

## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

SUMARIO: I. *El concepto del Estado y su origen histórico.* II. *El concepto sociológico del Estado.* III. *Transición del concepto sociológico al jurídico del Estado.* IV. *Teoría de la identidad del derecho y el Estado.* V. *Los elementos del Estado comprendidos jurídicamente.* VI. *La revolución kelseniana.* VII. *El destinatario de las normas jurídicas.* VIII. *Formación conceptual del concepto de la Constitución.* IX. *Unidad de una pluralidad de órdenes normativos.* X. *El orden constitucional.* XI. *La función esencial de la Constitución.* XII. *Función y operancia de la Constitución como norma positiva.* XIII. *Bibliografía.*

### I. EL CONCEPTO DEL ESTADO Y SU ORIGEN HISTÓRICO

Este ensayo tiene por objeto la construcción del concepto de la Constitución de un Estado con base en los rendimientos de la teoría general del derecho, tal como se ha formado en la jurisprudencia analítica inglesa de Thomas Hobbes, Jeremías Bentham y John Austin, conjuntamente con la formulación por el jefe de la Escuela de Viena de la Jurisprudencia, Hans Kelsen, con sus antecedentes doctrinales de Georg Jellinek y Max Weber. Además, refuta incidentalmente las tesis iusnaturalistas implícitas en las descripciones del “Estado constitucional de derecho”. Se ofrece adicionalmente una teoría del Estado federal y se analiza el problema de la regularidad de los procesos y contenidos sustanciales establecidos en la Constitución.

Es un fenómeno digno de ser observado la manera como la teoría capta y transforma los hechos históricos en modelos manejables de manera económica intelectualmente, de forma tal que de los modelos que construye, con la variación y manejo de sus elementos, puede deducir de manera puramente abstracta otros elementos, cuya validez empírica puede comprobar. Se trata de una labor constructiva, tanto del modelo principal como de los fenómenos obtenidos por la variación y manejo de sus elementos.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

Uno de los problemas a los que debe enfrentarse la teoría del derecho político es el de establecer el concepto específico del Estado moderno. Georg Jellinek dice que el concepto con el cual la teoría del mismo identifica al Estado es el concepto de la soberanía. Este concepto lo considera un *concepto polémico* y, en su excelente libro, rastrea su origen histórico. Dice:

El Estado moderno se diferencia radicalmente del antiguo en que se ha encontrado combatido desde sus comienzos por diferentes lados, y de esta suerte ha necesitado afirmar su existencia mediante fuertes luchas. Tres poderes ha combatido su sustantividad en el curso de la Edad Media: primero la Iglesia, que quiso poner al Estado a su servicio; inmediatamente después el imperio romano, que no quiso conceder a los Estados particulares más valor que el de provincias; finalmente, los grandes señores y corporaciones, que se sentían poderes independientes del y en frente de él.<sup>1</sup>

Por ello, es rigurosamente exacto afirmar que el Estado moderno es el producto de un proceso histórico muy complejo “lleno de sonido y furia”. En su libro sobre la teoría del Estado se encuentran páginas muy ilustrativas sobre estos asuntos históricos, que coinciden con la concepción de Max Weber, el gran sociólogo alemán, quien en su hermosa conferencia sobre *La política como vocación*, expone textualmente: “En todas partes el desarrollo del Estado moderno comienza cuando el príncipe inicia la expropiación de los titulares ‘privados’ de poder administrativo que junto a él existen: los propietarios en nombre propio de medios de administración y guerra, de recursos financieros y de bienes de cualquier género políticamente utilizables”.<sup>2</sup>

Es muy esclarecedora la comparación de las tesis de los dos profesores de Heidelberg, Jellinek y Weber. Han descrito cómo, *i.e.*, a través de qué procesos, surgió históricamente el Estado: la expropiación por parte del príncipe de todos los medios de administración y físicos de ejercicio del poder o de la dominación de hombres por hombres.

## II. EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL ESTADO

Jellinek afirma en el proceso intelectual de comprender al Estado, como formación social surgida históricamente: “Determinado de una manera más concreta el Estado, diríamos que consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. Forman el sustrato de este Estado hombres que mandan y hombres que obedecen”.<sup>3</sup>

De la multiplicidad de las relaciones de dominación que se dan en cualquier grupo social, el teórico debe encontrar el concepto que describa la unidad de esas

<sup>1</sup> Jellinek, Georg, TGEJ, *Teoría general del Estado*, México, Compañía Editorial Continental, 1956, p. 405.

<sup>2</sup> Weber, Max, PV, *La política como vocación*, Madrid, Alianza Editorial, 1967, p. 91 y Tena Ramírez, Felipe, DCM, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1978, pp. 2-3.

<sup>3</sup> Jellinek, Georg, TGEJ, *op. cit.*, p. 190.

pluralidades, lo que denomina “ordenar la variedad de fenómenos”.<sup>4</sup> La unidad de las relaciones de dominación, que son unidades teleológicas, se exterioriza o se manifiesta empíricamente *mediante la organización*, esto es, “mediante personas que tienen por ocupación cuidar, valiéndose de sus acciones, de que se mantenga la unidad de los fines”.<sup>5</sup>

La concordancia entre los conceptos de Jellinek y Weber es notoria, aunque Weber adiciona un concepto muy importante del que carece su colega: el concepto de la coacción como medio específico del que se vale el Estado para conseguir el cumplimiento de sus fines.

Dicho Estado sólo es definible sociológicamente por referencia a un *medio* específico que él, como toda asociación política, posee: la violencia física... La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es *su* medio específico... Hoy, por el contrario, tendremos que decir que el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio... reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*.<sup>6</sup>

Si el Estado es concebido sociológicamente de la manera descrita, prescindiendo de cualquier concepto normativo, ello es debido a la comprensión causal de los fenómenos sociales, que desde siempre ha intentado la sociología. Sin embargo, la lectura atenta de la gran obra de Jellinek y de quienes se interesan por comprender al Estado como una entidad empírica, real, existente, que opera y actúa en la realidad social, permitirá desentrañar la necesidad de utilizar conceptos normativos, a los que se les ha cambiado su fisonomía.

### III. TRANSICIÓN DEL CONCEPTO SOCIOLÓGICO AL JURÍDICO DEL ESTADO

Hay una observación de Weber, cuando define el concepto sociológico fundamental de la dominación, en la que aparece la cara de la normatividad con toda claridad. Expone Weber: “Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas... Una asociación se llama *asociación de dominación* cuando sus miembros están sometidos a relaciones de dominación en virtud del orden vigente”.<sup>7</sup>

Desde el punto de vista de una ciencia causal de la conducta humana, no puede hablarse de *obediencia* sin presuponer una relación jerárquica entre individuos, dentro de la cual el sujeto dominante puede emitir un mandato al sujeto domina-

---

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>6</sup> Weber, Max, PV, *op. cit.*, p. 83.

<sup>7</sup> Weber, Max, ES, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 184.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

do y éste lo cumple, según es posible observar. El punto de vista determinante del concepto de la obediencia es la previa existencia de la formulación del dominante de un mandato de cierto contenido. El significado del mandato, como acto de habla que es, es el criterio para poder determinar si la conducta del sujeto, conducta que es el contenido del mandato, lo cumple, obedece al mismo o, por el contrario, lo desobedece. Lo que importa destacar aquí es el concepto del mandato, que es el determinante del juicio sobre la obediencia o desobediencia del sujeto que se dice dominado.

Podríamos presentar esto de otra manera: dado un mandato, *i.e.*, una manifestación de voluntad de un sujeto dirigido a que otro sujeto se comporte conforme a la voluntad expresada,<sup>8</sup> la relación de dominación existe o se constituye debido a que se toma como punto focal de la consideración la existencia de un mandato. Sin el mandato no hay relación de dominación, sino sólo relaciones causales, de las que no puede predicarse la obediencia o la desobediencia.

Con base en lo anterior, el conjunto de individuos pertenecientes a una asociación de dominación, según la construcción conceptual de Weber, se encuentran sometidos a relaciones de dominación entre ellos en *virtud de un orden vigente*. Esto significa que existe un conjunto de mandatos que forman un orden normativo, con base en el cual unos hombres están capacitados para hacer que los otros obedezcan sus mandatos, precisamente por la existencia real de tal orden vigente.

Regresando a los conceptos de Jellinek, la organización de un grupo humano existe por virtud de la existencia de un orden con base en el cual unos hombres se encuentran encargados de realizar las finalidades de la asociación. Puede observarse que el punto de vista central de todo esto no es otra cosa que la existencia de un orden normativo.

#### IV. TEORÍA DE LA IDENTIDAD DEL DERECHO Y EL ESTADO

No es este el lugar para analizar y discutir sobre la dualidad del ser (*sein*) y del deber ser (*sollen*); o lo que es lo mismo, de la imposibilidad de deducir un enunciado normativo o deontológico de enunciados descriptivos de hechos. Es un principio inmovible de la jurisprudencia este principio de David Hume.<sup>9</sup>

Algunos juristas con proclividad a conceptos realistas y causales podrán decir, como lo hace Jellinek, que los hechos repetidos tienen fuerza normativa. Hay una intuición correcta psicológica debajo de esta tesis; sin embargo, la posición de Hume sigue firme como una roca y en ella, junto con Kelsen, nos apoyamos.

Este autor, en su *Teoría general del Estado* cita en las notas a los capítulos de su obra, la opinión del filósofo de la Escuela Neokantiana de Marburgo, Hermann Cohen, en relación con el método para el estudio del Estado:

<sup>8</sup> Austin, John, OJ, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 143 y Kelsen, Hans, TPD2, *Teoría pura del derecho*, Ed. Colihue, 2011, p. 60.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans, TPD2, *op. cit.*, pp. 60-61.

## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La teoría del Estado es necesariamente teoría del derecho político. El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia política deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del derecho. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del derecho.<sup>10</sup>

Con lo expuesto más arriba sobre el concepto del Estado como dominación, podemos hacer una consideración que nos lleve directamente a corroborar las tesis de Cohen y Kelsen. Ciertamente, la emisión de un mandato es un hecho real, en el que es posible distinguir elementos de la realidad natural, como la presencia de dos sujetos, uno de los cuales habla y el otro, no sordo, escucha y procesa mentalmente. Estos hechos pueden y en realidad están condicionados por otros hechos conectados en cadenas causales que es posible especificar. Sin embargo, puede prescindirse de todos ellos y concentrar nuestra atención en el mandato mismo, entendido como el significado de las palabras emitidas por el dominador. Este contenido del mandato es el que nos permite comprender el sentido de las dos conductas, del dominante y del dominador.

Todos los elementos externos al significado del mandato tienen su correlato conceptual en las explicaciones sociológicas del Estado. Pero debemos concluir que lo esencial del Estado consiste en ser un orden jurídico. Por lo tanto, la teoría de la identidad del derecho y el Estado tiene un sentido metodológico muy especial. Como en el caso del mandato se prescinde de los elementos que no son el significado del mismo,<sup>11</sup> todo lo que podríamos denominar con Weber *la física del mandato*, así debemos prescindir de la *física del Estado* y, entonces, la teoría del Estado *debe plantear y resolver los problemas relativos al mismo de manera jurídica, i.e., normativa*. Este es el sentido metódico de la teoría de la identidad del derecho y el Estado. Dice Kelsen:

Puesto que el Estado, en cuanto unidad social específica, sólo puede comprenderse como orden, como un sistema de normas, la cuestión en torno a su fundamento —prescindiendo de otras determinaciones necesarias de su sentido— tiene que reducirse a una norma, a un deber, puesto que es la cuestión en torno al fundamento de un deber ser, de una norma. El dualismo lógicamente irreconciliable de ser y deber radica precisamente en que la cuestión acerca de por qué un determinado contenido vale como existente o como debido, se desarrolla dentro de una de las dos esferas; y no hay ningún puente lógico que comunique el ser con el deber ser, o a la inversa... Por tanto, si, como sucede con frecuencia, se pretende contestar la cuestión acerca del fundamento del Estado haciendo referencia a un ser fáctico, o se practica un notorio sincretismo metódico, o se tiene un síntoma de que no se considera al Estado como el orden de un sistema normativo, sino como un hecho “natural”, como el efecto de ciertas causas.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, TGE, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 486.

<sup>11</sup> Weber, Max, SCMH, *La “Superación” de la concepción materialista de la historia de R. Stammler*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001, p. 120.

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, TGE, *op. cit.*, p. 44.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

## V. LOS ELEMENTOS DEL ESTADO COMPRENDIDOS JURÍDICAMENTE

Con base en el principio metódico de la teoría de la identidad del Estado con el derecho, debemos intentar comprender los elementos del Estado de manera jurídica, normativa.

Para poder hacerlo, es necesario previamente establecer de manera muy clara el concepto del derecho. Nosotros, con Kelsen, partimos de la concepción del derecho como un orden coactivo de la conducta humana. ¿Cómo llegamos a este concepto? ¿Cómo podemos construir o elaborar este concepto a partir de las concepciones sociológicas que hemos expuesto más arriba?

Partamos de los conceptos expuestos de Weber en los que hace énfasis en el elemento de la “violencia física legítima”. Este es el medio de que se vale la agrupación humana llamada Estado que permite caracterizarla y distinguirla de las demás agrupaciones sociales. Entonces, si hemos de ser congruentes con nuestro principio metódico fundamental de la teoría de la identidad del derecho y el Estado y si éste es un sistema social que utiliza característicamente la violencia física legítima, el derecho debemos concebirlo como aquel conjunto de normas cuyo contenido esencial es la coacción. La coacción es el elemento normativo peculiar de las formaciones normativas del derecho, que lo distingue de otras formaciones, aparentemente normativas (moralidad, religión, convencionalismos sociales, etc.), todas las cuales, por muy eficaces que sean, no contienen como nota esencial y característica la coacción física. El contenido fundamental de las normas jurídicas es que disponen el ejercicio de la coacción. Sólo bajo esta concepción del derecho es posible comprender normativamente al Estado.

Cuando la teoría dominante del Estado declara que éste constituye un “aparato coactivo” y la doctrina tradicional jurídica considera que el derecho es un orden coactivo, queda mostrado que, fundamentalmente, ambas teorías tienen en cuenta el mismo objeto, ya que el “aparato” de la coacción no es más que una metáfora del “orden” coactivo.<sup>13</sup>

No es el caso en este lugar hacer una relación histórica de todas las teorías que consideran al derecho como un orden normativo de carácter coactivo. Desde Grocio, Pufendorf, Altusius, hasta los modernos teóricos del derecho siempre han considerado que el derecho, de una u otra forma es un orden normativo cuya característica esencial es el establecimiento de la coacción. Incluso aquellos juristas, como los teóricos Thomas Hobbes, Jeremías Bentham, John Austin, Rudolph Ihering y Max Weber, han insistido en el carácter coactivo de los mandatos o normas que son el objeto de su estudio. Austin opina que las normas son mandatos, *i.e.*, manifestaciones de voluntad dirigidas intencionalmente a que otro sujeto se comporte conforme

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 22.

## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

al contenido del mandato, dice que si el emisor del mismo no está en situación de infligir un daño en caso de que incumpla con el mandato, su manifestación de voluntad no es propiamente un mandato. Ihering es especialmente enfático en este tema cuando dice:

La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no ilumina. Poco importa que esta coacción sea ejercida por un juez civil (o criminal) o por la autoridad administrativa. Son *derecho* todas las normas realizadas de este modo; todas las demás, aunque de hecho fueren universalmente obedecidas, no lo son. Sólo llegan a serlo cuando el elemento exterior de la coacción pública se les agrega.<sup>14</sup>

Este párrafo es importante, al que sólo debemos hacerle una observación que más adelante se aclarará: supone que existe el Estado de manera independiente del derecho, que es el que ejerce la coacción, supuesto con base en el cual se concibe el carácter jurídico de las normas del derecho. Nuestro principio metódico de la reconstrucción conceptual de la tesis de la identidad del derecho y del Estado nos impide aceptar semejante conclusión.

## VI. LA REVOLUCIÓN KELSENIANA

Hemos aceptado la tesis de que la coacción es “el criterio absoluto del derecho”, como dice Ihering y como lo afirma y acepta Kelsen en todas sus obras. Entonces, urge preguntarse cuál es la novedad de la tesis de Kelsen frente a todos los demás autores que afirman que la coacción es esencial al concepto del derecho.

Para exponer la novedad de la concepción kelseniana debemos observar que todos los autores que hemos mencionado consideran que el derecho está formado por normas que regulan la conducta de los súbditos con la *garantía externa* de la coacción del Estado. Por tanto, el Estado no se identifica ni puede identificarse con el derecho, aunque sea un elemento necesario para comprender, en estas teorías, la normatividad del derecho.

Sin explicitar el camino conceptual que llevó a Kelsen a la concepción del derecho como un orden coactivo de la conducta humana, sin embargo, siempre considero que las normas jurídicas tienen por contenido específico y esencial, el establecimiento de los actos de coacción. “Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición”.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Ihering, Rudolph, FD.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, TGE, *op. cit.*, p. 68.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

Este párrafo contiene *in nuce* la esencia de la concepción kelseniana. En él no hay mención alguna al Estado o a considerar que la coacción se encuentra fuera de la norma jurídica. Lo que ha hecho es introducir a la coacción como elemento esencial del derecho en las proposiciones que lo describen. Es lo que yo he llamado *interiorización semántica de la coacción* en las proposiciones jurídicas que describen a las normas del derecho. Ello se encuentra en concordancia con el principio que informa la tesis de la identidad del derecho y el Estado. Ya no necesitamos, con este procedimiento de la interiorización en la semántica en las proposiciones descriptivas de normas, a ningún Estado que se encuentre fuera del orden jurídico o de las normas que lo integran. El derecho es coactivo.

## VII. EL DESTINATARIO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Todos los juristas consideran que el derecho regula la conducta humana de los sujetos sometidos a sus normas, *i.e.*, de los particulares o gobernados. Y esto es correcto, en cuanto a las finalidades últimas del ordenamiento jurídico. Los creadores de las normas jurídicas intentan conseguir que los particulares o los súbditos realicen conductas que consideran beneficiosas o eviten aquellas que consideran perjudiciales. La pregunta que hay que hacer y contestar es *cómo el derecho* consigue esa finalidad fundamental. Hay dos teorías al respecto:

- a) Por imperativos que encuentran su legitimación y observancia con base en ideologías determinadas, que Weber denomina criterios de legitimidad.<sup>16</sup>
- b) Por medio de la motivación indirecta generada por la coacción prevista en la norma como consecuencia.<sup>17</sup>

Si el derecho es un orden coactivo, entonces sólo cabe la respuesta contenida en el inciso b) a la pregunta cómo el derecho regula la conducta de los particulares. Si el derecho es un orden coactivo, la conducta de los particulares se encuentra regulada por vía indirecta, a través de la conducta de los encargados por las normas jurídicas de ejercer la coacción. Esto lo vio con toda claridad Ihering quien, congruentemente con su concepción del derecho como orden coactivo, dice:

¿A quién, pues, se dirigen los imperativos públicos? La respuesta tiene que ser la siguiente: a los órganos del poder, a los cuales está reservado el ejercicio de la coacción, desde el soberano y los más altos magistrados hasta los agentes más subalternos... La coacción respecto a la persona privada es un elemento secundario que forma un criterio incierto del derecho... el carácter distintivo de una norma de derecho no consiste en la acción *externa* que ejerce sobre el pueblo, sino en su autoridad *interna* sobre los poderes públicos, mucho más importante. De expresar en términos jurídicos la noción de

<sup>16</sup> Weber, Max, ES, *op. cit.*, pp. 161-163.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans, TPD2, *op. cit.*, p. 79, y TGE, *op. cit.*, p. 15.



## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

la norma del derecho, lo haremos con exactitud definiéndola, respecto a la forma, en estos términos: contiene un imperativo abstracto dirigido a los órganos del poder público, y el efecto externo, es decir, su observación por el pueblo, debe, bajo este aspecto puramente formal ser considerado como un elemento secundario. Todos los preceptos legislativos, sin excepción, están dirigidos *en primer lugar* a la autoridad: el Código civil, el Código penal, todas las leyes y ordenanzas militares, fiscales, de policía, etcétera, no hacen más que regular el ejercicio del poder público de coacción. Pero tanto como la persona privada puede, por la mira de sus intereses, reclamar el concurso *activo* de aquél, o *pasivamente* sufrir su acción, todos esos preceptos extienden igualmente su eficacia a la persona privada: la *autorizan*, la *obligan*, la *sujetan*. Por lo que hace a su fin, estas reglas del derecho miran a la persona privada; no es menos cierto, sin embargo, que en la *forma* se dirigen exclusivamente a los órganos del poder público.<sup>18</sup>

No quiero explayarme en una crítica terminológica a estos párrafos, en los que se encuentra consignada una concepción exacta, perfectamente congruente con el concepto del derecho como un orden coactivo. Sólo quiero observar que Ihering casi alcanza la formulación condicional de las proposiciones jurídicas que Kelsen acuñó con la fórmula *Si A es debe ser B*, en donde “B” está por la regulación del ejercicio de la coacción. A esta relación de “deber ser” (*sollen* en alemán) Kelsen la denominó “imputación” (*Zurechnung*).

Kelsen, en su obra de 1911, HP, hace la crítica correcta al uso de la palabra “imperativo” para referirse a las normas jurídicas:

Ihering, quien consideraba esencial para el derecho objetivo el llamado “factor coacción”, es decir, la conminación de un perjuicio, de una pena o de medidas de ejecución, mantúvose a salvo del error de concebir la norma jurídica como una orden de comportarse conforme a derecho, orden dirigida exclusivamente al pueblo... Hay que rechazar de un modo rotundo la concepción de la norma jurídica como un imperativo dirigido a los órganos del Estado. La forma lógica de la norma jurídica... no es la del imperativo, sino la del juicio hipotético. Y si Ihering no acierta a llegar a las conclusiones acertadas es, sencillamente, porque se aferra a la concepción tradicional de la forma imperativa, porque no da la debida importancia a la forma lógica de la norma jurídica.<sup>19</sup>

## VIII. FORMACIÓN CONCEPTUAL DEL CONCEPTO DE LA CONSTITUCIÓN

Teniendo en consideración la teoría de la identidad del derecho y el Estado y la determinación conceptual del sujeto al que se dirigen las normas jurídicas, nos falta considerar el criterio de cuando un conjunto de normas forman un orden jurídico.

<sup>18</sup> Ihering, Rudolph, FD.

<sup>19</sup> Kelsen, Hans, HP, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, Porrúa, 1987, p. 334.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

El concepto es relativamente sencillo. Un conjunto de normas jurídicas forman un orden normativo cuando la validez de todas ellas puede referirse, directa o indirectamente, a una única norma que establece los procesos de creación de las demás normas y determina sus contenidos, de manera necesaria o excluida. Por ello, las normas que integran un orden jurídico son todas ellas normas positivas, *i.e.*, puestas o producidas por actos de conducta humana determinados por otra u otras normas. Esta norma de la que depende la validez o existencia positiva de las demás normas del orden se denomina *norma fundamental*. Esta norma fundamental es la que determina, en su contenido, el proceso o procesos fundamentales de creación de las demás normas (criterio formal o parte orgánica) y los contenidos necesarios o excluidos de ellas (criterio material o parte dogmática). Es decir, toda norma jurídica ha de considerarse como una norma positiva: su fuente formal se encuentra determinada, directa o indirectamente, por la norma fundamental.

Debemos hacer una observación muy importante. El derecho, como orden dinámico de normas, es un orden jurídico positivo. Todas y cada una de sus normas han sido creadas o puestas por actos de conducta humana; todas ellas son normas positivas. Afirmar lo contrario sería tanto como negar, aunque fuera parcialmente, el carácter dinámico del orden.

Bajo estos conceptos ¿cómo debemos concebir a la Constitución? De manera inmediata debemos decir que la Constitución, entendida como norma fundamental, es una norma positiva, pues su fuente formal, es decir, su proceso de creación, el proceso constituyente, tuvo lugar en la ciudad de Querétaro, llevado a cabo por un Congreso Constituyente, desde el 1o. de diciembre de 1916 al 31 de enero de 1917.

Si el destinatario directo de las normas jurídicas, que son normas coactivas, son los órganos encargados de ejercer condicionalmente la coacción, entonces debemos preguntarnos: ¿cuál es el concepto jurídico fundamental que explica esta situación?

Sin duda alguna, es el concepto jurídico de la *facultad*. Este concepto jurídico es distinto a los demás conceptos normativos. La facultad no puede reducirse a la obligación, ni a la prohibición y tampoco a la permisión. Puede observarse que existe la tendencia a reducir el concepto de la facultad a los conceptos deónticos acabados de mencionar. *A priori*, se obtienen las siguientes posibilidades:

- a) La facultad como permisión.
- b) La facultad como prohibición.
- c) La facultad como la unión de una prohibición y una autorización.
- d) La facultad como definición.
- e) La facultad contiene implícitamente una obligación para los súbditos.
- f) La facultad como predicción.

### 1. *La facultad como permisión*

En este punto es necesario hacer algunas precisiones. No es correcto, desde un punto de vista teórico, intentar explicar el carácter normativo de estas normas que establecen facultades echando mano de los conceptos deónticos mencionados. Nin-

## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

guno de ellos es aplicable para caracterizar la función normativa de las facultades, por dos razones: 1) en su contenido no hacen referencia a los actos de producción normativa y 2) constituyen la materia de los actos que ejercitan las facultades normativamente establecidas. Las normas de competencia o las facultades pueden estar unidas a normas coactivas diversas. Decir que las normas de competencia son normas de permisión, no es correcto por la razón de que si se trata de la permisión débil, es decir, de aquella que se presenta cuando no existe norma que regule una cierta conducta, conforme al aforismo de que “lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, la facultad no queda tipificada en su función específica, precisamente por no existir norma jurídica que regule esa función creadora de normas. Las facultades son el contenido específico de ciertas normas. Tampoco se puede concebir con el concepto de permisión fuerte debido a que este concepto se encuentra esencialmente vinculado con el de la prohibición y solamente constituye una limitación a una prohibición general o particular. Tanto la prohibición como su limitación no tienen referencia alguna a la creación de normas.

Constituye un uso impreciso e indebido del lenguaje deóntico afirmar que la facultad es una permisión. Si el concepto de lo permitido se entiende en sentido de la permisión débil, siempre podremos decir de cualquier conducta facultada que está permitida, en caso de que no esté directamente prohibida, lo que es posible *a priori*, como mera posibilidad, aunque entrañaría un conflicto teleológico. La conducta facultada, el ejercicio de una facultad, si no es antijurídica, es una conducta permitida, aun en el caso de que dicha conducta se quisiera identificar como el cumplimiento de una obligación. La conducta obligatoria está permitida, simplemente porque no es igual a la conducta prohibida. Pero el concepto de permisión no contiene el significado del poder de creación de nuevo contenido.

### 2. *La facultad como prohibición*

No podría decirse que conferir a un sujeto una facultad u otorgarle una competencia sea equivalente a prohibir a los demás individuos realizar esos actos. Otorgarle una facultad a un sujeto no implica necesariamente prohibir a los demás sujetos la realización de conductas creadoras de normas. No existe una prohibición de legislar dirigida a todos los demás sujetos que no sean los diputados o senadores al Congreso. Los particulares pueden reunirse e intentar emitir leyes, sin que por ello deba sancionárseles. Recuérdese el tribunal Bertrand Russell. Un problema distinto es el valor jurídico que haya que otorgar a esos actos.

### 3. *La facultad como la unión de una prohibición y una autorización*

Tampoco podría considerarse que la norma que establece una facultad es una combinación de dos normas que pertenecen a la estática jurídica: una prohibición para los demás sujetos y una autorización a ciertos sujetos de realizar los actos constitutivos de la facultad, autorización entendida como una limitación específica a esa

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

norma prohibitiva general. La misma crítica hecha más arriba debe hacerse en este lugar. Con la caracterización mencionada no se determina de manera adecuada la función *autopoietica* de la facultad, la función creadora de normas, además de que no se pueden aplicar esos conceptos, de la manera en que fueron definidos más arriba, porque no se suscitan las consecuencias de los mismos, que son precisamente las sanciones.

#### 4. *La facultad como definición*

Tampoco puede considerarse que las normas de competencia o que establecen facultades son definiciones, como lo pretende Bulygin.<sup>20</sup> La norma constitucional que determina el proceso de creación de las leyes y otorga esta facultad al Congreso federal no está definiendo lo que es una ley, pues una definición es una operación intelectual, que no tiene la función creadora de normas. A esta concepción, simplemente, se le escapa la conceptualización de la función específica de esta clase de normas. No se niega que, con base en ello, la jurisprudencia pueda definir lo que es una ley, diciendo que es un conjunto de normas generales emitidas por el Congreso general siguiendo el procedimiento establecido en diez artículos de la Constitución, lo que no autoriza a decir que las normas constitucionales son definiciones de lo que es una ley. De igual manera podría decirse que las normas penales definen lo que es un delito o una pena, pues la relación de ellos podría ser considerada una definición de ellos por enumeración. Todas las normas que establecen instituciones, como el matrimonio o el contrato de compra-venta, serían definiciones.

#### 5. *La facultad contiene implícitamente una obligación para los súbditos*

Kelsen es el autor que sostiene esta tesis. Se encuentra en su libro *Allgemeine Theorie der Normen* (*Teoría general de las normas*). Expresa, primero, con toda claridad, la función específica de las normas que establecen la facultad: “La función normativa de facultar significa: otorgar a un individuo el poder de crear y aplicar normas”.<sup>21</sup>

Pero considera que toda norma que establece una facultad implica la existencia de otra norma que obliga a los súbditos: “Pero facultar puede implicar un ordenar. Implica un ordenar cuando la creación de una norma está facultada. Cuando una norma moral faculta a un padre emitir órdenes a su hijo, ordena con ello al niño obedecer las órdenes del padre”.<sup>22</sup>

Esta tesis no es aceptable. No hay actos implícitos de ordenar. La orden de cumplir con las órdenes del padre es una duplicación del contenido obligatorio de la orden del padre. La norma que faculta al padre no implica acto alguno de ordenar,

---

<sup>20</sup> Bulygin, Eugenio, SNC, “Sobre las normas de competencia”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 490 y ss.

<sup>21</sup> Kelsen, Hans, ATN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 82.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 83.

sino sólo le concede el poder de crear normas, las que pueden tener por contenido una obligación, aunque no de manera necesaria, pues su contenido puede estar constituido por una permisión fuerte o una autorización. También puede contener una facultad. Si esta tesis de Kelsen fuera correcta, con igual razón podría decirse que facultar implica prohibir, en tanto que el mandato coactivo prohíbe la conducta que es la condición de la sanción. Hay que usar profusamente la navaja de Occam y no crear normas implícitas o fictas.

## 6. *La facultad como predicción*

Esta es la tesis que expresa Ross en su libro *Sobre el derecho y la justicia*.<sup>23</sup> Dice que el enunciado de que las normas constitucionales referentes al poder legislativo son derecho vigente, “es una predicción de que las normas de conducta creadas por la legislatura de acuerdo con la Constitución, serán aplicadas por los tribunales”. Sin duda alguna debe aceptarse que las leyes las aplican los tribunales pues determinan su conducta en los procesos jurisdiccionales, pero no sólo de ellos, también de los órganos administrativos e, incluso, de los particulares cuando crean normas individuales, como en el caso de la celebración de contratos. Pero las normas de competencia, como las llama, son normas y eso quiere decir, que regulan la conducta humana en ciertos sentidos. Las predicciones pueden realizarse desde el punto de vista de una sociología, en el conocimiento de un abogado o jurista que aconseja a su cliente de la posible o probable conducta de los órganos del Estado, pero una norma no es una predicción. La ciencia causal hace predicciones; los juristas también, pero una predicción es un enunciado de carácter probabilístico, que no puede determinar el sentido de las normas que establecen facultades.

En consecuencia, debemos concebir a la facultad (*Ermächtigung* en alemán, *Empowerment* en inglés) como el contenido de las normas que establecen los procesos de creación de otras normas y determinan su contenido. Este concepto es de suma importancia, porque la Constitución debe entenderse como las normas que establecen los procesos principales de creación del orden jurídico, con sus ámbitos de validez personales, materiales, espaciales y temporales, es decir, como las normas que establecen las facultades fundamentales del orden jurídico.

## IX. UNIDAD DE UNA PLURALIDAD DE ÓRDENES NORMATIVOS

En la experiencia histórica encontramos órdenes normativos centralizados o descentralizados. En los primeros, la totalidad de sus normas tienen un mismo ámbito espacial de validez, que abarca todo el territorio del Estado. En cambio, en los segundos, encontramos una pluralidad de órdenes normativos con distintos ámbitos

<sup>23</sup> Ross, Alf, SDJ, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

o esferas de validez, que deben ser unificados. Supóngase que tenemos dos órdenes normativos A y B. Sólo hay tres relaciones posibles entre ellos: la subordinación de cualquiera de ellos con respecto al otro, A sobre B o viceversa o la coordinación entre ambos en un plano de igualdad A-B. En este caso se requiere, por razones lógicas, un tercer orden C que los coordine y determine sus respectivos ámbitos de validez, de manera que puedan ser identificados. Pasa lo mismo con los diversos Estados en el ámbito internacional. El derecho internacional es el orden normativo jerárquicamente superior a los Estados nacionales a los que coordina señalando sus ámbitos de validez distintos, que permite su identificación.

En todo Estado federal, como orden descentralizado, encontramos diversos órdenes normativos que deben ser coordinados por una norma o conjunto de normas superiores. ¿Cuáles son los órdenes que la Constitución coordina y los determina en su individualidad? Son cuatro los órdenes normativos que existen en un Estado federal:

1. La Federación, que es un orden normativo con validez en la totalidad del territorio nacional.
2. Una pluralidad de órdenes locales o estados locales, cuyos ámbitos de validez son diferentes.
3. Los órdenes municipales dentro de cada uno de los estados locales.
4. El orden constitucional, que explicaremos más adelante.

Por lo tanto, debemos concluir que la Constitución, como norma fundamental, determina los ámbitos de validez de los órdenes normativos integrantes del Estado federal.

Debemos hacer una observación muy importante, con el objeto de evitar algunas inexactitudes conceptuales. La Constitución del Estado federal es simultáneamente Constitución del orden subordinado de la Federación, válida para la totalidad del territorio y, además, norma o complejo normativo que da las bases, fundamentalmente orgánicas, de las Constituciones de los estados locales y otros órdenes subordinados. Cada uno de los estados locales posee su propia Constitución, creada por su respectivo Congreso Constituyente. Ahora bien, el orden jurídico constitutivo de la Federación no tiene una Constitución especial distinta de la Constitución del Estado federal total. La Constitución del Estado federal es simultáneamente Constitución del orden jurídico de la Federación y norma superior respecto de las Constituciones locales (artículos 115, 116, 117, 118 y 122).

Si la Constitución contiene preceptos como los señalados, que dan las bases para los órdenes subordinados mencionados, es claro que no forman parte de la Constitución del orden de la Federación, sino que pertenecen con otras normas a la Constitución del Estado federal total. Por lo tanto, la Constitución del Estado federal tiene por función esencial la determinación de los ámbitos de validez normativa de los órdenes subordinados que hemos especificado, en tanto establece los órganos y las competencias de ellos. Esto lo hace nuestra Constitución de manera muy económica: la división de competencias (facultades) entre el orden subordinado de

## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

la Federación y la de los estados locales la establece determinando las competencias (ámbito material de validez) de la Federación y disponiendo que todas las competencias, es decir, la materia de las facultades que no están adscritas a la Federación se entienden reservadas a los estados (artículo 124).

### X. EL ORDEN CONSTITUCIONAL

En mi opinión, existen cuatro funciones jurídicas, es decir, facultades que no pueden ser consideradas como federales o locales y que, por tanto, deben adscribirse al que he llamado “orden constitucional”. Ninguna de ellas es materia de las facultades de los órdenes subordinados a la Constitución, pues pueden entrañar modificaciones a la división de competencias federal y locales o la revisión de la regularidad constitucional de sus actos. Estas cuatro funciones o facultades son las siguientes:

- a) Las reformas o adiciones a la Constitución (artículo 135).
- b) La reforma a la Constitución en su aspecto geográfico (artículo 73, frac. III).
- c) La suspensión de garantías (artículo 29).
- d) El control de la constitucionalidad (artículos 103, 105 y 107).

Estas funciones, en realidad, son facultades que la Constitución encomienda su ejecución a órganos especiales complejos, por ejemplo, a órganos compuestos por órganos federales y locales, como en el caso de las adiciones o reformas a la Constitución (artículo 135). Cuando estos órganos llevan a cabo el procedimiento de adicionar o reformar la Constitución, no están actuando en su calidad de órganos de la Federación o de los estados locales, pues no ejercen competencia alguna de esos órdenes; en realidad se conforma un nuevo órgano que realiza una función constitucional. El nuevo órgano constitucional, formado por el Congreso de la Unión y las legislaturas locales, ejerce una competencia que sólo puede atribuirse al orden constitucional, puesto que con ella puede ser variada la división de competencias entre ellos o ser modificadas o adicionadas disposiciones que solamente pueden ser adscritas al orden constitucional: me refiero a lo que hoy se denominan “derechos humanos” y sus garantías.

No es el caso que en este ensayo relate o describa, con alguna amplitud, el contenido de estas cuatro funciones del orden constitucional. Ellas constituyen el *ámbito material de validez* del orden constitucional. La esfera o *ámbito personal de validez* se refiere a los sujetos que realizan las funciones adscritas al orden constitucional. El *ámbito espacial de validez* está determinado por las normas constitucionales cuyo contenido es la descripción de los elementos que se consideran el territorio de México (artículo 42). El *ámbito temporal de validez* indica el lapso de la entrada en vigor de las normas constitucionales (1o. de mayo de 1917) y el tiempo posterior hasta su derogación.



ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

## XI. LA FUNCIÓN ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Hemos determinado que la Constitución es la norma suprema positiva del orden jurídico mexicano. Hemos señalado los órdenes que integran el Estado federal mexicano (órdenes constitucional, de la Federación, de los estados locales y de los municipios) y las normas que los coordinan o subordinan.

Recientemente, no hará más de tres décadas, ha surgido una preocupación por entender el sentido o significado de las Constituciones y las funciones que llevan a cabo dentro del derecho. Se ha llegado a afirmar que se ha creado un nuevo paradigma (*sic*), al que llaman *Estado constitucional de derecho*, para contraponerlo al que denominan *Estado legislativo de derecho*, en el que enfatizan las funciones y la operancia de las normas constitucionales. Véanse los ensayos contenidos en el libro *Neoconstitucionalismo(s)* de Comanducci, Ferrajoli, Prieto y Barberis. La distinción entre estos dos modelos de Estado es totalmente artificial y tiene muchos elementos de carácter iusnaturalista, que nosotros desechamos por incongruentes con la concepción del derecho como orden positivo de normas. Véase lo que dice el gran teórico del derecho Ricardo Guastini:

...por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.<sup>24</sup>

No es mi intención criticar las tesis contenidas en este ensayo, muy interesante, sino observar que todo lo que en él se dice es observable en cualquier orden jurídico moderno que tenga una Constitución escrita y el control de constitucionalidad.

## XII. FUNCIÓN Y OPERANCIA DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA POSITIVA

Para darse cuenta de ello baste observar la sentencia de juicio *Marbury vs. Madison*, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1803. En un razonamiento en principio impecable dice el juez Marshall:

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución

---

<sup>24</sup> Guastini, Riccardo, COJ, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.



## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Me importa destacar de este párrafo unas expresiones incompatibles y contradictorias. Dice la sentencia: “una ley contraria a la Constitución no es ley”. Es el mismo tipo de enunciado de Santo Tomás: un derecho injusto no es derecho. En la primera parte del enunciado se dice que existe una ley y que ésta es contraria a la Constitución y se concluye que esa ley no es ley, lo cual es una contradicción flagrante. Más adelante dice: “una ley repugnante a la Constitución es nula”. Una ley nula no es ley alguna, ha dejado de ser ley, no existe como tal y, por tanto, no puede predicarse de ella su contradicción con la Constitución, pues la nada jurídica no puede contradecir a la Constitución. Kelsen ha observado algo similar:

La afirmación que una ley válida es “inconstitucional” es una *contradictio in adjecto*, pues una ley sólo puede ser válida con fundamento en la Constitución... De una ley no válida, por otra parte, no puede afirmarse que sea inconstitucional, ya que una ley no válida no es de ningún modo una ley, pues es jurídicamente inexistente y, por ende, no es posible ningún enunciado jurídico al respecto. Si la afirmación, corriente en la jurisprudencia tradicional, de la inconstitucionalidad de una ley ha de tener algún sentido posible, no puede ser tomada literalmente.<sup>25</sup>

Más adelante veremos qué se puede decir congruentemente al respecto. Por lo pronto, no debemos interpretar literalmente la expresión contenida en la sentencia que se comenta.

Debemos recordar el principio central de la concepción del derecho como un orden dinámico. Ello entraña que en el ámbito del derecho nada está dado naturalmente, no hay elemento pre-constituido, sino que, por el contrario, todo elemento del derecho debe ser creado o establecido positivamente, es decir, puesto o producido por actos de conducta humana regulada por normas, también positivas. Por lo tanto, la afirmación que una norma es inconstitucional entraña varias afirmaciones, que son las siguientes:

1. Existe una norma superior que determina el procedimiento y el contenido de la norma que se está juzgando.
2. El órgano competente ha dictado una norma por medio de ciertos actos regulados normativamente por la norma superior.

---

<sup>25</sup> Kelsen, Hans, TPD2, *op. cit.*, p. 299.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

3. Esta norma creada es existente dentro de la esfera del derecho, conforme a la definición de Kelsen del término “validez”:

Designamos con la palabra “validez” la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido o el significado de un acto que establece una norma, decimos que con el acto en cuestión, se ordena, manda, prescribe, exige, prohíbe una conducta humana, o bien, se la admite, permite o faculta. Si, como hemos propuesto anteriormente, utilizamos la palabra “deber” (deber ser, *sollen*: Schmill) en un sentido que abarque todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe, o no debe, ser o ser hecho.<sup>26</sup>

4. Comparándola con el contenido de la norma superior que la determina, alguien ha encontrado alguna irregularidad adjetiva o sustantiva.
5. Estas irregularidades tienen que ser establecidas positivamente por medio de los actos de los órganos encargados de revisar su regularidad.
6. Por tanto, no hay regularidad ni irregularidad *a priori*, sino sólo *a posteriori*, determinada por el órgano competente para conocer sobre su validez.
7. Sin esta determinación positiva de la irregularidad, la norma es válida, existe en la esfera del derecho, lo que puede comprobarse con el hecho de que puede impugnarse por medio de un recurso o juicio cuya materia sea la determinación de su regularidad o la ausencia de ella.

La afirmación de la regularidad o irregularidad de una norma válida, *i.e.*, existente, hecha por la ciencia del derecho o un jurista cualquiera o los súbditos, tiene un carácter subjetivo, sin trascendencia jurídica. Es la opinión personal del sujeto que emite tal enunciado, por muy sabia y documentada que esté esa afirmación.

Es profundamente intrigante la circunstancia de considerar como válida una norma que nos parece que se encuentra claramente en contradicción con la norma superior que la determina procesal y sustantivamente. Pero debemos reconocer que esta circunstancia se presenta comúnmente en la experiencia jurídica: se habla de la inconstitucionalidad de leyes o normas y actos, de la ilegalidad de contratos o de sentencias de los jueces y de los reglamentos del órgano ejecutivo del Estado. Pero el jurista y el particular que hacen ese tipo de afirmaciones se encuentran en una situación relativamente paradójica. Están convencidos de la irregularidad de la norma o el acto y, sin embargo, lo consideran válido. Es claro que no se dejan engañar, pues saben muy bien que esa irregularidad deben aducirla ante el órgano competente para anular el acto o la norma que consideran irregular. No actúan bajo el supuesto de que por esa irregularidad la norma o el acto es nulo y, por tanto, no pueden perjudicarlo. En realidad, la consideran *anulable*.

Si se toman literalmente ciertas expresiones que son corrientes en la jurisprudencia tradicional, tal conflicto parece presentarse. Pues aquella habla de sentencias judiciales

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 65.

## LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

“contrarias a la ley” y de leyes “contrarias a la Constitución”, y así se crea la impresión de que fuera posible, en términos generales, algo como una norma contraria a las normas, y en particular, una norma jurídica contraria a derecho. Incluso el derecho mismo parece contar con la posibilidad de un derecho contrario al derecho, confirmando su existencia mediante las múltiples precauciones que toma con el supuesto fin de posibilitar la anulación de un derecho contrario al derecho. Pero si hubiese algo así como un derecho contrario al derecho, se eliminaría la unidad del sistema de normas que se expresa en el concepto de un orden jurídico.<sup>27</sup>

La unidad del sistema de normas implícito en el concepto de orden jurídico, es una tesis que Kelsen no está dispuesto a renunciar, pues siempre consideró que el derecho es un conjunto de normas que debe ser representado por la ciencia del derecho como formando una unidad no contradictoria. Y entonces surge el grave problema de cómo hacer coincidir la unidad del orden jurídico con la experiencia de las normas anti-normativas, de las normas irregulares. El problema es cómo hacer desaparecer las contradicciones normativas entre normas de diverso nivel. Este es un toro con cuernos doctrinal.

Previamente es necesario exponer el concepto de la fundamentación. Después de analizar la expresión de que una ley válida es inconstitucional y de considerarla una *contradictio in adjecto*, relaciona el concepto de validez de una ley con su fundamentación y dice:

...que una ley sólo puede ser válida con fundamento en la Constitución. Si hay algún fundamento para suponer que una ley es válida, ese fundamento de su validez no puede radicar sino en la Constitución. De una ley no válida, por otra parte, no puede afirmarse que sea inconstitucional, ya que una ley no válida no es de ningún modo una ley, pues es jurídicamente inexistente y, por ende, no es posible ningún enunciado jurídico al respecto.<sup>28</sup>

Por lo tanto, Kelsen identifica tres conceptos, que lo llevan a postular su tesis de la *cláusula alternativa tácita*, con la que pretende solucionar el problema de la unidad del orden jurídico a pesar de encontrarse con el fenómeno de las normas válidas irregulares. Los tres conceptos que identifica son los siguientes:

validez = existencia específica = regularidad

Una norma válida existe como tal y si es válida es porque es regular, porque tiene su fundamento en la norma superior que la determina. Y a la inversa: una norma irregular no es válida y, por tanto, no existe, es nula. Pero encontramos la existencia de normas juzgadas como irregulares que son válidas, que existen como normas y contra ellas pueden ejercitarse los juicios o recursos jurídicos para nulificarlas.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 299.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

Si, como quiere Kelsen, la validez implica la regularidad debemos considerar a la norma superior que determina el proceso y el contenido de la norma, que *prima facie* se considera irregular, modificada de tal manera que permita considerar a la norma inferior como regular, por lo menos provisionalmente. Véase este párrafo:

Pero eso significa que el sentido de las normas de la Constitución que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden tener lugar del modo determinado directamente por la Constitución, sino que pueden tener lugar también de otro modo que ha de ser determinado por el órgano legislativo mismo. La Constitución faculta al legislador para producir normas jurídicas generales también mediante otro procedimiento, distinto de aquel que está determinado directamente por las normas de la Constitución, y para dar a esas normas otro contenido, distinto de aquel que las normas de la Constitución determinan directamente... Las disposiciones de la Constitución que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una regulación directa y una regulación indirecta de la legislación; y el órgano legislativo puede optar entre ambas.<sup>29</sup>

Esta es la famosa tesis de la cláusula alternativa de Kelsen, que ha sido justamente criticada. Convierte a las normas superiores de cualquier nivel en la pirámide jurídica, en tautologías o en contradicciones. Si la Constitución regula el proceso legislativo explícitamente y se sigue regularmente, la norma creada es válida y tiene su fundamento en la Constitución. Si hay alguna irregularidad en el proceso legislativo, como que las Cámaras sesionaron sin el *quorum* requerido o emitieron los parlamentarios un voto que no alcanzó la mayoría requerida, etc., y se publica el texto irregular en el *Diario Oficial*, la ley respectiva es válida y, por tanto, por las identidades expuestas, existe como norma del orden, por lo menos provisionalmente y si es una norma válida, entonces, dice Kelsen, es regular. La norma constitucional es representada regulando directamente el proceso y el contenido como P o como no-P. El proceso legislativo y el contenido de la norma tienen su fundamento en ella, pues se ajusta a P o se ajusta a no-P y en ambos casos la unidad del orden se conserva. También puede ser representada como una conjunción entre P y todos los procedimientos y contenidos distintos, uno para cada irregularidad, como P y no-P<sub>1</sub> y no-P<sub>2</sub> y no-P<sub>3</sub>, etc. Toda irregularidad en el procedimiento o en el contenido en el proceso legislativo queda en unidad con alguno de los elementos de la conjunción. Pero eso convierte a las normas superiores en contradicciones. Estamos entre la Escala de la tautología o la Caribdis de la contradicción. Pero en este último caso debe aplicarse el *principio lógico de explosión*, como lo llamaban los lógicos medievales, que afirma que de una contradicción puede derivarse lógicamente cualquier enunciado. *Ex falso quodlibet*.

No es posible conciliar la validez *i.e.*, la existencia de una norma, con su regularidad, pues deben ser conceptos distintos. El problema de las irregularidades de las normas debe ser entendido dentro del concepto del orden dinámico de normas y tiene que estar establecido de manera positiva por el órgano competente. Repito: no

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 301.

hay irregularidades *a priori*, sino únicamente *a posteriori*, lo que significa que primero debe considerarse que una norma existe, usando el criterio que se quiera y después determinar de manera positiva, si es regular o no, al compararla con el contenido de la norma superior que la determina en un procedimiento seguido ante el órgano competente. El derecho admite muchas contradicciones entre normas de diverso grado, consideradas exclusivamente como contenidos significativos. Esta contradicción lógica o puramente semántica, dentro del orden jurídico, no afecta a su validez de la norma juzgada de irregular, pues esta validez sólo desaparece por un acto positivo de un órgano competente. El juicio de irregularidad puramente semántico tiene un carácter marcadamente subjetivo, carece absolutamente de validez y no tiene consecuencias en la esfera del derecho positivo. Lo importante es que el derecho tiene instituciones que permiten expulsar del orden jurídico las normas que el órgano competente ha determinado como irregulares.

### XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, DFEC, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- AUSTIN, John, OJ, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- BARBERIS, Mauro, NDIM, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- BULYGIN, Eugenio, SNC, “Sobre las normas de competencia”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi, PFED, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, COJ, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HOBBS, Thomas, L, *Leviatán*, Madrid, Editora Nacional, 1983.
- JELLINEK, Georg, TGEJ, *Teoría general del Estado*, México, Compañía Editorial Continental, 1956.
- KELSEN, Hans, HP, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, Porrúa, 1987.
- , TGE, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.
- , ATN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- , TPD2, *Teoría pura del derecho*, Colihue, 2011. También existe en español otra edición con el mismo título, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, NPJ, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

ROSS, Alf, SDJ, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

TENA RAMÍREZ, Felipe, DCM, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1978.

WEBER, Max, SCMH, *La “Superación” de la concepción materialista de la historia de R. Stammler*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001.

———, PV, *La política como vocación*, Madrid, Alianza Editorial, 1967.

———, ES, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

