, sin transformar la redacción originaria”<sup>19</sup> y esto solamente es posible en la medida en que sus supuestos sean generales y abstractos.

Finalmente, si bien es cierto que la dinámica es una propiedad distintiva del derecho es conveniente adaptar la Constitución solamente cuando no sea posible interpretarla de otra manera, pues es importante mantener el equilibrio entre transformación y permanencia si las normas han de cumplir su función de guías de conducta y el derecho ha de operar como herramienta de conformación social como decía Kelsen<sup>20</sup>. De modo que la autoridad facultada para modificar y desarrollar el sistema jurídico tiene que balancear la dinámica propia del derecho con la permanencia constitucional para fortalecer su posición como norma fundamental y su vigencia<sup>21</sup>.

### III. EL OBJETO DE ANÁLISIS: LA CONSTITUCIÓN

Aquí retomamos la cuestión sobre la precisión con la que han de ser redactadas las disposiciones constitucionales, para ello me parece importante repensar qué es una Constitución, algo que aunque hoy en día podría parecer evidente, no lo es tanto. Identificar las propiedades relevantes del concepto de

---

<sup>19</sup> Aragón Reyes, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Carbonell, Fix-Fierro, González Pérez, Valadés coords., Tomo IV, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015, p. 96.

<sup>20</sup> El elemento central para Kelsen es la coercibilidad, por eso señala que: “The specific technique of the law -the technique of indirect motivation- consists in the very fact that it attaches to certain conditions certain coercive measures as consequences”, Kelsen, Hans, “Law as a Specific Social Technique”, *University of Chicago Law Review*, vol. 9, iss. 1, p. 87.

<sup>21</sup> Por lo que a la permanencia de la Constitución y al proceso de reforma constitucional desde la perspectiva material, como dinámica de los contenidos constitucionales, se refiere *vid* Huerta, *op. cit.*, nota 6, pp. 72-76.

Constitución tiene por objeto entender su especial naturaleza para reflexionar sobre los contenidos de la Constitución y cómo deben ser regulados.

Primero hay que aclarar que como punto de partida se han de considerar tres aspectos: el carácter de norma jurídica de la Constitución, su posición y su función en el sistema jurídico. Considerar a la Constitución como norma implica principalmente reconocer que produce efectos jurídicos y que su cumplimiento es obligatorio y por lo tanto, exigible. El derecho se distingue de otros tipos de normatividad porque regula su propia creación y esto debe hacerse en la norma superior<sup>22</sup>. Así, la Constitución regula la producción normativa de modo que funda y conforma el sistema jurídico por lo que su fuerza y eficacia normativas derivan de su posición en el sistema jurídico<sup>23</sup> que por lo mismo tiene que ser la suprema. De tal forma que como primera norma del sistema regula los procedimientos de creación y de su conformidad con ella derivan cadenas de validez de las normas como sostenía Kelsen.

La supremacía de la Constitución sin embargo, además de a su posición en el sistema jurídico, hace referencia a su eficacia y su fuerza derogatoria que indican la forma en que opera como norma jurídica, que es de manera directa, y en ello radica su normatividad<sup>24</sup>. Esto significa por una parte, que los órganos competentes que deben aplicar el orden jurídico están obligados a aplicar directamente las normas constitucionales, pues los derechos previstos en la Constitución son inmediatamente operativos, aun sin desarrollo legislativo. El principio de eficacia directa de la Constitución no opera de la misma manera respecto de todas las normas constitucionales, aunque por supuesto es aplicable a los derechos que son exigibles de manera inmediata. En cambio, el ejercicio de competencias, así como los procedimientos de creación y aplicación de las normas con frecuencia requieren de ser precisados en las leyes en términos generales y pormenorizados en los reglamentos respectivos.

---

<sup>22</sup> Kelsen sostiene que el orden jurídico es un sistema de normas generales e individualizadas “entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación”. Kelsen, *op.cit.*, nota 4, p 156.

<sup>23</sup> Su fuerza es determinada por los criterios de jerarquía y distribución de materias, *vid.* De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2da. edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, pp. 88-91.

<sup>24</sup> Para Wróblewski la discusión sobre la normatividad de la Constitución solamente es significativa si por normatividad se entiende que las disposiciones constitucionales regulan directa o indirectamente la conducta humana. Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1988, Civitas, 1985, pp. 103, 104.



Esta eficacia directa de la Constitución deriva de su posición jerárquica en el sistema jurídico como norma suprema del mismo, que se aplica también a las relaciones jurídicas según el principio de jerarquía normativa, porque se entiende que esta superioridad significa que la Constitución no es un mandato al legislador, sino una norma a aplicar. Por otra parte, significa además que en caso de conflicto con disposiciones secundarias del orden jurídico prevalece la Constitución aun cuando sus preceptos solamente sean generales. El desarrollo puntual de disposiciones constitucionales podría tener un efecto sustitutorio de la legislación secundaria, y en dicho caso si se expidieran las leyes secundarias no se producirían conflictos siempre y cuando el legislador ordinario fuese cuidadoso al reproducir las normas constitucionales en la ley<sup>25</sup>.

De modo que siguiendo a Kelsen si la Constitución se define por su jerarquía y función, y dado que su carácter de norma jurídica es un “deber ser”, entonces su función es regular conductas de manera directiva<sup>26</sup>. Si su objeto es regular conductas y sus disposiciones son prescriptivas, entonces las declaraciones y explicaciones no pueden ser parte de su contenido. A la Constitución le compete establecer los órganos encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento correspondiente. Pero además para Kelsen, la “Constitución en sentido material, puede determinar no solamente los órganos del proceso legislativo, sino también, hasta cierto grado, el contenido de leyes futuras”<sup>27</sup>. Pero solo en cierto grado, no de manera absoluta, pues no es su función determinar todo el sistema jurídico.

Dado que la Constitución como primera norma positiva establece órganos, procedimientos y contenidos como sostenía Kelsen, al determinar los contenidos prescritos o excluidos para la creación de normas inferiores válidas, estas reglas operan como criterios de su desarrollo válido. Por lo que el legislador ordinario debe sujetarse a lo previsto en la Constitución, pues el modelo jerárquico se sustenta en los valores de orden, estabilidad, seguridad y responsabilidad. Así entendida, la Constitución funciona como el sistema de significaciones jurídicas que determina los significados de las demás normas del sistema. Pero la Constitución no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual es aplicada, por lo que siempre

---

<sup>25</sup> Esto sin embargo, genera un problema de redundancia, pues habría dos enunciados normativos idénticos regulando el mismo supuesto, *vid* Huerta, *op.cit.*, nota 6, pp. 20, 21.

<sup>26</sup> *Cfr.* Kelsen, *op.cit.*, nota 2, pp. 18, 19, 232, 234.

<sup>27</sup> Kelsen, *op.cit.*, nota 4, p. 148. Según Kelsen la Constitución puede prescribir o excluir ciertos contenidos, en su opinión, es más eficaz “excluir por la Constitución leyes de determinados contenidos”, *op.cit.*, nota 2, p. 234.

subsiste un espacio para la discrecionalidad<sup>28</sup>. Este margen para el desarrollo es deseable, pues la intención no es que todo se encuentre previsto en la Constitución, ni siquiera es posible. Es más, como bien señala Bulygin, “el legislador no tiene que prever todas las circunstancias posibles que pueden presentarse” y añade: “cosa que sería ciertamente imposible para el legislador humano”<sup>29</sup>.

La Constitución es el marco de referencia para el desarrollo y aplicación de las normas del sistema jurídico, no la totalidad, su función no es preverlo todo. Es más si los contenidos son específicos, el legislador no puede desarrollar el derecho sino transcribir solamente, es casi como remitir la regulación al poder Ejecutivo para reglamentar lo necesario para su aplicación, con lo que se pierde un mecanismo de control y equilibrio. Si los supuestos se cierran se impide la configuración posterior por el legislador que es indispensable en casos como los que requieren un margen de decisión. Precisar las normas es anclarlas en el presente negando el futuro al imposibilitar su adaptación por medios distintos a la reforma.

Según Hesse la Constitución tiene un carácter amplio y abierto, regula de manera general, lo importante y lo que necesita determinación, la concretización de lo demás dice que se “confía” al resto del orden jurídico puesto que “la Constitución no codifica”. En su opinión, hay que aceptar que “las normas de la Constitución no son completas ni perfectas”, es más para Hesse “la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada”<sup>30</sup>. En otras palabras, la Constitución debe lograr cierto equilibrio entre la “precisión” que es necesaria para la claridad y comprensión del significado de las normas y la indeterminación que hace posible la adaptación de la Constitución mediante la interpretación.

En la medida en que los enunciados normativos son indeterminados, pueden ser considerados como marcos abiertos a la interpretación como decía Kelsen<sup>31</sup>. Por lo que a su formulación se refiere, se pueden producir distintas formas de indeterminación y pueden ser de orden semántico, sintáctico o pragmático, que corresponden a distintos planos de análisis del lenguaje. Por su posición en el sistema, la Constitución es la norma cuyos contenidos ofrecen por su generalidad y abstracción la mayor indeterminación.

---

<sup>28</sup> Kelsen, *op.cit.*, nota 2, p. 350.

<sup>29</sup> Bulygin, *op.cit.*, nota 7, p. 415

<sup>30</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 17, 18 y 34.

<sup>31</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve de la edición francesa de 1953, pp. 167 y ss.

ción. Si se atiende a la distinción hecha por Kelsen a partir del acto de voluntad que la produce, entonces se puede hablar de dos tipos de indeterminación: la intencional y la no intencional<sup>32</sup>. La no intencional puede resultar de una mala formulación lingüística, una pobre técnica legislativa o de la incertidumbre que produce la existencia de una pluralidad de normas que regulan el mismo supuesto, esto evidentemente no es deseable.

La intencional en el caso del Constituyente se manifiesta en la formulación de normas generales que hacen posible el trabajo conceptual y permiten un margen de interpretación que se concreta en el acto de aplicación de la norma. Cuando es intencional tiene por objeto configurar y proteger el ámbito mínimo de derechos y libertades permitiendo el desarrollo posterior al legislador, o bien, abrir a la interpretación sus previsiones generales para que abarquen la mayor cantidad de supuestos posibles. La generalidad y abstracción pueden producir ambigüedades, pero esto no tiene que percibirse como algo negativo pues hace posible la duración de la norma, y esta permanencia produce una estabilidad que refuerza su normatividad. De esta manera se hace posible una forma de adecuación más flexible que por vía de reforma constitucional. Este tipo de indeterminación, es parte de la versatilidad necesaria en el derecho.

La función de la Constitución es compleja y variable como señalan Hamon y Troper, quienes distinguen las funciones jurídicas de las políticas<sup>33</sup>. No obstante se puede decir que como norma jurídica suprema del sistema jurídico su función es regular y limitar el ejercicio del poder para garantizar la libertad mediante la previsión de controles. Para poder lograrlo es imprescindible su permanencia a pesar de la dinámica del derecho, la reglamentación de sus preceptos la hace rígida por lo que podría no llegar a afianzar su normatividad o incluso perder rápidamente su vigencia. Si no tiene una cierta estabilidad, la Constitución no puede posibilitar ni garantizar el funcionamiento de un Estado<sup>34</sup>.

Por eso debe ser distinta a la ley no solamente en el rango sino también en sus contenidos, pues si bien la jerarquía es definitoria de la Constitución como norma porque la posición que ocupa en el sistema jurídico la distin-

---

<sup>32</sup> Kelsen, *op.cit.*, nota 2, p. 350.

<sup>33</sup> Desde el punto de vista jurídico consideran una triple función de la Constitución: fundamentar la validez del sistema jurídico, determinar las modalidades de designación de gobernantes y sus competencias y enunciar principios que justifiquen las reglas positivas y su ulterior interpretación. Hamon, Francis y Michel Troper, *Droit Constitutionnel*, 28<sup>a</sup>. ed., L.G.D.J., París, 2013, pp. 44, 45.

<sup>34</sup> *Cfr.* Huerta, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder*, 3<sup>a</sup>. edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 59.

que de otras normas, se distingue de otras fuentes<sup>35</sup> primordialmente por su contenido: regula la dinámica jurídica y los destinatarios de estas disposiciones son los órganos que crean y aplican normas<sup>36</sup>. Esto significa que tiene que haber una diferencia entre Constitución y ley no solamente en la forma que adopta, sino también en los contenidos que regula.

En resumen, la regulación detallada equipara la Constitución a la ley lo que menoscaba su supremacía, principalmente en sentido material pues aunque el proceso de elaboración y reforma de la Constitución sea distinto<sup>37</sup>, la forma de la norma no permitiría distinguir la cualidad fundamental de sus prescripciones al ser iguales y la distinción formal entre norma constitucional y ley ordinaria se tornaría irrelevante. Esto no es conveniente porque la Constitución debe preservar su supremacía jurídica frente a las leyes, distinguirse de ellas, no sólo formalmente sino también materialmente, pues como señala Aragón, el rango de la Constitución es inseparable de su contenido<sup>38</sup>. Es más, el desarrollo detallado de preceptos constitucionales hace superfluo el trabajo del legislador ordinario, puesto que de esta manera el Constituyente permanente substituye en sus funciones al legislador y materialmente invade su esfera de competencia.

#### IV. PARTICULARIDADES DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA

El derecho regula su propia creación, esta es una de sus notas distintivas, razón por la cual según Kelsen, el derecho se caracteriza por dos tipos de acciones: la creación y la aplicación de normas<sup>39</sup>. En un sistema jerárquico todo acto de creación, excepto el del Constituyente originario, es un acto

---

<sup>35</sup> Para Ignacio de Otto las fuentes son los actos a los que el derecho positivo confiere la virtualidad de crear una norma. De Otto, *op.cit.*, nota 23, p. 70.

<sup>36</sup> Según Rolando Tamayo la Constitución, como parte del discurso prescriptivo, se dirige a los órganos que deben aplicarla. Tamayo, Rolando, “Interpretación constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez, Rodolfo, (compil.) *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, Doctrina Jurídica Contemporánea n° 4, p. 115.

<sup>37</sup> La supralegalidad es para Aragón la garantía jurídica de la supremacía constitucional y no es una propiedad meramente formal que deriva de su procedencia de una fuente superior a la del derecho ordinario, sino sobre todo de sentido material. Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, no. 50, marzo-abril 1986, Centro de Estudios Constitucionales, p. 23.

<sup>38</sup> Aragón, *Ibidem*, p. 22.

<sup>39</sup> Para Kelsen la “creación del derecho es siempre aplicación del mismo.” Aunque en su opinión, “normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho” excepto los casos limítrofes, *op.cit.*, nota 4, p. 157.

de aplicación. El legislador ordinario es el primer intérprete de la Constitución<sup>40</sup>, pues debe conformarse a ella para la elaboración de las leyes, ya que una ley solamente puede ser considerada norma jurídica, ser obligatoria y servir de fundamento a otras normas, si ha sido adoptada conforme a la Constitución<sup>41</sup>. Es por ello que su labor creadora tiene una doble relevancia: desarrollar y precisar los contenidos de la Constitución, y realizar un trabajo coherente que evite en la medida de lo posible la necesidad de la interpretación, pero si las disposiciones son reglamentarias ni interpretación ni desarrollo son posibles.

Como ya se mencionó, la Constitución en virtud de su rango y función permanece indeterminada, y regula sólo de manera general la forma en que debe ser aplicada, por lo que deja un cierto espacio de discrecionalidad al órgano creador de normas secundarias y al intérprete<sup>42</sup>. El carácter de marco abierto de los enunciados normativos debe ser llenado a través del acto interpretativo<sup>43</sup>. El origen de la incertidumbre sobre el significado y alcance de las normas jurídicas se encuentra en primer lugar en el órgano redactor de la norma, que en el caso que nos ocupa es el Constituyente. Pero esto no necesariamente es un defecto pues la indeterminación puede ser intencional y tener un propósito funcional.

Es por ello que sería conveniente que para hacerla eficaz la actividad normativa del Constituyente se guiara por el modelo del “legislador racional” que presume que la actuación del legislador es la de un sujeto individual, permanente, único y razonable que conoce el sistema jurídico en su totalidad.<sup>44</sup> Este modelo supone que el legislador conoce todas las circunstancias, debe ser coherente, consistente y además justo. Según Nino este modelo es utilizado por los juristas aunque “poco tiene que ver con el legislador de carne y hueso que sanciona leyes”<sup>45</sup>. Así el legislador racional es omnicompreensivo, en el sentido de que no deja ninguna situación jurídica

---

<sup>40</sup> Para Kelsen, hay interpretación constitucional “en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo”, *op.cit.*, nota 2, p. 349.

<sup>41</sup> *Cfr.* Hamon y Troper, *op.cit.*, nota 33, p. 45.

<sup>42</sup> La discrecionalidad es una potestad regulada, por lo que no debe confundirse con la arbitrariedad, su ejercicio es un acto de poder limitado. *Vid* Huerta, Carla, “Discrecionalidad y legalidad: tensión en la aplicación del derecho”, *Disertaciones de filosofía del derecho*, Fernández Ruíz coord., UNAM, México, 2013, p. 17.

<sup>43</sup> Kelsen, *op.cit.*, nota 2, pp. 349-352.

<sup>44</sup> Sobre el tema *vid.* Esquiaga, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional” en Vázquez, Rodolfo, (compil.) *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, *Doctrina Jurídica Contemporánea* n° 4, pp. 157- 186.

<sup>45</sup> Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, p. 85.

sin regular, finalista porque tiene un objetivo, no es redundante, es operativo pues solamente emite normas que serán aplicadas, preciso en la utilización del lenguaje que además es perfecta, y su única función es legislar.<sup>46</sup> Este modelo ha de ser tomado con cautela. como guía de la acción normativa racional, no como una descripción de la realidad. En el caso de México, parece que el legislador solamente tiene una pretensión afín a este modelo que es la de ser omnicompreensivo, ya que intenta legislar sobre todo lo que se le ocurre, aunque es evidente que jamás se podrían prever todas las situaciones posibles<sup>47</sup>.

La labor constitucional debe por lo tanto, partir siempre de la hipótesis de un legislador constituyente no redundante, de la idea de que el enunciado normativo no es superfluo, ni repetitivo, sino un enunciado que por sí solo, o en conexión con otros prevé derechos u obligaciones. De modo que como presupuesto de elaboración e interpretación de las normas ha de tomarse en cuenta que la Constitución se conforma por una serie de normas no independientes, entendidas en el sentido de Kelsen<sup>48</sup>, por lo que en virtud de la vinculación e interrelación de los enunciados normativos en términos de la unidad del sistema jurídico. la estructura de la norma puede integrarse mediante la complementación de diversos enunciados normativos<sup>49</sup>.

Así, el método sistemático de interpretación hace posible vincular diversos enunciados para integrar la norma y atribuirle significado mediante la combinación de algunos elementos o partes de los enunciados normativos para formar una norma completa, como dice Guastini.<sup>50</sup> Razón por la cual no es necesario repetir una y otra vez en un cuerpo normativo, menos aún en la Constitución, los enunciados normativos completos una y otra vez. Es más los supuestos constitucionales no pueden ser interpretados de manera aislada, sino relacionándolos con los demás supuestos de la Constitución ya

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp.85-86.

<sup>47</sup> En algún momento pudo ser el objetivo de los procesos de codificación francés y alemán que dieron lugar a los códigos civiles de 1804 y 1900 respectivamente, pero intentar considerar todas las situaciones posibles no hubiera permitido concluir los trabajos legislativos.

<sup>48</sup> A diferencia de las normas no independientes, las normas independientes prevén la sanción coactiva en el mismo enunciado que el supuesto de hecho. Kelsen, *op.cit.*, nota 2, pp. 67-70.

<sup>49</sup> Las relaciones entre los supuestos de hecho son de distintos tipos, Schreier habla de dependencia, fusión y compatibilidad, y aunque en su libro utiliza el término “hecho jurídico”, aclara que lo usa en el sentido de supuesto o hipótesis jurídica. Schreier, Fritz, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, Ediciones Coyoacán, México, 2010, pp. 121-169.

<sup>50</sup> Guastini, *op.cit.*, nota 12, p. 44.

que ésta forma una unidad, por lo que deben ser interpretados de manera sistemática y coherente.

De modo que es posible sostener que el “legislador racional” como presupuesto teórico puede servir al Constituyente como premisa (ideal) de la tarea normativa, que a la vez opere como mecanismo de control preventivo de las normas, y como presupuesto de interpretación para la reforma de la Constitución. El objetivo principal de recurrir a este modelo es el de optimizar la aplicación de las normas constitucionales para incrementar su eficacia y por consiguiente la permanencia de la Constitución misma. Trabajar con este modelo podría operar como una presunción a favor del órgano reformador de la Constitución que contribuiría a hacer una interpretación razonable y congruente de sus normas.

Dada la función y rango de la Constitución debe existir claridad<sup>51</sup> y certeza en el texto constitucional para poder cumplir con su función directiva, el cual debe adecuarse a la realidad que regula y procurar mantener su permanencia para preservar su fuerza normativa. Aunque esto pueda parecer contradictorio, refleja más bien la tensión que se produce entre cambio y permanencia que resulta de la naturaleza dinámica del derecho<sup>52</sup>. Para reforzar la permanencia de la Constitución sus disposiciones han de ser generales y abstractas con lo cual se hace posible su interpretación y por ende, el cambio vía mutación. Solamente cuando no es posible otra interpretación entonces procede la reforma en los términos previstos por la propia Constitución.

Los enunciados normativos de la Constitución, así como los que forman parte de una reforma o adición a la misma, pueden ser interpretados si son amplios y abiertos, al igual que los artículos transitorios de las mismas, aun cuando no forman parte del texto constitucional (*s.s.*). La interpretación constitucional se identifica por su objeto, una Constitución<sup>53</sup>, y según Wróblewski tiene cuatro peculiaridades: la variedad de las reglas constitucionales,<sup>54</sup> las características de los términos utilizados en su for-

---

<sup>51</sup> Aunque como señala Guastini la claridad resulta de la interpretación, es conveniente que los enunciados normativos sean simples y bien redactados para evitar la obscuridad. *Ibidem*, pp. 7, 8.

<sup>52</sup> Sobre la tensión mencionada entre modificación y permanencia *vid* Huerta, Carla, “La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional”, en *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, homenaje a Jorge Carpio, UNAM, México, 2015, pp. 19-48.

<sup>53</sup> Wróblewski, *op. cit.*, nota 24, p. 33.

<sup>54</sup> Wróblewski considera a las reglas de conducta en sentido estricto, las reglas de organización, las reglas teleológicas y las reglas directivas como tipos de normas constitucionales. *Ibidem*, pp. 104-106.



mulación<sup>55</sup>, la aplicabilidad de las normas constitucionales, y el carácter político de la interpretación constitucional.<sup>56</sup> Esto aunado a su posición y función en el sistema jurídico hacen de la interpretación constitucional un proceso especial.

Por la complejidad normativa de la Constitución la amplitud y apertura son propiedades deseables de sus disposiciones para hacer posible no solamente su adaptación mediante interpretación, sino también la pluralidad. El procedimiento que se conoce en la teoría del derecho constitucional como “mutación constitucional” se refiere solamente a la concretización del contenido de la norma constitucional<sup>57</sup> y su efecto es el de cambiar la norma constitucional mediante la atribución de un significado distinto sin que se modifique el texto que enuncia la norma.<sup>58</sup> La mutación sin embargo, se limita a aclarar, completar o adaptar el significado de un precepto constitucional, no puede incluir algo diferente pues se encuentra limitada por su propia formulación.

La mutación es un proceso que fortalece la normatividad de la Constitución que refleja la capacidad evolutiva y de actualización y adaptación del derecho a una realidad cambiante. Para Hesse es la única solución para hacer posible mantener las funciones de racionalización, estabilización y limitación del poder de la Constitución<sup>59</sup>. Pero como ya se mencionó, las disposiciones constitucionales en su calidad de lenguaje escrito, tienen un potencial interpretativo limitado. Es por ello que Hesse señala que: “donde la posibilidad lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional”<sup>60</sup>.

En virtud de sus supuestos cerrados una Constitución reglamentaria no permite la interpretación, por lo que no da lugar a la mutación y se cierra así no sólo al desarrollo legislativo sino al judicial también, limitando así su capacidad de adaptación. Esto es contrario a la propia naturaleza de la Constitución y a su función, la posibilidad de adaptación por medios menos rígidos que la reforma constitucional es necesaria, y como dice Guastini,

---

<sup>55</sup> Por lo que a los términos se refiere señala que en el lenguaje legal se distinguen los términos valorativos, los semi-descriptivos y los descriptivos. *Ibidem*, pp. 102, 103.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 111, 112.

<sup>57</sup> Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 24.

<sup>58</sup> Sánchez, Urrutia, “*Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución*”, REDC, n° 58, 2000, p.134.

<sup>59</sup> Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 102.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 101, 102.



una interpretación evolutiva permite atribuir al texto constitucional un significado distinto del histórico<sup>61</sup>, lo cual es especialmente relevante en el caso de Constituciones de larga vigencia.

## V. LA MATERIA CONSTITUCIONAL

En este apartado se aborda la cuestión relativa a los contenidos constitucionales, es decir, a las materias que ameritan ser previstas en la norma suprema por su relevancia, a aquello que se puede considerar como materia constitucional<sup>62</sup>xxx. Sobre todo para que se reconsidere la práctica ya añeja de elevar a rango constitucional cualquier cuestión o materia con la idea de evitar que el legislador pueda disponer de la Constitución por indiscriminadamente, sin considerar su carácter fundamental. Para referirnos a este tipo de contenidos que por su naturaleza deben estar previstos en la Constitución, se hará referencia a los conceptos de “reserva constitucional” y materia constitucional.

Como ya se mencionó, los contenidos propios de la Constitución están determinados por su naturaleza y función, vale la pena recordar además, que la Constitución tiene un doble carácter como origen jurídico del poder y límite del mismo<sup>63</sup>, por lo que le corresponde establecer la estructura del sistema estatal y controles del poder político. En ese sentido, si la finalidad de una Constitución es limitar el poder como dice Loewenstein<sup>64</sup>, entonces es materia constitucional prever un sistema de reglas fijas que limitan su ejercicio para que pueda operar como dispositivo de control del proceso del poder<sup>65</sup>.

Para Hesse la Constitución debe determinar los fundamentos del orden de la comunidad y la estructura estatal, así como los procedimientos

---

<sup>61</sup> Guastini, *op. cit.*, nota 12, pp. 84-87.

<sup>62</sup> Guastini señala que “se llaman materialmente constitucionales las normas “fundamentales” –en uno u otro sentido- de un ordenamiento jurídico” y que la materia constitucional es el “conjunto de objetos que son regulados por tales normas, de tal forma que el criterio de identificación no es meramente formal. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara-UNAM, México, 2001, pp. 33, 34.

<sup>63</sup> Vid Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2da. edición, UNAM, México 1986, p. 294.

<sup>64</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, p. 36.

<sup>65</sup> Las reglas previstas en la Constitución mexicana como medios de control interorgánicos son analizados en los capítulos V a VII de la obra *Mecanismos constitucionales para el control del poder*, Huerta, *op. cit.*, nota 34, pp. 117-175.

mediante los cuales han de tomarse las decisiones que en la norma fundamental se dejaron abiertas; asimismo ha de establecer el sistema de competencias y determinar los procesos de resolución de conflictos<sup>66</sup>. Esta lista muestra de alguna manera la amplitud del objeto de la Constitución, en opinión de Aragón ha de regular además de normas estructurales (organizativas o procedimentales), normas materiales (de derechos fundamentales) y garantías institucionales, mandatos al legislador y normas de competencia entre otras<sup>67</sup>.

Desde el punto de vista de su contenido mínimo hay que tomar en cuenta la estructura de la Constitución en su calidad de norma suprema, la cual se integra hoy en día por los derechos fundamentales, la división del poder y el control de la constitucionalidad. Estos ejes básicos se acompañan de la regulación de tres materias complementarias que son el modelo económico, los procesos de participación en la toma de decisiones y el sistema de fuentes<sup>68</sup>. Los dos primeros ejes no solamente por estar previstos en la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789, sino sobre todo porque están relacionados con lo que se considera como el sentido genuino de la Constitución, esto es, “como norma jurídica fundamental que, garantizando los derechos de los ciudadanos, organiza el Estado de tal forma que garantiza también la democracia”<sup>69</sup>.

Estos elementos se encuentran en el núcleo de los contenidos debidos de la Constitución. En cuanto al tercer eje, su relevancia actual es innegable, pues como el mismo Aragón señala: “sin la justicia constitucional, la Constitución no puede existir, ya que sería una hoja en blanco que el legislador podría llenar a su capricho”<sup>70</sup>. A esto mismo se refiere Carl Schmitt cuando sostiene que uno de los elementos de la Constitución de un Estado es la protección a la libertad individual frente al Estado<sup>71</sup>, y junto a este elemento jurídico considera también como fundamental, el elemento político del que procede la forma de gobierno.

En la Constitución, en virtud de su carácter de fuente primaria, se deben prever los contenidos más relevantes, aquellos que se consideren como fundamentales a efectos de impedir su limitación y poder controlar su de-

---

<sup>66</sup> Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 19.

<sup>67</sup> Aragón, *op. cit.*, nota 19, pp. 100, 101.

<sup>68</sup> Huerta, *op. cit.*, nota 6, pp. 58-60.

<sup>69</sup> *Cf.* Aragón, *op. cit.*, nota 19, p. 97.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>71</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1982, p. 139.

sarrollo y realización. Es por ello que para Aragón es preciso que la norma suprema cuente con “instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución, y éstos no son otros que los propios del control judicial, mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinarios o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales”. Para él, las garantías jurídicas solamente son efectivas cuando están aseguradas por controles jurisdiccionales<sup>72</sup>.

Habiendo establecido que uno de los aspectos distintivos de la Constitución es que regula la producción de las normas jurídicas y que de ella depende el principio mismo de creación normativa, conforme al modelo jerárquico, de la norma fundamental desciende por grados el resto del orden jurídico<sup>73</sup>. Por consiguiente, la regulación de las fuentes es materia constitucional. Es por ello que de Otto la considera “fuente acerca de las fuentes”, para él la Constitución condiciona toda la creación del derecho y la regulación de las fuentes es “contenido obligado de la Constitución”<sup>74</sup>.

De modo que en relación con el sistema de fuentes se deben prever en la Constitución las reglas generales de competencia de creación normativa y de procedimiento, así como los contenidos debidos mínimos y excluidos de la regulación. Pues como bien dice Kelsen, la “Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente la creación de leyes”<sup>75</sup>, por lo que también puede regular de manera genérica los contenidos a desarrollar por las leyes. Pero no le corresponde a la Constitución regular al detalle todos los procedimientos creación y de aplicación de las normas, esto corresponde en primer lugar al legislador ordinario que debe sentar las bases para el ejercicio de las competencias y los derechos previstos en la Constitución, y en segundo lugar al poder Ejecutivo que ha de especificar los procedimientos previstos en la ley. En este proceso de particularización de las normas realizado a partir de una distribución de potestades normativas se hace posible constitucionalizar el derecho, para que llegue a todas las disposiciones del sistema, y como dice Aragón “hacer que la Constitución, “como derecho”, rijan”<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Aragón, *op. cit.*, nota 19, p. 94.

<sup>73</sup> La explicación del derecho como un sistema de normas organizado jerárquicamente es una de las más destacadas aportaciones de Kelsen, denominada por él como *Stufenbautheorie*, que sostiene que a partir de la Constitución se construye el sistema jurídico de manera escalonada, por lo que también se configura como parámetro de validez de las normas jurídicas, *op. cit.*, nota 2, pp. 232-284.

<sup>74</sup> De Otto, *op. cit.*, nota 23, pp. 82, 83

<sup>75</sup> Kelsen, *op. cit.*, nota 4.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, nota 19, p. 95.

Otra cuestión a reflexionar es si hay materias exclusivas de la Constitución, algo que se pudiera llamar “reserva constitucional”, un tema que me interesa desde hace tiempo<sup>77</sup>. La reserva constitucional tiene por objeto prever límites de materia a las leyes ordinarias por lo que ciertas materias se reservan a fuentes constitucionales<sup>78</sup>. La reserva constitucional tiene el mismo efecto que la reserva de ley, término más común en la doctrina, que se refiere a las limitaciones de contenido a regular que se establecen a cierto tipo de fuente.<sup>79</sup> La reserva constitucional constituye un límite al poder Legislativo que se fundamenta en la naturaleza de la materia a regular, ya que se trata de una decisión tomada por el Constituyente que tiene por efecto sustraer ciertas materias fundamentales de la potestad de órganos normativos inferiores.

En términos generales es materia constitucional: la delimitación de los derechos y libertades fundamentales, la organización del Estado y el gobierno, el control de la constitucionalidad, la regulación de las fuentes del derecho y la reforma constitucional. La limitación o excepción a lo previsto en estas materias en la Constitución debe ser prevista expresamente en los preceptos constitucionales que la regulen. De estos temas cualquier parte específica puede ser reservada, dicha decisión depende no tanto de la naturaleza de la materia como del contexto político, social y cultural en que el órgano constituyente la realice.

Una limitación regulada en una disposición jerárquicamente subordinada a la norma fundamental sería inconstitucional, pues contravendría sus contenidos. Estas limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos deben precisarse puntualmente, pues la delimitación de un derecho incide negativamente en la esfera de libertad del individuo, afectando su autonomía. De igual forma cualquier acto de intervención de la autoridad que pueda implicar un daño o menoscabo en los derechos de las personas debe precisarse<sup>80</sup>. Las competencias deben ser expresas y detalladas, especialmente las

---

<sup>77</sup> El tema lo abordé por primera vez en el artículo “Las Normas Oficiales Mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, pp. 372-376, y lo retomé recientemente en “La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional”, en *op. cit.*, nota 52, 2015, pp. 30-34.

<sup>78</sup> Dependiendo de lo previsto en la propia Constitución puede ser reservada a la Constitución misma o a leyes constitucionales. Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de Javier Jiménez Campo, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 250

<sup>79</sup> La reserva de ley es una previsión hecha ya sea en la Constitución o en la ley, para determinar las materias que deben ser reguladas por la “ley”, lo que a su vez impide su regulación por medio de otro tipo de disposiciones de rango inferior. Pizzorusso, *ibidem*, p. 160.

<sup>80</sup> En este sentido, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación si la autoridad ha de producir una afectación de la persona, sus posesiones o sus derechos “deberá ajustarse a los

relacionadas con facultades sancionatorias que pueden afectar la libertad o el patrimonio de las personas, los procedimientos en cambio pueden ser formulados de manera más general aunque deben incluir aquellos elementos que constituyan derechos o garantías procedimentales.

El desarrollo por ley de una disposición constitucional se hace conforme al principio de competencia expresa atribuida al poder Legislativo, o bien, mediante un mandato al legislador, y los contenidos están delimitados por la propia Constitución. El mandato al legislador<sup>81</sup> es un tipo de norma cuya función radica en prever una obligación para el poder Legislativo de regular la materia que el Constituyente determina expresamente, ya sea en la Constitución o en alguno de sus artículos transitorios. Además de un mandato, estas disposiciones tienen el carácter de norma de distribución competencial, y se pueden entender como una reserva de ley, excepto cuando es previsto en un artículo transitorio.

Por lo que a la conveniencia de elaborar supuestos constitucionales generales se refiere, Pizzorusso señala que es un límite positivo de la legislación ordinaria que “las normas constitucionales prevén como obligatorias ciertas intervenciones del legislador”, tales como los mandatos mencionados, pues son “intervenciones legislativas constitucionalmente debidas”<sup>82</sup> que carecerían de sentido si la norma constitucional regula la materia exhaustivamente, aunque se pueden prever ciertas limitaciones de contenido de la ley en la norma constitucional.

El propósito de prever un mandato al legislador es que el poder Legislativo desarrolle lo que la Constitución solamente menciona o delimita en términos generales. El mandato se fundamenta no solamente en la representatividad del órgano y en el principio democrático que legitima su actuación, sino también en un principio de confianza. El mandato al legislador es de alguna forma una remisión de la potestad normadora de ciertos contenidos que establece una obligación de desarrollo conforme a la Constitución dentro de un plazo razonable, cuando no se prevé un plazo específico<sup>83</sup>. Estas

---

procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias”, Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, Colección Garantías Individuales, SCJN, México, 2003, p. 9.

<sup>81</sup> Scheuner explica en su clasificación que los mandatos al legislador son normas que se configuran como órdenes para el desarrollo de un determinado precepto constitucional por parte del legislador, “Staatszielbestimmungen” en *Festschrift für Forsthoff*, von Schnur (ed.), München, 1972, pp. 325 y ss.

<sup>82</sup> Pizzorusso, *op. cit.*, nota 78 p. 254.

<sup>83</sup> El principio de interpretación conforme obliga a tribunales y órganos judiciales y administrativos a interpretar la Constitución en cualquier momento de su aplicación en el

disposiciones pueden ser problemáticas cuando no prevén una sanción para el caso de incumplimiento si las normas no se expiden. El problema de ineficacia de dichas normas se agrava por la falta de voluntad política para exigir responsabilidad a los legisladores.

Las disposiciones constitucionales reglamentarias dan al poder Legislativo la impresión de que puede postergar su deber de desarrollo sin que se produzca mayor afectación, lo cual es falso independientemente de la eficacia directa que las disposiciones constitucionales pueden tener. Sobre todo porque si se incluyó un mandato al legislador es porque el Constituyente consideró que hay materia a desarrollar y que esto debe hacerse por el legislador ordinario, de ahí el mandato. Regular de manera precisa un precepto e incluir un mandato al legislador es una clara indicación de falta de confianza no solamente en el legislador, sino también en el poder Judicial, en su capacidad para controlar al legislador en la realización de su función de desarrollo del precepto.

Parece que la reglamentación de la Constitución se realiza para limitar al legislador y evitar que sometan a negociación ciertos temas por temor al cabildeo y la corrupción en virtud de los intereses en juego, pero con ello se impide que se aborde novedosamente materias que quedan “reservadas” a la potestad exclusiva del Constituyente. En otras palabras, impide a la ley la regulación de la materia por disposición constitucional.

Finalmente, el hecho de que las disposiciones constitucionales sean normas jurídicas generales provee seguridad jurídica y esto tiene por efecto que las decisiones de los tribunales sean en cierta medida previsibles. Para Kelsen esta generalidad es expresión del Estado de derecho que se puede identificar con el principio de seguridad jurídica<sup>84</sup>. Para los sistemas jurídicos de tradición civilista la certeza es un valor de especial relevancia, y dado que su principal función es el control de la discrecionalidad de los jueces, para que esto sea posible la legislación debe ser completa, coherente y clara.

## VI. REFLEXIONES FINALES

La Constitución es una norma jurídica, su función no es hacer declaraciones de intención ni satisfacer intereses producto de negociaciones políticas

---

sentido de sus reglas y principios en virtud de su supremacía y su función en la determinación del sistema de fuentes y de la validez del sistema jurídico. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Civitas, Madrid, 1991, p. 95.

<sup>84</sup> Kelsen, *op. cit.*, nota 2, p. 260.

coyunturales, sino conformar un Estado y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Sus previsiones deben ser realistas, no solamente en el sentido de que sean expedidas para resolver un problema real, sino también que su satisfacción sea viable. Solamente así es posible hablar de seguridad jurídica, entendida como valor del Estado de derecho que se manifiesta en exigencias objetivas en términos de normas jurídicas formuladas adecuadamente, así como en relación con el cumplimiento del derecho por sus destinatarios y por los órganos de aplicación. Pues como bien decía Lasalle: “de nada sirve lo que se escriba en *una hoja de papel*, si no se ajusta a la realidad”<sup>85</sup>. Los buenos deseos y la regulación excesiva de órganos y procedimientos afectan la eficacia de la Constitución y en esa medida su normatividad también.

En el proceso de creación y modificación de las normas constitucionales se debe tener en cuenta el carácter estructural y jerárquico del sistema jurídico, así como la relación entre las normas que lo integran para poder determinar el detalle con el que un precepto ha de ser elaborado. En la Constitución se prevén las reglas conforme a las cuales son creadas las normas jurídicas que integran el sistema jurídico, por lo que sus preceptos han de ser claros y concisos, comprensibles a fin de facilitar su desarrollo y aplicación. Pues como dice Aragón, el verdadero problema es la aplicación judicial de la Constitución porque de ello depende la eficacia de la propia Constitución<sup>86</sup>, y si la norma constitucional no es clara y coherente, sino confusa, prolija y redundante no puede ser eficaz ni cumplir su función regulativa<sup>87</sup>.

Así mismo, las denominadas propiedades formales del sistema jurídico, en su calidad de ideales racionales más que de propiedades reales<sup>88</sup>, deben ser tomadas en cuenta al crear una norma, la cual debe ser coherente con el resto del sistema jurídico, no debe entrar en contradicción con otras normas ni ser redundante, pero sobre todo, se debe procurar que el significado atribuido se incorpore racional y congruentemente al sistema jurídico. La forma de la norma es dada por el redactor en primera instancia, en segundo lugar por el intérprete y finalmente por quien la aplica<sup>89</sup>, aunque estas

---

<sup>85</sup> Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, México, 2009, p. 72.

<sup>86</sup> Aragón, *op. cit.*, nota 19, p. 83.

<sup>87</sup> La falta de claridad afecta la operatividad del derecho, pues como Alchourrón señala, el derecho tiene dos funciones prácticas: evaluar acciones humanas y guiar la conducta de las personas, *op. cit.*, nota 5, p. 413.

<sup>88</sup> Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, nota 8, p. 102.

<sup>89</sup> Como señala Jellinek el legislador le da sentido a los preceptos constitucionales, por lo que puede producir una mutación constitucional, así de modo subrepticio las disposiciones



últimas dos cualidades pueden sin embargo coincidir en un solo sujeto u órgano, no necesariamente siempre es así. El sentido de un enunciado normativo en cambio, es determinado por el intérprete en función de lo dispuesto por el propio derecho, la teoría del derecho y la jurisprudencia.

Aunque por su posición predomine sobre el resto del sistema jurídico y se configure como elemento determinante para su desarrollo, esto no significa que se tenga que prever todo en la Constitución. Es más la completitud como propiedad del sistema jurídico como señala Bulygin “no es producto de necesidad lógica o de una armonía preestablecida, sino del esfuerzo y la capacidad técnica del legislador”<sup>90</sup>, lo cual no implica que sea obligación exclusiva del Constituyente.

La Constitución como norma jurídica suprema cuando es jurisdiccionalmente aplicada garantiza la limitación del poder, y mientras más específicas sean las disposiciones constitucionales serán más restrictivas de las competencias de la autoridad, pero también de los derechos, y mientras lo primero es conveniente, lo último no es deseable. El órgano constituyente no debe sustituir ni desplazar al legislador, menos aún sobrerregular las materias de las que se ocupa, debería más bien regular con mesura para establecer el marco que al legislador ordinario corresponde desarrollar y adaptar en su caso. Por lo mismo, de ninguna manera debe contener planes o programas, ese tipo de decisiones requieren de flexibilidad por eso su elaboración corresponde al poder Ejecutivo

En la actualidad en México la cualidad de norma jurídica de la Constitución vigente ha sido menoscabada por diversos factores, uno de ellos es la concepción generalizada en la cultura (o falta de cultura) constitucional que está en el imaginario popular sobre todo de políticos y partidos, pero también en la de individuos y agrupaciones privadas, de que basta poner algo en la Constitución para solucionar un problema<sup>91</sup>. Esta percepción mistificada de la Constitución, aunada a la desconfianza en el legislador ordinario hace que se intente incluir cualquier cosa en la Constitución. Ese

---

constitucionales adquieren poco a poco, un significado distinto, al igual que se puede hacer por la práctica administrativa y los tribunales en el ámbito de sus competencias. Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15, 16.

<sup>90</sup> Bulygin, *op. cit.*, nota 7, p. 417.

<sup>91</sup> En ese mismo sentido es que Marín Díaz señala que “conviene tener presente que existe una diferencia sutil entre la codificación de la Constitución como objeto de generación social y su verdadera concretización como práctica social”. *Martín Díaz y Díaz. Ensayos sobre la propiedad*, Antonio Azuela compilador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, p. 14.



“romanticismo normativo” es una tendencia basada en una idea imprecisa de justicia, así como en esa falsa idea de que el derecho cambia *ipso iure* la realidad. Es indispensable un cambio en la percepción de la Constitución, la formación de una auténtica cultura jurídica, no sólo para expertos, sino para la población en general, lo cual requiere de una educación constitucional que motive a tomar en serio la Constitución

Es por ello que hay que cuestionar la necesidad de una reforma, del detalle con que se regula un tema, de las instituciones que se incluyen. La desconfianza en poder Legislativo es un argumento débil que no justifica elaborar reformas constitucionales detalladas. Sobre todo en casos como el de México en que el Congreso de la Unión es el órgano que reforma la Constitución en la primera fase del procedimiento, y en la práctica los órganos legisladores de las entidades federativas que realizan la segunda fase, nunca se oponen, es más, la mayoría que se requiere para la aprobación de la reforma en general es negociada previamente, por lo que no tiene sentido elaborar artículos de carácter reglamentario.

Al reglamentar disposiciones constitucionales, el Constituyente pretende vincular al poder Legislativo futuro a sus decisiones con lo que limita la posibilidad de una actualización flexible del derecho, como si tuviese la última palabra, lo peor es que ni siquiera puede asegurar la permanencia de la institución, como se puede observar claramente en materia electoral<sup>92</sup>. La reglamentación nos hace prisioneros, impide la conformación de instituciones durables, y atenta contra la estabilidad y la seguridad jurídica, en ocasiones incluso contra la libertad y autonomía de las personas. Es por ello que hay que buscar un equilibrio entre lo pétreo y lo efímero, demasiado cambio afecta su normatividad tanto como una rigidez absoluta. Un derecho en constante transformación no puede lograr los cambios proyectados al diseñar las normas, ni cumple su función regulativa. Moreso<sup>93</sup> advierte que si las disposiciones constitucionales se cambian constantemente no logran fijar su sentido, ni modificar los patrones de conducta por lo que no pueden llegar a ser eficaces.

---

<sup>92</sup> Ost atinadamente dice que “el tiempo determina la fuerza instituyente del derecho”, no es posible detener el tiempo con las normas jurídicas, pues como decía Portalis: “los códigos del pueblo se hacen con el tiempo”, lo mismo se puede decir de la Constitución; hay que confiar en el legislador y en los otros poderes para dar vida a las disposiciones constitucionales. Ost, François, *El tiempo del derecho*, trad. de María Guadalupe Benítez Toriello, Siglo XXI, México, 2005, pp. 12, 231 y 232.

<sup>93</sup> Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 180.

Para que la Constitución pueda cumplir su función es preciso que tenga fuerza normativa, la cual depende de su permanencia que se sustenta en instituciones que realizan actos de control que son presupuesto de su eficacia. La relación entre permanencia y reforma es dialéctica y precisa encontrar un equilibrio. Si se continúa reformando la Constitución mexicana incesantemente se podrá decir del derecho positivo lo mismo que decía Kirchmann del análisis dogmático, se hará contingente y la labor de los órganos constituyente y legislativo terminará por convertirse en “basura”<sup>94</sup>.

Es cierto que la Constitución debe reflejar la realidad, no puede ser una simple hoja de papel, pero la dinámica del derecho debe ser racionalizada, y no puede pretender incluirlo todo, no debe intentar amarrar al legislador como a Ulises al mástil, para que nada pueda hacer cuando escuche las voces del pueblo, el canto desesperado de unos ciudadanos que nadie escucha.

---

<sup>94</sup> Según Kirchmann el objeto de la ley positiva hace del objeto de la ciencia algo casual y contingente, y “en cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”. Kirchmann, Julius, Hermann von, *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 54.