

416
2ij.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

" EL TRATAMIENTO JURIDICO-CONSTITUCIONAL
DE LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SERGIO MANRIQUEZ FERNANDEZ



MEXICO, D. F.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

P R E S E N T E.

Muy Distinguido Señor Director:

El compañero SERGIO MANRIQUEZ FERNANDEZ inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su Tesis Profesional intitulada "EL TRATAMIENTO JURIDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS" bajo la dirección del Lic. Ignacio Mejía Guizar, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Lic. Mejía Guizar mediante oficio de fecha 17 de febrero del año en curso, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HAY UN DIOS ESPIRITU"
Cd. Universidad Nacional Autónoma de México, febrero 19 de 1997.


DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

FVT/pao.

A Dios, por quien se vive.

A mis padres, a quien les deberé eternamente el regalo del amor y de la educación.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a la que espero tener la oportunidad de retribuirle la formación que me permite abrirme paso profesionalmente.

Al licenciado Ignacio Mejía Guizar, quien con ejemplo de sencillez y servicio, colaboró en la culminación de este trabajo.

A Rosario, Juan José y Roberto, con quienes he compartido muchos de los mejores días de mi vida.

A mi "abuelita" y a mis tías Leonor y María Luisa, por su gran apoyo y cariño incondicionales.

A Rosalía, a quien además de agradecerle su colaboración en la elaboración de la presente tesis, le reitero mi más profundo cariño.

A mis amigos y amigas, con quienes se puede contar en momentos de la vida tan importantes como este.

Al licenciado Juan Díaz Mazadiego, a quien entre muchas cosas le debo la confianza que depositó en mí para integrarme a la interesante experiencia del servicio público.

A la licenciada Ma. Eugenia Bracho González y al licenciado Jorge Montañez Ojeda, quienes, sin saberlo, aportaron sus conocimientos a la realización de este trabajo.

A todo el personal de la Dirección General de Normas, de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial que desinteresadamente facilitó la información que ayudó en la elaboración de la presente tesis.

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"EL TRATAMIENTO JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL DE LAS
NORMAS OFICIALES MEXICANAS"**

Asesor: Licenciado Ignacio Mejía Guizar.

Alumno: Sergio Manriquez Fernández.

EL TRATAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS

INTRODUCCIÓN

III

CAPÍTULO I. CONCEPTOS BÁSICOS Y ANTECEDENTES

1. ¿Qué es una Constitución?	1
2. Breves antecedentes constitucionales en México	10
a) Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814.	
b) Constitución de 1824.	
c) Leyes constitucionales de 1836.	
d) Bases orgánicas de 1843.	
e) Constitución de 1857.	
f) Constitución de 1917.	
3. ¿Qué es una norma?	33
4. ¿Qué es una norma jurídica?	36
5. Jerarquía de las normas jurídicas en el derecho mexicano	39

CAPÍTULO II. TEORÍAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. Hans Kelsen	41
2. Ignacio Burgoa	46
3. G. Jellinek	54
4. Carl Schmitt	66
5. Loewenstein	82

CAPÍTULO III. LA CONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1. Constitucionalidad de las leyes y actos emanados de las autoridades de conformidad con la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	97
2. Antecedentes más recientes de las normas oficiales mexicanas.	104
a) Ley General de Normas y Pesas y Medidas, publicada el 7 de abril de 1961.	
b) Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicada el 26 de enero de 1988.	

CAPÍTULO IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS.

1. Fundamento constitucional de la vigente Ley Federal sobre Metrología y Normalización.	108
2. Naturaleza jurídica de las normas oficiales mexicanas.	112
3. El control de la constitucionalidad de las normas oficiales mexicanas.	116
4. Implicaciones de las normas oficiales mexicanas.	120

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA	126
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Todo trabajo humano es perfectible y desgraciadamente el que se presenta a continuación no es la excepción. No obstante, hemos de destacar que a través de la exposición de la obra que nos ocupa intentamos, además de cumplir con los requerimientos propios de una tesis profesional, llevar a la práctica los conocimientos y la experiencia que han traído consigo más de cinco años de estudios en torno al derecho.

Este trabajo se creó pensando en una estructura sencilla y en la medida de lo posible, lógica. Comenzaremos con un sucinto repaso de algunos conceptos básicos que servirán de sustento a lo que se expondrá en posteriores capítulos. Así también, realizaremos un breve repaso por los ordenamientos jurídicos primarios que han regido en la etapa independiente del país. Es preciso señalar que dicho repaso va especialmente encaminado a resaltar la supremacía que en todo momento han gozado tales documentos, más que a emprender un examen exhaustivo de sus disposiciones.

Posteriormente, en el segundo capítulo, expondremos de manera concreta y encauzada, algunas de las teorías más representativas que se han emitido con motivo de la Constitución. En seguida, -capítulos III y IV- analizaremos la naturaleza de las normas oficiales mexicanas dentro del contexto jurídico positivo mexicano, para después abocarnos a tratar de justificar su inclusión en dicho contexto.

En honor a la verdad, el tema que nos ocupa bien puede darnos materia para el doble de cuartillas de las que nos ocuparon. Sin embargo, en busca de la exposición llana y clara, hemos preferido la mesura y la economía en prácticamente todo el desarrollo de nuestra obra.

Empero, queda tanto al autor como al lector -dentro de sus respectivos puntos de vista- la decisión que atribuya y consuele al primero en tomo a la trascendencia de su empresa, mediante la cual no sólo ha pretendido cumplir con lo mínimo obligado, sino que ha pretendido cumplir con el espíritu de la disposición: contribuir al continuo mejoramiento de la vida jurídica del país.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS BÁSICOS Y ANTECEDENTES

1. ¿Qué es una Constitución?

Como bien afirma el Doctor Ignacio Burgoa, el concepto de "Constitución" tiene varias acepciones¹, tanto por el contenido mismo del vocablo, como por el punto de vista del que lo elabora.

Consideramos oportuno partir del concepto etimológico, según el cual dicho término proviene de las raíces latinas *cum*, que da la idea de reunión, conjunto, y *stare*, que se entiende como lo que está, lo presente; es decir, el conjunto de lo que se tiene, de lo que está, por ende de lo que consta algo. Así las cosas, Constitución en sentido amplio es la esencia y calidad de una cosa, mediante la cual se erige y se diferencia de las demás.

Sin embargo, estas apreciaciones distan de las que nos interesan para efectos del estudio que nos ocupa. En este sentido, hemos encontrado que existen dos grandes corrientes para referirse a las constituciones de índole estatal. La primera de ellas atiende a las razones sociales y políticas que le dan origen y que arrojan como resultado términos como el de "Constitución social".

Para los tratadistas y teóricos de las Constituciones, el concepto social y teleológico se convierte prácticamente en la razón de ser no sólo de la misma Constitución, sino propiamente del Estado. Dicha apreciación resulta

¹ Ignacio Burgoa Orihuela. *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, 9ª edición. México, 1994. pp. 318.

especialmente importante sobre todo si tomamos en consideración que por lo menos en teoría, la Constitución como ordenamiento escrito, contiene todas aquellas instituciones, anhelos y demás atributos que supuestamente ha querido el pueblo que tenga el principal documento jurídico de su nación.

Tal hecho recuerda los tiempos de la antigua Atenas en donde, por la escasa población que constituía a las polis era posible que prácticamente todo el pueblo hiciese acto de presencia para sancionar los actos que definirían el futuro del Estado. Por obvias razones, dichos eventos son prácticamente imposibles de llevar a cabo en la actualidad, en cuyo caso se ha optado por la figura de la representación.

Fernando Lasalle realizó un estudio titulado precisamente: "¿Qué es una constitución?"², en el cual destaca principalmente la idea de que la Constitución no era un conjunto de hojas escritas, ya que en el caso de que todas las constituciones del imperio alemán se destruyeran, no por ese sólo hecho dejaría el mismo imperio de tener Constitución. Más aún, si éstas existiesen no tendrían ningún valor si lo en ellas contenido no se sustentara en la realidad.

Tales apreciaciones resultan, a nuestro modo de ver, inexactas. En primer lugar, el hecho de que una Constitución sea o no escrita no tiene relevancia alguna para el Estado de que se trate, ya que tal hecho sólo indica la forma como la comunidad o quien haya elaborado la Constitución ha querido expresarla. Por lo tanto, puede darse el caso -y se da- de Estados que tienen constituciones que en la doctrina se han denominado de tipo consuetudinarias, las cuales no constan de

² Fernando Lasalle. *¿Qué es una constitución?* Siglo XX, Buenos Aires, 1957.

manera escrita en documento alguno, sino que simplemente se conforman por un conjunto de prácticas basadas en la costumbre del pueblo que es el que las sanciona y elabora.

Por otra parte, tomar en cuenta la efectividad y vigencia de una Constitución, para determinar su existencia, si bien es un factor de trascendencia para la vida misma del Estado, no demerita a la Constitución, ya que para tal suceso acontezca es necesario, ya sea que se den los pasos procedimentales establecidos en la misma Constitución o bien, que se presente una revolución que *de facto* cambie el devenir del ordenamiento supremo, hecho este último que sin ulterior comentario resulta notoriamente antijurídico.

Ahora bien, dentro de esta tendencia que estamos abordando, pero adoptando una postura más jurídica, también se han manifestado autores en los términos siguientes:

"... si bien el Derecho constitucional no puede prescindir del aspecto total de la Constitución, ha de hacerlo *sub specie juris*, es decir, que los aspectos extrajurídicos le interesan en la medida en que, en virtud de esas conexiones necesarias que hacen de la constitución una totalidad sean interesantes para el aspecto jurídico de la misma."³

En otras palabras, el aspecto extrajurídico, social y trascendental que se manifiesta en la Constitución 'real', se convierte en el sustento en donde sino inmediatamente, sí posteriormente aparecerá en la Constitución 'escrita', también

³ García Pelayo. *Derecho Constitucional Comparado*, Edición 1957. Madrid, pp. 102.

denominada 'jurídico-positiva'; y en la medida en que sean ambos aspectos congruentes y coincidentes, determinará la permanencia del vínculo que existe entre ambas.

Como podemos advertir, este aspecto de la necesaria interdependencia de los factores sociales y los jurídicos para denotar la vigencia e incluso existencia de la Constitución, se presentan como indispensables para los sustentantes de esta corriente que analizamos y que abordaremos con más detalle en el próximo capítulo.

Siguiendo esta postura, pero matizándola teleológicamente, se ha dicho que:

"La Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado".⁴

Expresado de esta manera, no se define y ni siquiera se pretende dar un concepto del objeto de estudio que nos ocupa, sino que el comentario atiende más bien a manifestar que la finalidad de la Constitución se circunscribe no tan sólo a determinar la forma en que se expresa la forma de ser de un Estado, sino más bien a delimitar las atribuciones bajo las cuales los sustentantes del poder deberán ejercitar su poder.

⁴ Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*. Ed. Albatros, México, 1975, pp. 413

Este aspecto resulta de primordial trascendencia, sobre todo porque plasma el principio de la legalidad, que en capítulos posteriores estudiaremos con especial detenimiento. Sin embargo, cabe seguir comentando que tales precisiones no suponen sino el freno que se pretende aplicar a todo acto proveniente de los órganos emanados del Estado, con el objeto de que se apeguen a los lineamientos bajo los cuales fueron creados, dejando así descartada la idea de que no hayan tenido previamente atribuciones para ejercer el poder.

La otra gran corriente bajo la cual se conceptualiza a las constituciones se caracteriza por un punto de vista más jurídico y, por ende, positivo. De esta forma, la Constitución se manifiesta como la expresión concreta, sancionada y fehaciente de la forma en que un Estado se constituye, independientemente de que así lo haya querido hacer, o si el modo de haber llegado a la consecución de tal documento haya sido el correcto, ya que, como más adelante apuntaremos, dichas apreciaciones resultan intrascendentes en un régimen legalista.

Bajo esta corriente, verbigracia, tenemos como apoyo las siguientes líneas:

"La Constitución de un Estado es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, considerada desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta."⁵

⁵ Maurice Hanou: *Principios de derecho público y constitucional*, 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, pp. 47.

Encontramos en las líneas anteriores un punto de vista con el cual coincidimos, en primer lugar por la simplicidad de sus términos, pero principalmente por lo acertado que resulta lo que expresa, en el sentido de que es un conjunto de reglas como lo puede ser cualquier otro, pero que deriva especial trascendencia es el único que delimita al gobierno del Estado y, a la vez, consigna las directrices de lo que es y pretende ser una comunidad.

Sin embargo, nuevamente diferimos de la frase final que denota la preocupación del autor por querer enfatizar el aspecto de la consistencia social de la Constitución con el de la existencia de la misma, lo cual, como reiteramos es muy importante en el aspecto social, pero no lo es objetivamente en el aspecto jurídico.

Dejando aparte las dos corrientes de que hablamos al principio del presente punto, existen también conceptos y comentarios que conforman, desde nuestro modo de ver, un aspecto igualmente importante de lo que implica una Constitución. Así tenemos que:

"La constitución vivida o creada es la fuente formal del derecho, y en verdad la única que posee el carácter de fuente primaria colocada por encima del Estado, porque contiene la esencia del orden político y jurídico, por lo tanto, la fuente de la que van a manar todas las normas de la conducta de los hombres y las que determinan la estructura y actividad del Estado."⁶

⁶ Mario de la Cueva. *Teoría de la Constitución*, Edición 1982, pp. 58.

Aunque son por demás claras las ideas que expresa la anterior transcripción, es necesario recalcar, por una parte, que la Constitución así definida se convierte en la ley primaria del Estado, bajo la cual toda regulación secundaria deberá estar supeditada, so pena de ser esta última desestimada y declarada sin validez.

Más aún, el ordenamiento llamado Constitución se erige como la base sobre la cual está sustentado el Estado mismo tanto política como jurídicamente, siendo este último aspecto de especial trascendencia para el presente trabajo.

Precisamente tomando en cuenta las diversas consecuencias que implica la existencia de un ordenamiento de esta índole se ha expresado que:

*"(La) Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) establece su forma y la de su gobierno; b) crea y estructura sus órganos primarios; c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales, y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados."*⁷

De lo anteriormente expresado debemos hacer varias consideraciones: en primer lugar, entendida así, la Constitución se vislumbra como un cuerpo normativo, escrito, que consta de diversas partes y en donde se describen los lineamientos que conforman al Estado y al gobierno del mismo.

⁷ Burgoa. op cit. pp. 328.

De igual forma, el ordenamiento en cuestión así expresado establece, por lo menos de manera general, el orden y funcionamiento de las instituciones que actuarán con el objeto de hacer cumplir los objetivos que la misma Constitución les marca.

No escapa de nuestras apreciaciones el hecho de que una Constitución del tipo que nos ocupa deriva del modelo francés, que optó por plasmar de forma escrita dicho ordenamiento. Este sistema, adoptado por nuestro derecho patrio, implica ciertas ventajas y desventajas. Por las primeras encontramos que al quedar constancia del propio ordenamiento, todos los derechos otorgados por éste, aparecen como garantía de su cumplimiento -por lo menos en teoría- y por la otra -y quizá más importante- los actos provenientes de los gobernantes y en general por todos los que de alguna manera actúan con fundamento en la misma Constitución encuentran comprendidas sus facultades, así como las limitaciones a las mismas.

Esto último resulta de especial importancia, ya que por una parte hace legítimo el actuar de quien sustenta el poder e impide, por lo mismo, que se le acuse de transgresor del régimen que lo facultó. Pero, por el contrario, también se convierte en el parámetro ideal para que cualquier acto contrario al ordenamiento supremo, se catalogue no sólo de falta de fundamento, sino de ilegal, con todas las consecuencias que dicho acto u omisión implique.

No obstante, acusamos a este concepto el desviarse al incluir en él las finalidades tanto de la misma Constitución, así como las del Estado mismo, aspectos que siendo importantes, deben tratarse por separado.

Estamos, por tanto, en condiciones de emitir nuestro propio concepto, el cual pretendemos cubra las expectativas de objetividad, pero que más allá de tal propósito, nos permita cimentar el resto de nuestro estudio.

Constitución es el ordenamiento jurídico político supremo de todo Estado.

2. Breves antecedentes constitucionales en México

a) Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana

Mejor conocida como la Constitución de Apatzingán, el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, constituye un primer esfuerzo legislativo y de soberanía que realiza una nación recién emancipada del yugo de España, que a la sazón, se encontraba en el ocaso de su esplendor como imperio.

Los idearios de la insurgencia, la necesidad de contar con un ordenamiento que reafirmara el quebrantamiento del vínculo que le uniera con el anterior imperio, así como el ansia de plasmar las bases sobre las cuales se sustentaría el país, eran por obvias razones, las prioridades del México de aquel entonces.

No obstante, por si sola dicha empresa se antojaba colosal, las circunstancias sociales y políticas que imperaban hacían aun más difícil la labor. Dos documentos surgen como antecedentes de la Constitución que nos ocupa: *Los Elementos Constitucionales*, elaborado por Rayón, y *Los sentimientos de la nación*, de Morelos.

Tales documentos se caracterizan por la notoria influencia de la ideología emanada de la Revolución Francesa, la que, sin reparar mucho en ello, constituye la pauta entre una época de absolutismo y de liberalismo. Como ejemplo de lo anterior, encontramos las frases que depositaban en el pueblo la soberanía y el ejercicio de la misma. Así también, la innovadora tesis mediante la cual el poder, o

más bien, el ejercicio del poder, se dividía en tres funciones bien diferenciadas entre ellas: legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Ahora bien, por lo que respecta a la Constitución que nos ocupa, encontramos como sustentante de la primera de las mencionadas funciones al pueblo, quien delegaba dicha función en un cuerpo colegiado y representativo del mismo, que sería el encargado de ejercer tan importante labor. Curiosamente, en su artículo octavo, se le denominó a la ley como la expresión de la voluntad general, lo cual refuerza de manera importante la idea de la soberanía que provenía de Rousseau.

No obstante que se plasmaron en la Constitución que nos ocupa, ideas tan revolucionarias como las que comentamos, también se incluyeron en el documento la religión de Estado, que si bien resultaba lógica su inclusión considerando las notorias influencias evangelizadoras en España, contrastaban fuertemente con las ideas liberales que el mismo ordenamiento contenía.

Su vigencia fue efímera, las circunstancias políticas y las propias limitaciones que denotaba, la condenaron a ser más que un ordenamiento positivo, un ejemplo del pensamiento e ideales de la reciente nación que la expedía. En este sentido, encontramos atinados los comentarios de Jesús Reyes Heróles, expresados en los siguientes términos:

"La Constitución de Apatzingán supuso tal radicalización en la marcha del liberalismo mexicano, que es imposible precisar sus raíces. Se duda sobre la existencia de un proceso ideológico que la sustente. De aquí que el documento se quiera ver como un hecho aislado, sin conexiones. Pero ello no fue así; es

un documento franco, resultado de una evolución ideológica previa. El decreto de Apatzingán fue el primer planteamiento radical del liberalismo mexicano; por ello mismo y por lo resultados, el esfuerzo se discontinúa, al menos exteriormente, y sólo es retomado muchos años después."⁸

b) Constitución de 1824

Después de varios sucesos políticos relacionados con la autonomía del país, mediante los cuales España intentaba recuperar el poder que en el pasado poseía en la otrora Nueva España, tales como la imposición de la Constitución de Cádiz de 1812, México se preparaba para emitir su primer Constitución Política que tendría vigencia, aunque fuera breve.

Los principales legisladores y personajes políticos, considerando aun la posibilidad de alguna intromisión de su anterior imperio, emitieron el documento conocido como Acta Constitucional, como una especie de anticipo de la Constitución para asegurar el sistema federal, que contenía este ordenamiento jurídico, y al que se le adjudicaron los calificativos de 'punto cierto de unión a las provincias', 'norte seguro al gobierno general', 'garantía natural' para los pueblos⁹, según la exposición que la acompañaba.¹⁰

⁸ Jesús Reyes Heróles, *El liberalismo mexicano*, tomo I, Los orígenes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1957, Cap. I, citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 78

⁹ En términos igualmente "heroicos", se expresó de la Constitución de 1824, Prisciliano Sánchez, al decir que: "La nación queda una, indivisible, independiente, y absolutamente soberana en todo sentido, porque bajo ningún respeto político reconoce superioridad sobre la Tierra. Sus intereses generales los administra la autoridad central dividida en tres poderes supremos. El congreso general representando a la nación dictará las leyes más sabias y convenientes para conservar la mutua separación de los estados y mantener la unión federal. El Supremo Poder Ejecutivo será el resorte de la autoridad práctica, el timonel de la nave, y el gobernante de toda la fuerza nacional, ya para oponerla al enemigo común, ya para

Dichos apelativos pretendían por una parte defender el sistema federal, en virtud de que, como se puede deducir fácilmente, no existió un consenso unánime al emitir el documento que nos ocupa. Así también, intentaba recalcar la independencia recién lograda de España. Por lo que respecta al primer punto, podríamos adjudicar este "triunfo" a la desaparición del partido monárquico que fracasó en su intento de implantar un imperio. En tal situación, los que alguna vez defendieran las causas imperiales, se convirtieron de tendencias conservadoras.

Por el otro lado, los defensores del federalismo, influenciados notoriamente por el éxito del sistema norteamericano, atribuyeron dicho suceso al sistema en sí, perdiendo de vista las circunstancias en las cuales se había gestado.¹¹ Este momento se ilustra de manera excepcional en las famosas frases de Zavala, al decir que:

"Los diputados de los nuevos Estados vinieron llenos de entusiasmo por el sistema federal y su manual era la constitución de los Estados Unidos del

contraponerla a la ambición de algún estado que quiera invadir o perturbar los derechos de otro, manteniendo el equilibrio mutuo entre todos ellos."

Pascual Sánchez. *El Pacto Federal*. Reimpreso por Daniel Moreno en *El pensamiento jurídico mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1965, antes en Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, citado por Daniel Moreno, op cit. pp 114.

¹⁰ Felipe Tena Ramírez. *Leyes Fundamentales de México 1808-1989*. Ed. Porrúa. 15ª edición, México 1989, pp 153

¹¹ "Dicho sistema no vino en teoría de las doctrinas de Apatzingán, ni del hábito práctico de la Constitución de 1812, ni de la Constitución francesa que desde 1795 estableció un Poder Legislativo compuesto de un consejo de ancianos y del consejo de los quinientos; y muy probablemente vino de la americana, que en su artículo I creó el Congreso de los Estados Unidos, compuesto de un Senado y de una Cámara de representantes."

Isidro Montiel y Duarte, op. cit. p. XVIII., citado por Burgoa, op. cit., pp 626.

Norte, de la que corria una mala traducción impresa en Puebla de los Ángeles, que servía de texto y de modelo a los nuevos legisladores."¹²

Así las cosas, el 5 de octubre de 1824 se publicó con el nombre de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, el primer ordenamiento supremo del país, el cual estuvo vigente en los mismo términos en que fue expedido hasta el año de 1835.

Esta Constitución, que constaba de 171 artículos, indudablemente superó en todos los aspectos a la sancionada en Apatzingán. En efecto, dicho ordenamiento ya contó con una estructuración más depurada de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como con un funcionamiento mejor detallado de los mismos.

Podemos inferir que los creadores del ordenamiento que nos ocupa, tenían como uno de sus principales objetivos el de cimentar por medio de la misma Constitución, una nación plural, democrática y por ende, libre para determinar su propio destino. No obstante cabe mencionar que como primera Constitución propiamente, adolecía de cierta ingenuidad, la cual obstruía el desarrollo jurídico y político del país. Como ejemplo de lo anterior, encontramos la elección del presidente y vicepresidente que según el artículo 85, permitía al segundo candidato mejor votado figurar como vicepresidente de la misma administración. Las consecuencias de tener como vicepresidente al principal opositor en la

¹² Lorenzo de Zavala, *Ensayo histórico de la Revolución de México desde 1808 hasta 1830*, 2 tomos, México, 1832, citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 111

contienda electoral se advierten obviamente funestas, por lo que nos abstendremos de comentar más al respecto.

Finalmente, debemos resaltar el hecho (aunque comprensible para aquellos tiempos) de que no obstante los adelantos que presentaba el ordenamiento que nos ocupa, aun era omisa en cuestiones de principios de legalidad, garantías de los gobernados frente a los actos de autoridad, facultades y funciones de los gobernantes, etcétera.

c) Leyes constitucionales de 1836

Aunque pudiera indicar un periodo de paz el hecho de que no se reformara la Constitución de 1824 durante once años, no resulta del todo acertada esta apreciación. En dicho lapso, las fuerzas del partido conservador ganaron fuerza y escaños políticos aproximándose así a lo que años atrás se les había negado: una Constitución a su modo.

Don Lucas Alamán se pronunció en este sentido al precisar que los objetivos que se proponían al desear cambiar el régimen eran, entre otros, los siguientes:

"Es el primero, conservar la religión católica...Entendemos también que es menester sostener el culto con esplendor y los bienes eclesiásticos...Estamos decididos contra la federación: contra el sistema representativo por el orden de elecciones que se ha seguido hasta ahora: contra los ayuntamiento electivos

y contra todo lo que se llame elección popular, mientras no descansa sobre otras bases..."¹³

Ante tales aseveraciones, no se podía esperar la innovación y mucho menos la implementación de libertades para el pueblo en general. Por el contrario, las intenciones de quienes en ese momento moldeaban el destino del país se inclinaron por un ordenamiento elitista, que por sí mismo se encargaría de mantener en el poder a las clases adineradas. Lo anterior lo podemos corroborar en los artículos referentes a los requisitos para poder ser diputado o senador, para los cuales se exigía, entre otros, tener una renta anual en verdad importante.

Como bien afirma Emilio Rabasa¹⁴, el partido conservador no se limitó a reformar la Constitución entonces vigente, sino que tomándose atribuciones de poder constituyente decidió de una vez por todas echar abajo el modelo federalista plasmado en el ordenamiento supremo del país, para dejar en su lugar un verdadero aborto jurídico. La manera en que se dio a conocer públicamente resulta igualmente inusitada y extraña, ya que se emitió a través de siete leyes constitucionales, las cuales versaban sobre diferentes materias.

La característica más importante de este ordenamiento lo fue la implementación de un régimen centralista, mediante el cual las antes entidades federativas, ahora denominadas Departamentos, se encontraban en gran parte supeditadas a las decisiones del poder ejecutivo, restándoles por tanto, su autonomía.

¹³ Tena Ramírez, op. cit., pp. 199.

¹⁴ Emilio Rabasa. *La organización política de México. La Constitución y la dictadura*. Madrid, 1971. Citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 132-133.

Otro aspecto importante que consideramos necesario destacar es el relativo al Senado, que si bien es cierto no era novedosa su creación, lo cierto es que su nueva inclusión resultó fuera de lugar, como acertadamente Burgoa lo expresa en las siguientes líneas:

"Como es lógico deducir, en el citado ordenamiento constitucional la existencia del Senado carecía de justificación político-jurídica. Dentro de un régimen federal, el Senado es el órgano que representa a los Estados federados, pues se integra con los individuos (senadores) que igualmente cada uno de ellos acredita, con independencia de la forma de su designación o elección. En países como Inglaterra, por otra parte, dicho órgano o cámara alta o de los lores es un cuerpo de clase social. Ninguna de estas implicaciones tuvo el Senado en la Constitución centralista de 36."¹⁵

Sin embargo, la situación del Senado deviene en baladí frente a la innovación del llamado Supremo Poder Conservador, órgano *sui generis* del gobierno el cual consistía de un cuerpo colegiado que contaba con facultades que no sólo se antojan exageradas¹⁶, sino inverosímiles. Tal creación fue producto de las mentes imprudentes y autoritarias de los conservadores quienes no encontrando métodos lógicos ni prácticos para intentar llevar a buen fin sus propósitos, creyeron haber inventado una especie de grupo de semidioses cuyo real propósito era el mantener subyugados a todos los demás poderes bajo sus designios.

¹⁵ Burgoa, op cit., pp 627

¹⁶ Cfr Isidoro Montiel y Duarte *Derecho Publico* tomo II, citado por Daniel Moreno op cit., pp. 138.

Al respecto Emilio Rabasa comentó:

"No es fácil encontrar Constitución más singular ni más extravagante que este parto del centralismo victorioso, que no tiene para su disculpa ni siquiera el servilismo de sus autores, porque si por sus preceptos, las providencias, el parlamento y el poder judicial quedaban deprimidos y maltrechos, no salía más medrado el ejecutivo, que había de subordinarse a un llamado poder conservador, en donde suponía investir algo de sobrehumano, intérprete infalible de la voluntad de la nación, cuyos miembros, poseídos del furor sagrado de los profetas, declararían la verdad suprema para obrar el prodigio de la felicidad pública."¹⁷

A manera de ejemplo de lo expresado, citamos el artículo 17 de la Segunda Ley Constitucional, que a la letra expresaba:

"(Segunda Ley Constitucional)

Art. 17. Este supremo poder no es responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública, y sus individuos en ningún caso podrán ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones."¹⁸

Finalmente, por lo que se refiere a las facultades del poder legislativo para ejercer su función formal, es decir, para iniciar leyes –cuestión que desarrollaremos con más detalle en el presente trabajo–, ésta se resumió en los siguientes términos:

¹⁷ Rabasa Emilio, op. cit., Citado por Daniel Moreno op. cit., pp 136.

¹⁸ Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, op. cit., pp 211.

"(Tercera Ley Constitucional)

Art. 26. Corresponde la iniciativa de las leyes:

I. Al supremo poder Ejecutivo y a los diputados, *en todas materias.*"¹⁹

Obviamente no sorprende la redacción del citado numeral después de considerar todos los desaciertos que contiene la Constitución que comentamos. No obstante, es preciso aclarar que no es de ninguna forma afortunada tal mención, en virtud de que es demasiado general e incluso imprudente afirmar que en todas materias se tiene injerencia para legislar.

d) Bases Orgánicas de 1843

El transcurso de los años difícilmente podría haber tenido mayores desastres que los que se registraron durante los que la tendencia centralista imperó en México. Guerras intestinas y, peor aun, la intromisión de los nacientes Estados Unidos de América, produjeron una época triste en la historia patria.

El maestro Mario de la Cueva resume esta etapa de la vida de México de la forma siguiente:

"Los años posteriores a 1836, hasta la Revolución de Ayutla, que condujo a la Constitución de 5 de febrero de 1857, son las más grandes tragedias de América, pues dentro de ellos, un pueblo imperialista, aprovechando la debilidad de una nación que pugna por su integridad social, económica y

¹⁹ Tena Ramírez. op. cit., pp. 216

jurídica arrebató a México una extensión de territorio que es la más grande y rica que en la historia moderna y contemporánea se haya arrebatado a una nación."²⁰

Poco después de la entrada en vigor de las Leyes Constitucionales recién comentadas, las disertaciones tanto de federalistas como de los mismos centralistas, no se hicieron esperar. En un intento más de adecuar la Constitución a los deseos de los entonces sustentantes del poder, Nicolás Bravo -a la sazón titular del Ejecutivo en una ausencia más de Santa Anna- designa a una junta de notables encargados de elaborar un nuevo Código Político del país.

Otro suceso digno de resaltar, es el relativo a las intenciones separatistas de Yucatán, las cuales llegaron a la creación de una Constitución que se caracterizó por su pensamiento progresista, que entre otras cosas contenía el amparo como medio de impugnación ante actos de autoridad ilegales.

Los cambios registrados en este documento no son tan notables, en gran parte debido a que siguieron una tendencia muy parecida a la de las leyes constitucionales que le precedieron. De hecho, las innovaciones más importantes las encontramos resumidas en las siguientes líneas:

"En estas Bases, expedidas en el año de 1843, se dio mayor injerencia a los departamentos en la composición del congreso general, pues por lo que respecta a los diputados, éstos serían elegibles uno por cada setenta mil

²⁰ De la Cueva, Mario. *El constitucionalismo mexicano* Tomo II, pp. 1259. Citado por Flores Gómez y Carvajal. *Manual de Derecho Constitucional*, (datos), pp. 37.

habitantes de su correspondiente población, sin que ninguno dejara de tener un diputado en el caso de que su densidad demográfica no alcanzara ese número; y por lo que atañe al Senado, las dos terceras partes de sus miembros componentes procedían de la elección de las asambleas departamentales y el resto de la Cámara de Diputados, de la Suprema Corte y del Presidente de la República (Arts. 26 y 32). En la actividad legislativa se conservó la facultad de iniciar leyes en favor del Ejecutivo, de los diputados y de las asambleas departamentales en cualquier materia, así como de la Suprema Corte únicamente en lo relativo a la administración de justicia (Art. 53) y el veto presidencial (Art. 86, frac. XX).²¹

Así también, en una especie de destello jurídico, los redactores del documento que nos ocupa elaboran un listado de derechos de los habitantes de la República, que en esencia son las garantías individuales que conocemos y que actualmente se encuentran consagradas en términos generales en los artículos 1 a 29 de nuestra actual Constitución.

Como ejemplo de lo anterior, encontramos las fracciones VIII, XI y XIII del artículo 9, las cuales consagran las garantías contenidas en los actuales artículos 14 y 16, ya que aquéllas establecían lo siguiente:

“Art. 9. Derechos de los habitantes de la República:

VIII. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles o criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate...

²¹ Burgoa, *idem*, pp. 628

XI. No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

XIII. La propiedad es inviolable, sea que pertenezca á particulares ó á corporaciones, y ninguno puede ser privado ni turbado en el libre uso y aprovechamiento de la que le corresponda según las leyes, ya consista en cosas, acciones o derechos, ó en el ejercicio de una profesión ó industria que le hubiere garantixado la ley. Cuando algún objeto de utilidad pública exigiere su ocupación, se hará ésta, previa la competente indemnización, en el modo que disponga la ley."²²

Su importancia radica en que además de ser el antecedente de éstas, abren aún más el camino ya iniciado por ordenamientos anteriores para otorgar un verdadero catálogo de derechos inherentes no sólo a los ciudadanos del país, sino a cualquier ser humano.

Otra característica de este nuevo documento es la afortunada desaparición del Supremo Poder Conservador. Sin embargo, -podríamos atrevernos a decir que en su lugar- se incluyó el denominado Consejo de Gobierno, el cual ciertamente no tenía las enormes y peligrosas facultades de su antecesor, pero no se advierte ninguna utilidad real, ya que su función era más bien una mezcla entre consejero del gobierno (de ahí su nombre), Suprema Corte y una reminiscencia del Senado romano.

e) Constitución de 1857

²² Tena Ramírez, idem., pp. 406-408.

Quizá uno de los períodos más importantes y a la vez más dolorosos del país haya sido el transcurrido en la segunda mitad del siglo XIX. En una ocasión más, las antagónicas fuerzas políticas internas, aseguraban un tiempo de disputas y rencillas por la imposición de sus ideales. Más aun, las Bases Orgánicas de 1843 no se habían terminado de publicar cuando ya se les quería modificar.

La efervescencia política que vivía el país entre sus fracciones internas, se debía en gran parte a la desastrosa administración del general Santa Anna. Posteriormente, el movimiento denominado Revolución de Ayutla logró derribar del poder a Santa Anna, provocando así un nuevo período en la historia patria.

Aunque de manera impopular, Comonfort llevó las riendas de la nación para intentar lograr el mejoramiento de las condiciones -por lo menos jurídicas- de los mexicanos. Uno de los problemas más delicados que se suscitaron durante la transición, fue el relativo a las relaciones con la Iglesia. Al respecto, no resulta nada extraño advertir que el gran influjo económico y político del clero repercutía en el devenir del país. No obstante, son notables los logros por separar la religión del aspecto jurídico y político, aunque tal hecho recibiera la desaprobación del propio Papa Pío XIX y el posterior retiro de la representación diplomática en el Vaticano.

En fin, resulta apasionante el estudio detallado de los sucesos acontecidos, pero la intención del presente inciso nos obliga a ser breves. La Constitución que nos ocupa en realidad es el antecedente más directo de nuestra actual Carta Magna. En un primer vistazo, es fácil apreciar las ideas y conceptos que aún se

conservan y se consideran como parte fundamental del ordenamiento supremo del país.

En términos generales, las Constituciones de los Estados de aquel tiempo contenían de una u otra forma medidas y disposiciones cuya intención era frenar el abuso de los gobernantes ante el pueblo. Más aun, el tortuoso devenir de los hechos tales como guerras, vejaciones, autoritarismos llevados al extremo y demás injusticias, sembraron en el nuevo constituyente un sentimiento de tolerancia en todos los ámbitos.

Al respecto, Castillo Velasco, mencionó:

"Consumada la Revolución de Ayutla, al verificarse las elecciones de diputados, el pueblo tuvo el acierto de nombrar para este encargo, casi en su totalidad a ciudadanos que habían sido víctimas de la tiranía o de la dictadura militar. Era natural que quienes habían combatido a la tiranía y por esta causa acababan de sufrir todo género de tormentos; que quienes volvían del destierro o salían de las prisiones de Estado, adonde habían sido relegados por amor a la libertad, tuvieran la más firme voluntad y el más escrupuloso empeño en establecer tales preceptos constitucionales, que hiciesen imposible la repetición de los abusos del poder e imposible también la tiranía. Y el pueblo mexicano no se engañó, la idea dominante de la Constitución de 1857 es el aseguramiento de la libertad."²³

²³ José M. del Castillo Velasco. *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*. 3ª ed. México, 1888, cap. I Citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 161.

Sin embargo, es importante mencionar que incluso fue tema de largos y arduos debates el sólo hecho de iniciar los trabajos para elaborar una nueva Constitución. Esto se debió a una corriente que propugnaba por evitar dicha labor, simplemente poniendo en vigor de nueva cuenta la Constitución de 1824. Analizando las cosas, no era tan descabellada esta idea, sobre todo si consideramos que dicha Constitución aun con su edad superaba con mucho a sus sucesoras. Sin embargo, había que reparar en el hecho de que contenía disposiciones caducas, en especial las referentes a la imposición de la religión católica.

Una de las características más importantes de la Constitución de 1857, es que adopta un poder legislativo, integrado únicamente por una Cámara de Diputados. Así también, es de resaltar el catálogo de los llamados derechos del hombre, en el cual se les desarrolla de manera ejemplar. Al respecto, el mismo Congreso Constituyente expresó:

"La igualdad será de hoy más la gran ley en la República: no habrá más mérito que el de las virtudes: no manchará el territorio nacional la esclavitud, oprobio de la historia humana; el domicilio será sagrado, la propiedad inviolable; el trabajo y la industria libres; la manifestación del pensamiento sin más trabas que el respeto a la moral, a la paz pública y a la vida privada; el tránsito, el movimiento, sin dificultades; el comercio, la agricultura, sin obstáculos; los negocios del Estado examinados por los ciudadanos todos; no habrá leyes retroactivas, ni monopolios, ni prisiones arbitrarias, ni jueces especiales, ni confiscación de bienes, ni penas infamantes, ni se pagará por la justicia, ni se violará la correspondencia, y en México, para su gloria ante Dios y ante el mundo, será una verdad práctica la inviolabilidad de la vida

humana, luego que con el sistema penitenciario pueda alcanzarse el arrepentimiento y la rehabilitación moral del hombre que el crimen extravía."²⁴

Obviamente, tales afirmaciones resultan ser más que hechos consumados, buenos deseos. Sin embargo, es totalmente loable que por lo menos jurídicamente que existiera una voluntad firme y determinante por acabar con las duras e inhumanas costumbres de algunos de los ordenamientos predecesores, no obstante esto no implicaba desde luego su observancia general.

Aurelio Campillo nos dice al respecto:

"Estos derechos ya no son únicamente restricciones impuestas al Poder Judicial como en las constituciones anteriores, ni mucho menos reglas generales de administración de justicia, son dogmas fundamentales de derecho público que deben respetar y sostener todas las autoridades del país. Están garantizados los derechos de libertad, personal, de trabajo, de enseñanza, de pensamiento, de propiedad, de asociación, de petición, de portar armas, de entrar y salir de la República, de permanecer en ella sin pasaporte ni salvoconducto, de ser oído en defensa, careado con los testigos de cargo, de no ser preso sino por delito que merezca pena corporal, de no ser juzgado en cuarta instancia, ni dos veces por el mismo delito, ni sentenciado sino por leyes exactamente aplicables al hecho."²⁵

²⁴ El Congreso Constituyente. A la nación, febrero 5 de 1857, México. Citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 187.

²⁵ Aurelio Campillo. *Evolución del derecho constitucional mexicano. Compilación de los estudios de reputados especialistas*. "La Económica", Jalapa, 1928. Citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 191.

Una más de las modalidades que presenta el ordenamiento que comentamos es el referente a los cargos de ministros de la Suprema Corte, así como del Procurador, los cuales se determinó serían sujetos de sufragio. Tal tratamiento fue duramente atacado por quienes argumentaban que las condiciones del país (analfabetismo, ignorancia, miseria, etcétera) no propiciaban el ambiente propicio para una buena elección, considerando así el procedimiento como un exceso de democracia mal entendida.

No obstante, como se afirmó en sentido opuesto:

"El recuerdo de estos nombres (José María Lafragua, Ezequiel Montes, León Guzmán, entre otros muchos) lleva a concluir que los electores, después de todo, no resultaron tan malos jueces de la sapiencia jurídica y de las prendas morales e intelectuales de los candidatos a magistrados, fiscal o procurador general, en esos diez años -y aun algo después- no se coló a la Corte un hombre marcadamente estúpido o un ignorante en grado sumo, y ni siquiera un ente puramente político."²⁶

Ahora bien, por lo que se refiere al texto de esta Constitución es fácil advertir un espíritu que recoge los ideales de libertad que comentamos líneas antes. Como ejemplo, el artículo 1º de la Constitución estipulaba:

"Art. 1º El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que

²⁶ Cosío Villegas, D. *La Constitución de 1857 y sus críticos*. Citado por Daniel Moreno, op. cit., pp. 197.

todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."²⁷

Así también, como mencionamos párrafos antes, es de recalcar que tras duras y ríspidas sesiones se determinó suprimir la disposición que establecía la educación orientada a la religión católica²⁸.

Quizá una de las más interesantes aportaciones del ordenamiento que nos ocupa, es la inserción del principio de legalidad consagrado desde entonces en el artículo 16, el cual a la letra exponía lo siguiente:

*"Art. 16 Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y á sus cómplices, poniéndolos sin demora á disposición de la autoridad inmediata."*²⁹

Relativo a la parte dogmática, es notoria la influencia americana y francesa, ya que en el título correspondiente a la soberanía nacional y a la forma de gobierno se dispuso que:

²⁷ Tena Ramírez, idem, pp. 607.

²⁸ "Art. 3 La enseñanza es libre. La ley determinará que profesiones necesitan título para su ejercicio, y con qué requisitos se deben expedir."

Tena R., id. pp. 607.

²⁹ Tena R., id. pp. 608-609

"Art. 39 La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar ó modificar la forma de su gobierno.

"Art. 40 Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente á su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."³⁰

Resulta oportuno comentar que lo de *libres y soberanos* no era más que un mito que aún no se supera. En efecto, aun cuando el artículo 40 contenía tal aseveración, lo cierto es que las limitaciones que se establecieron en los artículos 111 y 112 de la misma Constitución hicieron nugatorias dichas determinaciones. Por tanto, el propósito de reimplantar el sistema federal se convirtió en una contradicción misma de la Constitución cuyo único resultado histórico fue crear un Estado centralista disfrazado de federal.

f) Constitución de 1917

La Constitución que actualmente nos rige recoge en gran parte conceptos de su antecesora que recién comentamos. Esto se debe, en parte, al avance que la misma representaba en prácticamente todos sus capítulos. Paradójicamente, lo que no dejaba de gustar de dicho ordenamiento era su lejanía de la realidad que

³⁰ Tena R id pp 613

privaba en el país; de ahí que en las sesiones de elaboración de la nueva Constitución se dijera que:

"...los legisladores de 1857 se conformaron con la proclamación de principios generales que se procuraron llevar a la práctica, acomodándolos a las necesidades del pueblo mexicano, para darles pronta y cumplida satisfacción de manera que nuestro código político tiene en su aspecto fórmulas abstractas, en que se han condensado conclusiones científicas de gran valor especulativo, pero de las que no ha podido derivarse sino poco o ninguna utilidad positiva."³¹

Las leyes de Reforma emitidas bajo la batuta de Benito Juárez fueron más que disposiciones reglamentarias de la Constitución, especie de enmiendas o correcciones a la misma, cuya tendencia fue claramente secular. Sin embargo, los graves problemas sociales del país fueron el detonador del movimiento más importante en el presente siglo: la Revolución.

Tras una serie de sucesos violentos, como los de Cananea y Rio Blanco, así como por las penosas y humillantes situaciones que se vivían en Valle Nacional, la salida del dictador Díaz se convertía sino en inmediata, si en inminente, aun cuando se cumplieran treinta años de gobierno suyo. Las facciones que se le enfrentaban, si bien tenían el interés común de acabar con el régimen autoritario del General, no compartían del todo la forma de pensar acerca de la manera de llevar el destino de la nación.

³¹ Diario de los debates del Congreso constituyente de 1916-1917. Ed. de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclamación de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana, México, 1960. Citado por Daniel Moreno. *id.*, pp. 235.

Nuevamente, escenas como la decena trágica y revueltas en todo el territorio patrio salpicaban de sangre las ideas de cambio. Sin embargo, Venustiano Carranza, a la sazón gobernador de Coahuila, se levantó en contra de Victoriano Huerta, quien había usurpado de manera vil la silla presidencial. Una vez ocupada ésta por aquél, se iniciaron los primeros trabajos en pos de un nuevo ordenamiento jurídico que reflejara y protegiera los más elementales derechos del pueblo.

Así las cosas, se propuso dar un enfoque mucho más social al Código Político, agregando un apartado especial para el aspecto laboral (artículo 123). Hubo quienes se opusieron aduciendo que las leyes secundarias eran las encargadas de dicha labor. Sin embargo, ganaron los que afirmaron que tales leyes secundarias nunca llegaban. Al respecto, se pronunciaron de la siguiente forma:

"...los jurisconsultos, las eminencias en general en materia de legislación, probablemente encuentran hasta ridícula esta proposición: ¿Cómo va a consignarse en una constitución la jornada máxima de trabajo? ¿Cómo se va a señalar allí que el individuo no debe trabajar más de ocho horas al día? Eso, según ellos, es imposible: eso, según ellos, pertenece a la reglamentación de las leyes; pero precisamente, señor, esa tendencia a la teoría, qué es lo que ha hecho? Que nuestra Constitución tan libérrima, tan amplia, tan buena, haya resultado, como la llaman los señores científicos, 'un traje de luces para el

pueblo mexicano', porque faltó esa reglamentación, porque jamás se hizo. Se dejaron consignados los principios generales, y allí quedó concluyó todo..."³²

Ante tal empuje de los legisladores, su producto, el artículo 123 sentó precedente no sólo en el país, sino a nivel mundial debido a su alto contenido social. No obstante, es igual o más importante el artículo 27 relativo a las tierras, que como puede suponerse también representaba un gran avance en materia política y social.

Finalmente, resultan igualmente trascendentes las novedades sobre el renaciente Senado, la creación del ministerio público como investigador y procurador de la justicia, la reglamentación de la enseñanza consagrada en el artículo 3º, así como una nueva revisión de los derechos del hombre, a los cuales ahora se les denominaba como garantías individuales.

³² El decreto lo reproduce Djed Bórquez, *Crónica del constituyente*, Ediciones Botas, México, 1938. Citado por Daniel Moreno, *id.*, pp. 243.

3. ¿Qué es una norma?

Uno de los primeros planteamientos que se le presenta al estudioso del Derecho, es el de definir o cuando menos, rescatar el significado más aproximado del vocablo "norma". Lo anterior tiene especial importancia si consideramos que dicho término es uno de los principales pilares sobre los cuales está construida, por decirlo de alguna manera, la ciencia jurídica. Sin embargo, dadas sus implicaciones tal encargo no es ni con mucho una tarea sencilla.

Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en dos de las acepciones de la palabra en comento menciona:

"Norma.

2. Regla que se debe seguir o a que se deban ajustar las conductas, tareas, actividades, etc. 3. Precepto jurídico."³³

De lo anteriormente transcrito, desgraciadamente no podemos obtener mayores avances de los que nos puede proporcionar la misma intuición. No obstante, debemos resaltar el hecho de que la norma como tal indica que existe el deber (en este caso potestativo) de comportarse de tal o cual manera, realizando una acción o bien, absteniéndose de efectuarla.

Acudimos, por tanto, a la ayuda de quienes han hecho un estudio más fructífero en la materia, quienes nos dicen:

³³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21ª edición, Madrid, 1992, pp. 1025.

"La palabra *norma* suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman *reglas técnicas*. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de *normas*. Éstas imponen deberes o conceden derechos, mientras los juicios enunciativos se refieren siempre, como su denominación lo indica, a lo que es."³⁴

Por lo que se refiere al último enunciado de nuestra cita, únicamente cabría mencionar que no es propiamente parte del problema planteado, además de que responde más bien a influencias kelsenianas. Por lo demás, coincidimos enteramente con el texto, en virtud de que a nuestro juicio responde a la duda primeramente expuesta.

Finalmente, consideramos oportuno insertar el interesante comentario que el maestro Hans Kelsen formula en relación al tema que nos ocupa:

"Con la palabra 'norma' se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Éste es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. Están dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen (ordenan)

³⁴ Eduardo García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, 41ª edición, México, 1990, pp. 4.

ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga poder de establecer él mismo normas."³⁵

Como puede apreciarse, el autor en cita va más allá en su tarea de descripción ya que indica con mucho acierto que las normas -que obviamente no son las leyes de la naturaleza- se crean por seres humanos con el objeto de imponerles a otros seres humanos una conducta determinada o bien, concederles algún derecho.

³⁵ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, 7ª edición, México, 1993. pp. 18.

4. ¿Qué es una norma jurídica?

Problema no menos difícil que el planteado en el punto que precede, es el relativo a delimitar los alcances del término "norma jurídica". Dicha tarea, sin embargo, se facilita cuando utilizamos la característica de ser *jurídica*; en virtud de que se encuentran en este supuesto exclusivamente las disposiciones contenidas en ciertos ordenamientos expedidos conforme los procedimientos oficiales correspondientes.

Como una primer aproximación en nuestra labor, encontramos la siguiente expresión:

"Norma jurídica. Es la regla de conducta exigible en la convivencia social, con trascendencia en derecho."³⁶

La frase antes transcrita nos da la pauta para elaborar sin número de comentarios relativos a la materia del asunto que nos ocupa. No obstante, lo que resulta de capital importancia para efectos del presente trabajo es identificar los puntos que juntos conforman una norma jurídica.

Hans Kelsen, en su estilo muy particular al respecto nos dice lo siguiente:

"Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones; en ningún caso,

³⁶ Diccionario Jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, Madrid 1993, pp. 686.

empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva."³⁷

Evitándose el afanoso y casi inútil esfuerzo para definir las cosas -y en especial las abstractas-, el maestro vienés nos proporciona una característica que posee toda norma jurídica: ordenar, imponer obligaciones, o bien, autorizar o permitir cierto tipo de acciones humanas. No obstante, destaca el hecho de que si bien cualquier norma (jurídica o no) contempla estas opciones, exclusivamente las jurídicas tienen la característica de estar respaldadas por la fuerza pública para hacer efectivo su cumplimiento, o en su defecto, para sancionar la falta de éste (coercibilidad).

Sin embargo, no toda norma jurídica prevé una sanción en caso de que se presente su incumplimiento³⁸, situación que no implica su invalidez. Esto ocurre, verbigratia, en las disposiciones legales de carácter meramente dispositivo o de organización, como lo son los preceptos constitucionales que "ordenan" al Congreso la creación de leyes reglamentarias para regular alguna actividad en particular. Si fuese el caso que el Congreso no hubiese expedido la ley correspondiente, los integrantes de éste no serían acreedores a ninguna sanción no obstante no la hubieran acatado.

³⁷ Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 84.

³⁸ Entendiendo que la sanción no debe estar necesariamente presente en el texto mismo de enunciado o artículo de la ley, ya que ésta puede encontrarse en el mismo ordenamiento pero en otro lugar o bien en cualquier otra disposición de carácter legal cuya remisión sea válida.

Ahora bien, cuando el legislador (Congreso) emite, en ejercicio de sus facultades³⁹, una ley que ordena a un grupo de personas indeterminadas en principio, pero determinables por sus características en relación con los supuestos normativos de la misma (abstracción y generalidad), se cumple otra de las características de las normas jurídicas, su heteronomía.

En fin, nos encontramos en posibilidades –o cuando menos eso creemos– de emitir nuestro propio concepto de lo que consideramos es una norma jurídica, en los siguientes términos:

Norma jurídica es toda disposición de carácter general, abstracta, heterónoma, coercible y válida en relación a sus ámbitos de aplicación temporal, material, personal y espacial.

El aspecto de validez de las normas jurídicas, si bien puede considerarse en cierta parte secundario, no lo es tanto si reparamos en el aspecto positivo que requieren para estar vigentes. De otra forma, dejaríamos demasiado abierta la puerta para otras disposiciones que si bien pueden ser vigentes en un espacio y tiempo específicos, no son parte del ordenamiento jurídico integral que nos interesa.

³⁹ Se sobre entiende que éstas deben ser válidas (temporal, espacial, material y personalmente) al momento de su ejecución.

5. Jerarquía de las normas jurídicas en el derecho mexicano.

Aunque el presente punto es por sí mismo tema para un trabajo extenso, no pretendemos más que establecer los lineamientos que actualmente rigen la estructura jurídica del país. Lo anterior es aun más conveniente si consideramos que en el siguiente capítulo realizaremos un estudio de algunas de las más importantes teorías acerca de la Constitucionalidad.

En este orden de ideas y tomando como especie de axioma el que la Constitución Política es el ordenamiento supremo del Estado mexicano, encontramos que el artículo 133 de la misma dispone a la letra:

"Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

De lo anterior se desprende, sin duda alguna, que existe una jerarquía bien determinada en las disposiciones jurídicas del derecho patrio. En primer lugar, se infiere que el ordenamiento fundamental del cual depende la validez de cualquier otra disposición legal es la misma Constitución. En efecto, cuando el citado numeral menciona "las leyes del Congreso de la Unión" y agrega "que emanen de ella", éstas se refieren a la misma Constitución, por lo que podemos inferir que el fundamento de aquéllas no puede ser otro que ésta.

Por otra parte, cuando se mencionan los tratados resulta por demás importante la aclaración de que estos *deben estar de acuerdo con la misma*. Por tanto, no obstante se cumplan las reglas de procedimiento que en el mismo artículo se indican, los citados tratados no pueden tener el carácter de Ley Suprema si contradicen a la Constitución que incluso les permite la existencia jurídica.

En este sentido, podemos deducir sin temor a equivocarnos, que aun cuando los mencionados ordenamientos constituyen en su conjunto la Ley Suprema del país, la Constitución es la base de cualquier disposición jurídica existente en el derecho mexicano. Así también, es fácil deducir que en segundo término se encuentran, al mismo nivel, los tratados y las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, incluidas en éstas todas las disposiciones reglamentarias.

Finalmente, retomando el enunciado final del texto legal que nos ocupa, sólo nos restaría por mencionar las Constituciones estatales, las leyes y las demás disposiciones reglamentarias existen inmersas en el entorno interno de cada entidad federativa y que, conforme lo dispone el citado artículo 133 constitucional, los jueces están obligados a hacer caso omiso de éstas en el supuesto de que hubiese conflicto con aquéllas.

CAPÍTULO II. TEORÍAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. Hans Kelsen.

El ilustre jurista vienés, con la sabiduría que pocos estudiosos del Derecho han podido lograr, concibió una de las más firmes y congruentes teorías acerca del ordenamiento jurídico denominado Constitución.

Como primer paso en nuestra incursión, encontramos el relativo al fundamento de validez de las normas jurídicas. Así, el maestro afirma que la mencionada validez de una norma se encuentra a su vez en la de otra norma, obteniendo de esta forma que aun cuando ambas son válidas, una es necesariamente superior respecto a la otra.¹

No obstante lo anterior, el autor en cuestión atinadamente advierte que este razonamiento no es suficiente para sustentar la validez de las normas, y menos aún la de la propia Constitución. El problema lo resuelve de la forma que citamos a continuación:

“... pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta

¹ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 201.

por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aun superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada como norma fundante básica (*Grundnorm*).²

Sin embargo, el problema del fundamento de las normas no sólo se suscita en el aspecto de supra y subordinación que recién comentamos, sino también en el aspecto temporal, es decir, el que estriba en delimitar retroactivamente cuál fue no la primer Constitución, sino el antecedente de ésta. Tal problema lo resuelve Kelsen de igual manera, al decir que también se fundamenta en una norma presupuesta, establecida por una autoridad metajurídica, como Dios o la naturaleza.³

En este orden de ideas, Kelsen afirma que toda norma general se fundamenta en la Constitución, no por encontrar su contenido en ésta, sino por haber sido producida de la manera determinada por la misma Constitución y por la norma fundante básica que emana de ésta.⁴

Un punto importante que resalta Kelsen sobre el contenido de la Constitución, es el relativo a la independencia que tiene aquél con la efectividad de ésta. En otras palabras, el vienés distingue el fundamento de validez de la

2 Id., pp 202

3 Cfr id., pp 208

4 Cfr. Id. pp 205

Constitución con el de su impacto en la comunidad social, situación que con facilidad se llega a confundir.

Al respecto, el maestro dice:

"Cuál sea el contenido de esa constitución, y el del orden jurídico estatal erigido con su fundamento; que ese orden sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden jurídico efectivamente garantiza, dentro de la comunidad por él constituida, un estado relativo de paz. Con la presuposición de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo."⁵

Kelsen, aun cuando afirma la existencia de una norma fundante básica de características casi suprahumanas, no pierde de vista que las normas que emanan de ella son normas implantadas por actos humanos voluntarios inmersos en un orden coactivo que se supone eficaz.⁶

Según el autor en cita, el nivel siguiente a la Constitución lo constituyen las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria, en virtud de que la mayoría de las constituciones de los Estados modernos disponen de órganos legislativos cuya función es la de producir normas generales aplicables por los tribunales y órganos administrativos. De tal suerte, deduce el

⁵ Id., pp. 209.

⁶ Cfr. Id., pp. 210.

vienés, al escalón de los procedimientos constituyentes sigue el de la legislación, y a éste el de los procedimientos judiciales y administrativos.⁷

En relación al tema de la inconstitucionalidad de las leyes, el ilustre jurista que nos ocupa distingue atinadamente que por el sólo hecho de afirmar tal situación, se incurre en una contradicción. En efecto, si damos por sentado que toda ley es emitida en absoluta concordancia con el ordenamiento constitucional, tanto por lo que se refiere a su procedimiento de emisión como por el contenido de la misma ley, no podemos alegar en ningún caso la inconstitucionalidad de éstas.

Más aún -sigue afirmando nuestro autor- si puede alegarse la validez de una ley es precisamente porque su fundamento es la misma Constitución. A *contrario sensu*, si se ha considerado a una ley como inválida -por la razón que sea- no puede sostenerse su apego a la Constitución, e incluso no podría afirmarse que es una ley, porque jurídicamente no es ley, ni es nada, no pudiendo, por tanto, realizarse sobre ella enunciado jurídico alguno.

No obstante, lo anterior no implica que ninguna ley pueda ser declarada inconstitucional, puesto que resulta prácticamente obvio que siendo ésta un producto no de la naturaleza, sino de actos humanos, pueda adolecer de serios errores que pongan en evidencia su incongruencia con la Constitución.

Lo que Kelsen afirma, es que si es el caso:

⁷ Cfr. *Id.*, pp. 235.

"Su significado sólo puede ser que la ley en cuestión puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional."⁸

El anterior razonamiento es por demás congruente con la misma teoría del autor que nos ocupa, ya que él mismo afirma que no puede existir contradicción entre normas jurídicas de diferente nivel, puesto que si una es superior a la otra, obviamente la inferior siempre será la que resulte inválida, situación que acontece con las denominadas leyes *inconstitucionales* que recién comentamos.

⁸ *Id.*, pp. 277.

2. Ignacio Burgoa.

El doctor Ignacio Burgoa Orihuela, en su teoría de la Constitución tiende a analizarla más desde un punto de vista funcional y finalista, que el propiamente objetivo. Dicho de otra manera, a diferencia de Hans Kelsen, -a quien estudiamos en el punto que antecede- a Burgoa no le interesa tanto el ente jurídico que es la Constitución, sino el hecho de que ésta contiene la enunciación de los fines que se persiguen con la misma.

Al efecto, afirma el autor que nos ocupa lo siguiente:

"... el poder público estatal, traducido dinámicamente en las funciones legislativa, administrativa y judicial, tiene como propensión inherente a su naturaleza la realización de dichos fines, o sea, de los principios constitucionales que los preconizan, de donde se infiere que la finalidad del Estado equivale a la teleología de la Constitución, es decir, el derecho fundamental."⁹

De esta forma, Burgoa, por una parte considera a la Constitución como el derecho fundamental y, por ende, el instrumento idóneo para consagrar los fines del Estado.¹⁰ Siguiendo esta idea, el mismo Burgoa hace la siguiente consideración:

⁹ Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit., pp. 281

¹⁰ En realidad los fines del Estado, aun cuando son de éste, es el gobierno (parte del mismo Estado) el que en gran parte está encargado de cumplirlos. En este sentido, dichos fines, expresos o implícitos en la Constitución, más que ser el ideal del Estado, son el punto de partida de cualquier

"... la teoría de la Constitución debe comprender, o al menos referirse, a la finalidad estatal que se actualiza en múltiples fines específicos que cada Estado en particular persigue y que se preconizan en su correspondiente ordenamiento jurídico o derecho fundamental."¹¹

El maestro Burgoa encuentra eco de sus aseveraciones en Siéyes, quien afirma que la Constitución de un pueblo no es ni puede ser más que la Constitución de su gobierno y el poder encargado de dar las leyes lo mismo al pueblo que al gobierno.¹²

El jurista Burgoa, en la obra que hemos citado, realiza una serie de deducciones y consideraciones alusivas al origen de la democracia, de las comunidades, de los órdenes jurídicos e históricos que han regido al ser humano desde sus orígenes como civilizaciones. Con estas ideas y con la ayuda de silogismos, dicho jurista llega a una conclusión por demás interesante que nos permitimos reproducir:

"Dentro de una sucesión causal lógicamente rigurosa, y que además corresponde a la dinámica histórica, se concluye que *la fuente directa del Estado es el derecho fundamental primario y que éste, a su vez, se produce por la interacción de fenómenos de hecho registrados en la vida misma de los*

ley y programa que emane del mismo gobierno independientemente del ente gubernamental al que se le encomiende dicha tarea (judicial, ejecutivo o judicial).

¹¹ Burgoa. op. cit., pp. 282

¹² Cfr. *Archives Parlementaires*. Primera serie, volumen VIII, p. 259. Cita de Carré de Malberg contenida en su obra *Teoría General del Estado*, p. 1165, citado por Burgoa, op. cit., pp. 284.

pueblos y en los que fermenta y desarrolla su poder soberano de autodeterminación que culmina en el ordenamiento constitucional, y cuya expedición proviene de una asamblea de sujetos que ostentan la representación política, no jurídica, de la nación o de los grupos nacionales mayoritarios."¹³

De la idea recién transcrita, se infiere que lejos de tomar en cuenta consideraciones de carácter jurídico-teórico, el autor que nos ocupa en el presente punto, otorga a la Constitución un carácter social, democrático, mediante el cual enfatiza la finalidad del ordenamiento denominado Constitución, y por ende, la función que la misma desempeña inmersa en el entorno del Estado.

Posteriormente, el maestro Burgoa hace referencia a uno de los elementos que caracterizan a todas las Constituciones: la legitimidad. En este sentido, dicho maestro alude a un concepto que es más sociológico que jurídico, la nación. Afirma que si a ésta se le ha impuesto una forma estatal que no proviene de la voluntad general mayoritaria, dicha situación no afecta la legitimidad de la Constitución, ya que la legitimidad no depende de esta circunstancia. La legitimidad existe o se infiere de la conducta activa de las personas que acatan voluntariamente el orden jurídico-político. Dicha conducta, que implica una adhesión al mencionado orden, según el autor en cita, es la legitimación. A su vez, la legitimación reside en un elemento colectivo de carácter sociológico, que consiste en admitir que quienes han creado el derecho fundamental primario son

13 Burgoa, op. cit., pp. 284.

los mismos en quienes reside el poder respectivo, es decir, que constituyen al verdadero "soberano".¹⁴

Así también, afirma que "... sólo puede reputarse legítimo el ordenamiento constitucional que emane directamente del pueblo o indirectamente de él a través de una asamblea, llamada constituyente, compuesta por sus genuinos representantes."¹⁵

Por otra parte, el autor que nos ocupa utiliza el término de *derecho primario fundamental*, el cual toma su origen de la vida histórica del país, y al efecto, asegura que en éste nace el Estado. Citamos las palabras textuales del autor:

"... debemos subrayar que el Estado se crea en el *derecho primario fundamental*, es decir, en el derecho originario, cuya producción responde a causas reales que actúan en la vida histórica de pueblos o naciones."¹⁶

En su exposición, el ilustre Burgoa resalta que el origen del derecho originario no es propiamente jurídico, porque precisamente es el fundamento jurídico el que se está creando, problema que también se plantea Kelsen¹⁷. En este aspecto, es enfático en afirmar que:

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 285.

¹⁵ *Idem*, pp. 329.

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ Cfr. primer punto de este capítulo.

"...**(son) variados elementos metajurídico concurrentes, como los hechos de diversa índole y los postulados ideológicos que integran y sustentan, respectivamente, los movimientos emancipadores de una nación.**"¹⁸

El mismo autor aclara los términos que utiliza en su exposición, indicando que "...el concepto de fundamentalidad equivale al de *primariedad*, o sea, que si la Constitución es la '*Ley Fundamental*', al mismo tiempo es la '*Ley primaria*'."¹⁹ y continúa diciendo que "la fundamentalidad de la Constitución significa también que ésta es la fuente de validez formal, de todas las normas secundarias que componen al derecho positivo, así como a la '*superlegalidad*' de sus disposiciones preceptivas..."²⁰

Consideramos este último aspecto de suma importancia en virtud de que es el que propiamente sustenta todo acto gubernamental que se realiza, en principio, en nombre del Estado. Así mismo, limita el contenido de los ordenamientos que de ella emanan para que éstos sean exclusivamente acordes a la Constitución, y que por consiguiente, nunca se desestimarán por falta de sustento.

"Por ende, si esta oposición, violación o dicho apartamiento se registran, la ley que provoque estos fenómenos carece de '*validez formal*', siendo susceptible de declararse '*nula*', '*inválida*', '*inoperante*' o '*ineficaz*' por la vía jurisdiccional o política que cada orden constitucional concreto y específico establezca."²¹

¹⁸ *Ibidem*, pp. 285 y 286.

¹⁹ *Ibidem*., pp. 358.

²⁰ *Ibid.*, pp. 358.

²¹ *Ibid.*, pp. 359.

En el devenir del desarrollo de las ideas del autor en comento, éste llega a una importante conclusión de la cual no podemos evadir su cita:

"... los fines específicos de cada Estado son los mismos fines específicos de cada derecho fundamental..."²²

Al decir lo anterior, el doctor Burgoa da a entender, como ya hablamos comentado en líneas anteriores, que el derecho fundamental (Constitución) es el instrumento de consagración de los fines del Estado del cual emana y que, por tanto, les da sustento jurídico.

No obstante, dicho autor no pasa por alto el hecho de que existen diversas tendencias relativas a las constituciones, pero que se pueden clasificar en dos grandes grupos: los que hablan de una *Constitución real, ontológica, social y deontológica*; y los que se refieren a la *Constitución* en un sentido *jurídico-positivo*:

"A. El *primer tipo* se implica en el *ser y modo de ser* de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico, la cual, a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (*elemento ontológico*); así como el desideratum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (*elemento deontológico* o 'querer ser'). Este tipo de constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición *sine qua non* de su identidad (*constitución real*), así como en

22 Id., pp. 287.

su propia finalidad (*constitución teleológica*), con abstracción de toda estructura jurídica."²³

"B. La *constitución jurídico-positiva* se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido *puede o no* reflejar la constitución real o la teleológica."²⁴

Por lo que se refiere al primer concepto, es decir, el "real", Burgoa menciona que desde esta perspectiva se advierten los motivos y fines del Estado, y al respecto indica:

"Es mediante el análisis del ser, del modo de ser y del querer ser populares como se pueden establecer el sentido y el alcance auténticos de las disposiciones de la Constitución y como se pueden criticar éstas para procurar su enmienda o su sustitución."²⁵

En otras palabras, la Constitución real es la materia, el contenido y la esencia del Estado que formalmente se plasma, en los países de derecho escrito, en un documento denominado Constitución. En tal sentido, antes de procurar el estricto cumplimiento de ésta, es preciso que las disposiciones contenidas en ella realmente respondan a los ideales y a las condiciones que imperan en el pueblo del cual emana. De otra forma, vano y estéril resultaría todo intento de hacerla valer.

23 *Id.*, pp. 320.

24 *Id.* pp. 322.

25 *Id.*, pp. 396.

Del análisis efectuado a la Constitución desde el punto de vista jurídico-político, el autor en cuestión comenta que el contenido de dicho ordenamiento comenzó siendo únicamente político, es decir, encaminado en exclusiva a determinar la estructura orgánica del Estado, la competencia de las diversas autoridades que componen al gobierno, así como los lineamientos básicos de su funcionamiento. Posteriormente, el contenido de dicho ordenamiento paulatinamente pasó a ser más jurídico, en virtud de que en él se consignaban los derechos de la persona humana, es decir, las limitaciones del gobierno en el ejercicio de sus funciones. "En otras palabras, a través de este aspecto normativo, la constitución jurídico-positiva se convirtió en *instrumento de control de poder público del Estado*".²⁶

Con apoyo en las ideas anteriormente expresadas, Burgoa indica lo siguiente:

"Se habrá advertido, por las consideraciones someramente expuestas, que el constitucionalismo ha evolucionado con la tendencia de ensanchar el ámbito normativo de la constitución jurídico-positiva. Si ésta fue primeramente una constitución política, en la actualidad ha asumido una *tónica social*, como acontece con la Constitución mexicana de 1917."²⁷

²⁶ Id., pp. 327.

²⁷ Idem.

3. Georg Jellinek.

En su obra *Teoría General del Estado*, Georg Jellinek analiza la relación que existe entre el Estado y el derecho. En este contexto, en primer lugar se refiere a la obligatoriedad para el mismo Estado de obedecer el derecho emanado por él, en los siguientes términos:

"Partiendo de la afirmación de que el Estado puede con derecho modificar toda norma jurídica, consideran aún hoy muchos que el Estado no puede ser obligado mediante su derecho. En el Derecho Público existen, ciertamente, imperativos para los órganos del Estado; pero el Estado mismo, añaden, no puede ordenarse a sí propio."²⁸

Dicha concepción parte del supuesto, de que quien crea las reglas no puede estar sujeto a las mismas, precisamente porque él hecho de que él mismo es el que puede cambiarlas. Si consideramos este punto de vista como cierto, el único objeto de que se emitieran dichas reglas, sería el dirigir a los particulares "ráfagas" de disposiciones sin que éstos tuvieran algún mecanismo de defensa contra esas mismas disposiciones. Pero, como veremos más adelante, dichas ideas se encuentran muy alejadas de la realidad.

En nuestra opinión, aún cuando el Estado -representado por el gobierno- tiene la facultad de expedir los ordenamientos que rigen las relaciones jurídicas, esto no implica que no se encuentre limitado por estas mismas disposiciones.

²⁸ Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*. De. Albatros, Argentina, 1970. pp. 275.

puesto que no en pocas ocasiones éstas constituyen garantías para los particulares, y por consiguiente, restricciones al ejercicio del poder público.

En todo caso, existe la posibilidad de modificar los ordenamientos con el objeto de adecuarlos a la voluntad del Estado; pero en tanto esto ocurre, éste continua sujeto a las disposiciones vigentes.

Jellinek, por su parte, opina al respecto:

“Veamos, ante todo, la consecuencia de la doctrina que considera al Estado incapaz de quedar ligado y obligado a su Derecho.

“De ella se deduce que aquello que aparece como Derecho al súbdito, como individuo, o al titular de un órgano del Estado, no es derecho para el propio Estado. Si se cambia la situación y se mira desde lo alto del Estado a las profundidades del Derecho, sucederá, pues, que no se verá nada; porque todo derecho se convierte para el Estado en no derecho, es decir en nada, jurídicamente; en algo a que es y permanece extraño, pero que lo impone a sus súbditos, y por consiguiente lo hace valer para ellos como Derecho.

“Esta concepción sólo puede llevarse a cabo en una ordenación jurídica estrictamente teocrática. Sólo un dios o un monarca venerado como un dios, es el que puede hacer reconocer como inmutables e indiscutibles las decisiones de su voluntad e imponerlas como normas de acción a todos, a excepción de sí mismo.”²⁹

²⁹ Idem, pp. 275.

Sin embargo agrega:

"Pero es muy distinto lo que ocurre cuando el Estado procede según reglas jurídicas establecidas, reglas que a su vez sólo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado; con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquél en sí mismo, ya que la de los órganos del Estado lo es de este mismo que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano. Ofrece esta regla, además, a los súbditos, la seguridad de que los órganos del Estado quedan obligados a proceder según la regla."³⁰

A nuestro modo de ver, resultan por demás importantes las afirmaciones de Jellinek, en el sentido de que el Estado -insistimos que como gobierno- también se encuentra sujeto a las normas jurídicas que en el momento rijan su actuar. Este aspecto no es casual, puesto que deriva de los orígenes de las Constituciones europeas emitidas durante la época feudal. Dichas "constituciones" eran prácticamente *contratos* mediante los cuales los reyes establecían por escrito las reglas a las que se debían someter los súbditos, pero -lo más importante- también contenían las prerrogativas de los éstos respecto de las actuaciones de aquéllos. Por tanto, no se puede sostener que el Estado no debe igualmente sujetar su desempeño a las normas jurídicas.

Incluso, el espíritu que impulsó que se manifestaran por escrito las estipulaciones y relaciones entre gobernantes y soberanos fue la impostergable

³⁰ Idem, pp. 276.

necesidad de dejar constancia de los derechos y obligaciones que cada una de las partes tenía desde su correspondiente perspectiva.

Esta situación originó que los *contratos* expedidos entre reyes y súbditos adquirieran un rango superior en la escala normativa. De los orígenes de estas disposiciones comenta Jellinek al respecto:

“La redacción del Derecho de una comunidad comienza a ser necesaria cuando este Derecho es o concedido o confirmado por un poder exterior. Por esto hallamos ya en Roma, transcrito en las *leges datae*, la autonomía que concedía el Estado dominante a las comunidades sometidas. En la Edad Media se escribe el derecho de las ciudades, corporaciones, iglesias y señores, porque era una concesión que les hacía una autoridad superior a ellas. Escribir los derechos que uno tiene con respecto a sí mismo, carece de sentido; el hecho de escribirlos supone más bien uno que lo concede y otro que lo recibe. El ejemplo, citado tan a menudo, de las leyes constitucionales de la Edad Media, considerado más de cerca, no es sino una cuestión jurídica suscitada entre dos personas independientes una de otra, y a esta relación le es más propio el carácter de contrato que el de ley; en lo cual se pone de manifiesto, de una manera muy expresiva, el dualismo jurídico del Estado de la Edad Media. Por esto se consignaban por escrito. Las leyes sólo muy rara vez se promulgaban en dicha época; pero los contratos necesitaban ser escritos *in perpetuum rei memoriam*.”³¹

³¹ *Id.*, pp. 383.

Resalta, por tanto, que el destino de las Constituciones -y más aún de las escritas- se fortalecía sobre el supuesto de que el Estado debía tener límites para su ejercicio. Dicho de otra manera, para Jellinek las razones históricas son parte fundamental del contenido y forma de las actuales constituciones.

Insiste el autor que comentamos en el aspecto de que los ordenamientos debían contener disposiciones tendientes a delimitar las actuaciones estatales. Así lo expresa el autor que nos ocupa en las siguientes líneas:

“La idea de la auto-obligación del Estado respecto a su Derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. No sólo trata éste de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarle muy especialmente, mediante el reconocimiento de derechos individuales garantidos. Esta garantía consiste en otorgar a los derechos protegidos el carácter de inmutables.”³²

No obstante lo anterior, estas características por sí solas no le daban a las “constituciones” un carácter supremo en relación a las demás disposiciones jurídicas. El antecedente más remoto, surgió por primera vez en Inglaterra, donde por sufragio universal se eligió el Parlamento:

“El contrato fundamental había de constituir para los Estados la base inmutable que formaban los *covenants* para la Iglesia; mas los contratos solemnes se acostumbraba, por lo común, hacerlos por escrito. De aquí que.

³² Id., pp. 279.

siendo la Constitución un contrato solemne sobre el que descansaban los derechos y deberes de todos los miembros del Estado, debía hacerse por escrito. Es muy significativo, para comprender el proceso de ideas que han dado origen a estas manifestaciones, el hacer notar que durante las deliberaciones acerca de esta cuestión, y a consecuencia de la idea democrática que radica en su fondo, exigióse por primera vez el derecho de sufragio universal e igual para todos, para la elección del Parlamento.”³³

Así, -afirma Jellinek- surge la características quizá más importante de las constituciones: el que se les considere no como un simple contrato, sino como la base de cualquier otra disposición.

“En este momento muéstrase por vez primera con necesidad lógica esta idea: que la Constitución, que forma el contrato fundamental, es una ley superior a las que sobre este contrato se fundan.”³⁴

Por otra parte, el autor en comento realiza una serie de razonamientos relativos a las implicaciones resultantes de adoptar un sistema de formación constitucional escrito y democrático, que se sintetizan en las siguientes líneas:

“La ley fundamental se identifica.(...), con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. Este contrato, que se lleva a cabo con asentimiento unánime, es, por consiguiente, inalterable en tanto que el Estado haya de subsistir como

33 Cfr. Idem., pp. 385-386.

34 Id., pp. 386.

tal. En el contrato social va contenida la cláusula de someterse a aquel príncipe que designe la mayoría.”³⁵

A nuestro modo de ver, es arriesgado establecer categóricamente que existe consentimiento unánime, pero al mismo tiempo admitimos que dado que es virtualmente imposible que éste se dé, esta situación deberá suponerse. Ahora bien, el hecho de que sea inalterable es cuestionable. En todo caso, se seguirán los procedimientos -rígidos o no- para su modificación, pero nunca se deberá tener por inmutable a ésta, sobre todo si la voluntad popular no lo desea así.

Obviamente, en el transcurso del tiempo, dichos ordenamientos evolucionaron y se perfeccionaron paulatinamente, hasta llegar a ser los que actualmente conocemos. De su contenido actual, Jellinek afirma:

“La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.”³⁶

Más adelante, el mismo autor recapitula y nuevamente alude al contenido de las constituciones, pero ahora se refiere específicamente al caso de las escritas:

³⁵ Id., pp. 387.

³⁶ Id., pp. 381.

"Pero ¿cuál es el contenido de la Constitución en aquellos Estados que poseen una Carta constitucional? En general, la respuesta consiste en hacer notar que comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos".³⁷

A través de una serie de deducciones lógicas e históricas, Jellinek llega a la conclusión de que son las constituciones la base de todas las demás leyes del Estado, pero además le otorga un vínculo a la Constitución en relación al pueblo y al efecto menciona:

"Estas constituciones son las leyes más altas del país. Como quiera que todos los poderes están delegados por el pueblo, resultan todos ellos limitados por la ley fundamental, la cual se considera expresión inmediata de la voluntad de aquél. Aunque no se exprese así de una manera manifiesta, se las considera como fijas, y en la práctica se reconoce que el juez debe comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución."³⁸

Posteriormente, el multicitado autor analiza el caso de las trece colonias de Norteamérica. En contraposición de lo que afirmamos líneas antes, afirma que en ellas la Constitución se encuentra incluso fuera del influjo de la acción legislativa, puesto que considera a dicho ordenamiento inmutable:

³⁷ Id., pp. 402.

³⁸ Id., pp. 392.

“La división de los poderes como principio constitucional y la Constitución como un poder que queda fuera de la acción normal legislativa, son ideas que surgen por necesidad histórica en el suelo de las colonias americanas.”³⁹

Sin embargo, consideramos muy acertada la conclusión a que llega el autor en cita, cuando deduce que existieron razones de peso las que se ejercieron para que las constituciones de las trece colonias de Norteamérica se elaboraran por escrito. Dentro de estas razones, destaca la independencia, es decir, no se podía romper el vínculo que unía a dichas colonias de Inglaterra simplemente por una decisión verbal de unos cuantos; debía ésta hacerse constar por escrito con la anuencia del pueblo recién liberado y asentando las reglas bajo las cuales se establecía el nuevo Estado. No obstante, Jellinek asegura que tal suceso tuvo repercusiones, como las que comenta:

“Estas constituciones son las leyes más altas del país. Como quiera que todos los poderes están delegados por el pueblo, resultan todos ellos limitados por la ley fundamental, la cual se considera como la expresión inmediata de la voluntad de aquél. Aunque no se exprese así de una manera manifiesta, se las considera como fijas, y en la práctica se reconoce que el juez debe comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución.”⁴⁰

Como se puede deducir de varios de los textos antes transcritos, es la fuerte relación que existe entre Constitución y pueblo. Según él, al haber sido emanada la Constitución por el mismo pueblo, surge una especie de obligación

³⁹ Id., pp. 390.

⁴⁰ Id., pp. 392.

por parte del Estado de respetar dicho documento. El autor se expresa de la siguiente manera:

"La Constitución es hija del poder pleno del pueblo; es la ley suprema del país, y constituye el límite de la actividad de todos los actos de la Unión, así como de los Estados miembros de ésta."⁴¹

Por otra parte, en el mismo estudio que realiza sobre la evolución del constitucionalismo en América, Jellinek menciona que incluso el destino de las posteriores constituciones a las americanas, se vio influido por éstas, y al efecto manifiesta:

"En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas Constituciones. La Revolución francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos."⁴²

No obstante lo anterior, el mismo Jellinek parece contradecirse, cuando menciona:

"Los hechos históricos que sirven de base a cada Constitución particular no podrían modificarse ni aun siquiera mediante la aceptación consciente del Derecho extranjero."⁴³

⁴¹ Id. , pp. 393.

⁴² Idem.

⁴³ Idem. , pp. 401.

En efecto, no es congruente que por una parte se afirme que las constituciones -en especial las europeas- se encuentren influenciadas por las constituciones de las trece colonias de Norteamérica, si posteriormente se indica que ni por la adopción consciente de un derecho extranjero se pueden contravenir los hechos históricos. Como ejemplo de lo anterior, encontramos el de México, que sin tener una tradición federal, adoptó dicho régimen por influencia de la misma Constitución de los Estados Unidos de América.

Siguiendo la exposición del autor que comentamos, éste dilucida acerca de los dos tipos de constituciones que existen desde el punto de vista formal: las rígidas y las flexibles. Como resultado concluye:

"Atendiendo a la existencia o ausencia de estas leyes, se han dividido las Constituciones, en su sentido material, en rígidas y flexibles 1; el grado de rigidez aumenta a medida que hay más dificultad para poner en movimiento el aparato modificador de las Constituciones. Los dos puntos extremos los representan la Constitución de la Unión americana y la inglesa. Tan difícil es la modificación de la Constitución americana, que en el curso del siglo XIX sólo se han hecho cuatro adiciones a la Constitución. Desde hace más de treinta años ninguna de las enmiendas presentadas ha llegado a ser ley. Esto plantea una cuestión, la de saber qué sistema es mejor, si el de las Constituciones rígidas o el de las flexibles."⁴⁴

⁴⁴ Id., pp. 404.

Finalmente, después de haber resaltado la aportación americana al constitucionalismo, Jellinek al parecer critica esta estructura, y al mismo tiempo vislumbra una de sus repercusiones:

"Una cosa es indudable: que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito: de suerte, que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material."⁴⁵

Lo anterior es muy cierto y tiene su razón de ser en una situación de fácil comprensión. Al existir un régimen rígido, que si bien asegura la estabilidad de las reglas a las que se someten las partes integrantes del Estado, también se impide que las propias disposiciones cambien con el ritmo que exige la realidad. Por tanto, surge como respuesta a esta necesidad la creación de un derecho de diferente fuente, el consuetudinario. Éste, en principio, carecerá de la fuerza que caracteriza al régimen, pero dará respuesta a las impostergables necesidades de justicia y equidad que demanda la sociedad.

⁴⁵ Id., pp. 405.

4. Carl Schmitt

En nuestro recorrido por las teorías constitucionalistas, ahora toca el turno a uno de los más profundos y metódicos críticos del tema; el alemán Carl Schmitt. Dicha teoría reúne diversos puntos de vista acerca del concepto de Constitución, que finalmente, dan como resultado la exposición completa -desde la concepción del autor- de lo que significa e implica ésta.

En primer término, Schmitt menciona que existe un concepto absoluto de Constitución, y lo explica en los términos siguientes:

"El Estado no tiene una Constitución 'según la que' se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status de unidad y ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su 'alma', su vida concreta y su existencia individual".⁴⁶

En este sentido, la Constitución no es el ordenamiento jurídico del que hablamos al inicio del presente trabajo⁴⁷, sino más bien, el Estado mismo, considerado éste con todos sus elementos constitutivos. En otras palabras, así como el cuerpo humano posee una constitución propia determinada por ciertos componentes (sangre, carne, huesos, etc.), así la Constitución del Estado es la forma de ser de éste.

⁴⁶ Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, S. A., Madrid 1982, pp. 30.

⁴⁷ Ver Capítulo 1, punto 1.

Dicho concepto –en nuestra opinión– advierte tintes románticos aun cuando enfatiza el estrecho vínculo que une al Estado con su Constitución, la realidad es que éstos no son idénticos. De esta perspectiva, la Constitución deja de ser un deber ser (norma) y se convierte totalmente en un ser.

En su exposición, Schmitt llega a un concepto que por su trascendencia en el presente trabajo, nos permitiremos citar en su totalidad:

“II. Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas (Constitución = norma de normas).

“1. Aquí, constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple ‘debe ser’. Pero con esto no se trata de leyes o normas particulares, si bien quizá muy importantes y producidas con determinadas características externas, sino de una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la ‘ley de las leyes’. Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa una norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental: es decir, en una unidad de normas jurídicas.”⁴⁸

Definitivamente, éste concepto es el más valiosos desde el punto de vista jurídico, puesto que es el que propiamente fundamenta y valida la fuerza de la

⁴⁸ Idem, pp 33.

Constitución -como el mismo autor dice- en su carácter de norma de normas. A través de la exposición del presente capítulo, este carácter es siempre estudiado por los juristas por razones que pueden resultar hasta obvias. En todo Estado, la Constitución es el ordenamiento jurídico fundamental del cual emanan todas las demás disposiciones. Sin embargo, Schmitt, aun cuando admite ese carácter, le resta importancia cuando se refiere a ésta como un "simple 'deber ser'".

Efectivamente, es sólo un "deber ser" cuando la Constitución no se conforma más que de una serie de prescripciones normativas sin coherencia ni sustento político ni social. Pero ese carácter no se debe confundir cuando se le estudia desde un punto de vista meramente jurídico. Schmitt al respecto argumenta:

"En su gran época, en los siglos XVII y XVIII, la burguesía encontró la fuerza en un verdadero sistema: el Derecho racional y natural, y constituyó normas válidas en sí mismas de conceptos como propiedad privada y libertad personal, que valen antes que y sobre cualquier ser político, porque son justas y razonables y por eso envuelven un Deber-ser auténtico, independiente de la realidad del Ser, es decir, de la realidad jurídico-positiva. De aquí se deducía una normatividad; aquí se podía hablar de sistema, orden y unidad. En Kelsen, por el contrario, sólo valen las normas positivas, es decir, aquellas que realmente valen; no valen porque en justicia deban valer, sino sólo porque son positivas, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el deber ser y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos el deber ser y desaparece la

normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es 'positivismo'.⁴⁹

A nuestro modo de ver, las aseveraciones antes transcritas adolecen de subjetividad, por lo siguiente: Como el mismo autor lo menciona, fue la burguesía de los siglos XVII y XVIII, la que postuló el derecho racional y natural a manera de sustento de validez de las normas en general. Dicha teoría parte de la premisa -en términos generales- de que las leyes deben ser justas y, que en caso contrario, deben ser desobedecidas. Esto último, si bien resulta "lógico" y hasta natural, no es fácil de delimitar.

En principio, implica que debe existir alguien que juzgue la justicia en las leyes, lo cual supone un juicio de valor y, por ende, subjetividad. Peor aún, si quien valora la justicia en las leyes no es un órgano creado para tal efecto, si no es el propio individuo obligado a acatarlas el que realiza dicha tarea, esto propicia todavía más subjetividad e incluso puede llegar a la anarquía, que es precisamente la falta de derecho.

Desde el punto de vista de Kelsen siempre existe la certeza de la validez de la norma, en virtud de que ésta depende de su positivismo, sin que por esto se menosprecie la justicia de la norma, su análisis depende de las circunstancias sociales y políticas del lugar y momento en que es expedida. De otro modo, las leyes penales que antaño permitían la pena capital y que ahora nos pudieran parecer injustas, siempre habrían sido inválidas, lo cual es absurdo suponer.

⁴⁹ Id., pp. 34.

Schmitt, resume la validez de las normas desde ambos puntos de vista de la forma siguiente:

"Una norma puede valer cuando es justa; entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente."⁵⁰

Sin embargo, agrega:

"No hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemáticas a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta voluntad unitaria."⁵¹

Lo que en otras palabras nos transmite el autor, es que él no concibe la idea de una Constitución que no responda a las necesidades y principios del Estado del cual emana, lo cual es perfectamente razonable. Sin embargo, aun cuando esto no es deseable, lo cierto es que no radica en ello la validez de ésta. En nuestra opinión, para crear una Constitución efectivamente debe existir un consenso de voluntades en cierto rumbo bien delimitado. Sin embargo, siempre habrá quien -por razones muy particulares- esté en contra tanto del ordenamiento supremo como de las disposiciones que de ella emanan, situación que no implica de ningún modo su invalidez. En todo caso, deberá existir el mencionado

⁵⁰ Id., pp. 34.

⁵¹ Id., pp. 35.

consenso que determine tal hecho, en virtud del cual se procederá en consecuencia.

Lo anterior es más cierto aún, si tomamos en cuenta que es prácticamente imposible un consentimiento total o una mayoría absoluta que se incline por determinada opinión. Y precisamente por ello es que en todas los Estados en que existe un cuerpo legislativo -que recoge las variadas formas de pensar del pueblo- las decisiones se toman por mayoría, no por unanimidad.

Siguiendo adelante, Schmitt menciona que existe un concepto relativo de Constitución, del cual parte su exposición posterior:

"La relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de ley constitucional concreta, pero el concepto de ley constitucional se fija según características externas y accesorias, llamadas formales.

"I. Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto 'formal' es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser 'fundamental' (grundlegend).

Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una 'Constitución'; igual, es decir, igualmente relativo."⁵²

De la anterior transcripción se rescata una característica propia no sólo de cualquier Constitución, sino de cualquier ordenamiento jurídico: la igualdad en sus disposiciones. Nos referimos a una igualdad de las disposiciones contenidas en un mismo ordenamiento. Por ejemplo, la que existe entre la que establece una libertad de igualdad y la que dispone la libertad de cultos. Ambas son importantes, pero no más una que otra desde el punto de vista puramente jurídico, porque ninguna se encuentra por encima de la otra. Sin embargo, no podemos pasar por alto que existen disposiciones que suspenden o limitan las prerrogativas que la misma Constitución prevé.

En síntesis, para el autor que nos ocupa, la Constitución es la que se entiende como un "ser", no así la que se descubre desde un punto de vista absoluto como norma de normas, ya que a sus disposiciones las denomina como "leyes constitucionales", dando a entender que la primera es además de verdadera, abstracta; mientras que la segunda es meramente formal y concreta.

Sin embargo, distingue y advierte:

"Por lo pronto, se equiparan y truecan tácitamente Constitución (como unidad) y ley constitucional (como particularidad); en segundo lugar, no se distinguen 'Constitución en sentido formal' y 'ley constitucional en sentido formal'; y, por último, se ofrecen dos notas para la determinación del carácter

⁵² Id., pp. 37.

'formal', obtenidas de dos puntos de vista por completo dispares: unas veces se designa como 'Constitución en sentido formal' sólo una Constitución escrita, y otras debe consistir en sentido formal sólo una Constitución escrita, y otras debe consistir lo formal de la ley constitucional, y de la así tácitamente equiparada Constitución, en que su reforma está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad."⁵³

Además de la distinción entre Constitución y ley constitucional de que habla Schmitt y que resulta importante desde su perspectiva, destaca que para él ésta es unidad, y aquélla particularidad. Por ende, para el mismo autor la primera es la que emana de la voluntad política y la segunda de los postulados del partido mayoritario.

Schmitt abunda en su exposición y toma el concepto formal de la Constitución, es decir, la escrita cuyos orígenes medievales comentamos anteriormente.⁵⁴ Dicho autor se manifiesta renuente a darle gran importancia a dicha formalidad, por las razones que él mismo expone:

"Pero ya se ha dicho que hoy falta fe en tales codificaciones. Las Constituciones de los distintos Estados aparecen como una serie de diversas normaciones legales de conjunto: prescripciones orgánicas sobre las autoridades más importantes del Estado, programas y directrices de carácter general, garantías de ciertos derechos y numerosas prescripciones particulares que sólo han sido inscritas en la Constitución porque se quiere sustraerlas a

⁵³ Id., pp. 38.

⁵⁴ Ver punto 3 de este mismo capítulo.

las cambiantes mayorías parlamentarias y porque los partidos que determinan el contenido de la 'Constitución' aprovechan la ocasión para prestar el carácter de leyes constitucionales a sus postulados de partido. Por lo demás, si una tal serie de leyes constitucionales es acordada por una Asamblea constituyente convocada de intento a este fin, la unidad de las prescripciones en ella contenidas no reside en su conjunto material, sistemático y normativo, sino en una voluntad política que, fuera de estas normas, las hace leyes constitucionales y que, como fundamento unitario suyo, emana de sí la unidad de aquéllas."⁵⁵

Pese a que en ocasiones ciertamente se prestan las reformas constitucionales a que sus contenidos permanezcan inmutables y se sustraigan, por tanto, de los cambiantes rumbos políticos que imperan en cualquier Estado, es necesario admitir que éstas pueden ser muy benéficas sobre todo si su propósito es adecuar el marco jurídico a la impostergable realidad social. En este sentido, lo errático no es la forma, sino el uso y abuso que se le dé; sobretodo considerando que el más perfecto sistema constitucional puede sucumbir ante la voluntad del partido en el poder.

Otro tema de especial interés para el alemán, es el relativo a las reformas constitucionales. Para explicar su teoría, el autor que nos ocupa nuevamente recurre a utilizar la diferencia entre Constitución y ley constitucional. Sin decirlo expresamente, Schmitt argumenta que la Constitución no puede reformarse y que en todo caso son las leyes constitucionales las que sí pueden ser sujetas a cambios, si bien éstos pueden resultar difíciles de instrumentar.

⁵⁵ Schmitt, op. cit. pp. 40.

Distingue ambas tomando en cuenta su origen, y al efecto aclara:

"I. La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia."⁵⁶

Estos procedimientos obviamente pueden variar dependiendo del Estado del cual emanen. Sin embargo, en términos generales coincidimos en que es diferente el acto de emisión de una Constitución, de aquel mediante el cual simplemente varía alguna de sus disposiciones. No obstante, este hecho por sí sólo no implica la inmutabilidad de la primera, ni siquiera su unidad como afirma Schmitt:

"En la fundación de nuevos Estados (como en el año 1775 en los Estados Unidos de América, o en el año 1919 con la fundación de Checoslovaquia), o en revoluciones sociales fundamentales (Francia, 1789; Rusia, 1918), se presenta con la mayor claridad este carácter de la *Constitución como una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma del ser*. Con esto puede surgir también con la mayor facilidad la idea de que una Constitución ha de fundar siempre un nuevo Estado, error que se explica, de otra parte, por la confusión de la Constitución con un 'pacto social' (mediante el cual se funda la unidad política); (...) Otro error ligado con esto consiste en

⁵⁶ Id., pp. 45-46.

Constitución, sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente.

*"La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da."*⁵⁷

Aunque en términos generales coincidimos con el autor, es preciso resaltar que no es tan importante la voluntad por sí misma, sino la calidad de quien la expresa; es decir, que sólo debe ser de un poder constituyente con todo lo que esto implique.

Sin embargo, ya no coincidimos cuando menciona nuevamente a las leyes constitucionales, en virtud de que el autor no aporta elementos suficientes que fundamenten su distinción de la Constitución y, menos aún, alguna utilidad práctica para sostener dicha postura. No obstante, el autor comenta:

*"La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica."*⁵⁸

A nuestro modo de ver, si en la Constitución escrita no se encuentra la esencia de la misma a través de los postulados en ella inmersos, sencillamente

⁵⁷ Id., pp. 46. Las cursivas son nuestras.

⁵⁸ Id., pp. 47.

dicho ordenamiento no es lo que se ideó que fuera, puesto que no hay mejor manera de asentar las ideas que por medio de la palabra escrita. En este caso, habrá que modificar su contenido hasta que efectivamente responda a los ideales del Estado del cual emana. Sin embargo, Schmitt opina sobre las "leyes constitucionales" lo siguiente:

"1. En un sentido general, no preciso, se llaman 'leyes fundamentales' todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado."⁵⁹

Como puede advertirse, Schmitt enfatiza la invulnerabilidad de la Constitución y al efecto, niega que las disposiciones que ella contiene sean realmente la Constitución, llamándolas despectivamente "leyes constitucionales". Éstas, a su modo de ver, pueden estar elaboradas en cualquier sentido, dependiendo de los ideales del partido del cual emanó. Sin embargo -insistimos- la Constitución no puede ser otra que la que está escrita, y sus disposiciones no pueden ser clasificadas como normas de segunda por la sencilla razón de que no son normas reglamentarias, sino parte integrante de la misma Constitución.

Otro problema interesante que se suscita en relación a las reformas constitucionales, es saber el límite de éstas. Schmitt al respecto expone lo siguiente:

"Que 'la Constitución' pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución

⁵⁹ Id., pp. 63.

puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El 'legislador que reforma la Constitución', previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente."⁶⁰

"Sostener lo contrario sería, no ya una 'consideración de tipo formalista', sino igualmente falso desde los puntos de vista político y jurídico. *Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés.*"⁶¹

Resulta obvio percibir que Schmitt defiende a toda costa, la "esencia" de la Constitución de cualquier cambio que se le quiera hacer. Sin embargo, olvida conceptos básicos, como el de la representación. En efecto, los orígenes de los sistemas republicanos y demócratas se basan en la imposibilidad de los Estados - sobre todo los modernos- para que todos sus ciudadanos puedan ser escuchados y, por ende, tomados en cuenta para las decisiones trascendentales. Ante tal impedimento, se ideó la figura de la representación, mediante la cual un número determinado de ciudadanos serían precisamente representados ante las instancias gubernamentales correspondientes (Cámara de Diputados, de Senadores, de Representantes, Parlamento, etc.).

Por tanto, es inexacto afirmar que un Parlamento no puede efectuar cambios radicales en la Constitución, dado que si éste cumple los requisitos

⁶⁰ Id., pp. 49.

⁶¹ Id., pp. 50. Las cursivas son nuestras.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79

formales, y además cuenta con el apoyo que ya le brindó el pueblo en general a través del voto, no existe excusa alguna por la que se pueda argumentar algún exceso de funciones. En otras palabras, la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés de que habla Schmitt, ya se verificó mediante el sufragio, por lo que no es necesario nuevamente éste para que se validen los cambios constitucionales.

Sin embargo, reiteramos que al existir un cuerpo colegiado de representantes del pueblo en la toma de decisiones -dentro de las cuales se encuentra la reforma constitucional- no puede alegarse contravención a los postulados de la Constitución. Tomar la actitud contraria implicaría afirmar que gobierno y pueblo son eternos contrincantes en un mismo Estado; y en este sentido, no tendría ningún caso delegar al primero la consecución de los fines del Estado.

Un pseudo-problema que surge también en relación a la validez de las Constituciones, se da cuando éstas se desconocen por considerar que su contenido no corresponde a los postulados de una cierta postura política. En este sentido, el autor en cita expone:

“La terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo aquella que se corresponda con sus postulados políticos. Cuando los contrastes de principios políticos y sociales son muy fuertes, puede llegarse con facilidad a que un partido niegue

el nombre de Constitución a toda Constitución que no satisfaga sus aspiraciones.”⁶²

Decimos que es un pseudo-problema porque en realidad no trasciende éste a la esfera jurídica, puesto que es una cuestión meramente política. En otras palabras, las disposiciones de una Constitución son válidas siempre y cuando se haya emitido o reformado ésta cumpliendo los procedimientos expedidos al efecto. Problema muy distinto es si nos gustan o no dichas disposiciones. Y en caso negativo, hay quienes optan por desconocerla, no como una impugnación jurídica, sino como un medio de presión política.

“Para el lenguaje del liberalismo burgués, sólo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal: cualquier otra cosa no es ‘Constitución’, sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud o como se quiera llamar. Por el contrario, para una consideración marxista consecuente, una Constitución que reconozca los principios del Estado burgués de Derecho, sobre todo la propiedad privada, es, o bien la Constitución de un Estado técnica y económicamente retrasado, o, si no, una pseudo-Constitución reaccionaria, una fachada jurídica, desprovista de sentido, de la dictadura de los capitalistas.”⁶³

No obstante, el instrumento para evitar dichas actitudes no es considerar a la Constitución como un ente abstracto y prácticamente inmutable -sobre todo si

⁶² Id., pp. 58.

⁶³ Id., pp. 59.

es escrita- como lo hace Schmitt: sino más bien concertar, en la medida de lo posible, el contenido de las disposiciones insertas en ella.

Ahora bien, la forma escrita de una Constitución tiene -como vimos con Jellinek- su justificación a través del tiempo; y efectivamente, antes de ser propiamente una Constitución era un contrato o pacto celebrado entre el Príncipe y los súbditos, con el principal objeto de establecer claramente las reglas a que se debían sujetar ambas partes para garantizar así la convivencia mutua. Por tanto, los países que tienen dicha tradición no pueden concebir otro tipo de Constitución, sino aquella que limita el ejercicio del poder del gobernante. Empero, Schmitt opina:

"En una Constitución democrática pura, dada por el pueblo en virtud de su poder constituyente, no son posibles ya tales relaciones de pacto ni, por lo tanto, esos papeles de parte contratante."⁶⁴

⁶⁴ Id., pp 129-130.

5. Karl Loewenstein.

El autor alemán Karl Loewenstein, por su parte, elaboró su teoría de la Constitución desde un punto de vista global, es decir, considerando el desarrollo mundial del constitucionalismo. Su exposición inicia narrando los antecedentes que dieron origen a la Constitución escrita, de los cuales ya hemos hablado en el presente capítulo, cuando estudiamos a Georg Jellinek. Al respecto, Loewenstein menciona:

“La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.”⁶⁵

Y además agrega:

“En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”⁶⁶

En efecto, una de las principales razones por la que surgieron las constituciones escritas, fue la necesidad de limitar el ejercicio del poder. Sin embargo, Loewenstein señala también que otra de las razones principales de este

⁶⁵ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, 4ª reimpresión, Barcelona, España, 1986, pp. 150.

⁶⁶ Karl Loewenstein, op. cit. pp. 151.

nuevo tratamiento fue la superación en la creencia en autoridades teocráticas, es decir, aquellas que son designadas por "entes divinos" y que gobernaban por inspiraciones igualmente divinas. Por ende, los nuevos ordenamientos, al ser pactados entre los propios hombres, necesitaban de la sanción de las partes, para lo cual la forma escrita resulta ser, aún en nuestro días, la mejor opción.

No obstante nuestro comentario, Loewenstein afirma que no es necesaria la forma escrita. El ejemplo más claro lo presenta Inglaterra, que como es bien sabido, no cuenta con un documento único que contenga las principales disposiciones rectoras del Estado, sino que éstas se encuentran dispersas en varias reglamentaciones y en la propia conciencia del pueblo inglés, aun cuando esto último es más bien teórico.

Por otra parte, el autor en cita se refiere al poder constituyente y menciona que la tendencia en todos los Estados actuales se inclina por erigirse en asambleas constituyentes en un primer paso, para posteriormente recurrir a la sanción del pueblo.

"De acuerdo con las teorías de la soberanía del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita: una asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La *ratio* de esta exigencia es que la ley fundamental

adquiere una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano.”⁶⁷

La Constitución escrita actualmente ha sido adoptada prácticamente por todos los países, independientemente del contenido que en cada caso se les haya dado. No obstante, afirma el autor que comentamos, esta tendencia más bien parece tomarse como tarjeta de presentación para los Estados pseudo-democráticos; y por otra parte, utilizar esa forma escrita como instrumento de sometimiento, contrariamente al espíritu que hizo surgir a las constituciones.

“En nuestros días, la Constitución escrita se ha convertido frecuentemente en la tapadera para el ejercicio de un nudo poder. Una Constitución formal no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional.”⁶⁸

Uno de los planteamientos que por lo general se estudian por los constitucionalistas, es si existe un modelo de Constitución. En otras palabras, si puede hablarse de la Constitución perfecta y, por ende, de la Constitución que debiera tener todo Estado. Al respecto, Loewenstein asegura que esto no es posible en virtud de que cada Estado tiene sus propias necesidades, características e ideales, por lo que en última instancia -opinamos- el único modelo de Constitución de que podríamos hablar, sería del que cada Estado en particular quisiera elaborar.

67 Op. cit. pp. 161.

68 Ibidem, pp. 161.

"Las constituciones son instrucciones para la dirección del proceso del poder y no pueden individualizarse de Estado en Estado, convirtiéndose en tratados de psicología nacional."⁶⁹

Según el autor que nos ocupa, existen dos formas de intentar lograr la Constitución que se adapte a los ideales perseguidos: la mutación constitucional y la reforma constitucional. La primera se refiere al caso en que la Constitución no se modifica en su letra, pero su contexto ya ha sido explorado y adaptado a las circunstancias imperantes del momento. El ejemplo en México de la *mutación constitucional* es la jurisprudencia, puesto que ésta sólo interpreta e integra las disposiciones de la Constitución, sin modificarla. La segunda alude al cambio en el texto de la Constitución. A nuestro modo de ver, el primero es un cambio menor o de estilo, mientras que el segundo es de fondo. El propio autor lo expresa de la siguiente manera:

"Estas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional son tenidas en cuenta sólo de dos maneras, a las cuales la teoría general del Estado ha dado la denominación de reforma constitucional y mutación constitucional. El concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución (...) En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político de la estructura social o del

⁶⁹ Idem, pp. 219.

equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la Constitución permanece intacto.”⁷⁰

Sin embargo, surge una pregunta: ¿en qué situación se debe modificar la Constitución?. Cuando analizamos a Carl Schmitt en el presente capítulo, él afirmaba -entre otras cosas- que podía surgir cuando el partido en el poder decidiera consagrar sus postulados para así mantenerlos fuera de los vaivenes políticos. Pero dejando la cuestión política, (que si bien es importante, no es parte del estudio de la presente tesis) los móviles sociales pueden ser dos, según Loewenstein.

“En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la Constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.”⁷¹

En segundo lugar, el autor en comento menciona que las reformas constitucionales se pueden deber a las lagunas constitucionales, las cuales pueden ser a su vez, de dos tipos: ocultas o descubiertas. Él mismo lo aclara:

“Lagunas constitucionales.- Una reforma constitucional, que aquí surgen en la forma de complemento constitucional, se puede producir cuando la

⁷⁰ Idem, pp. 165.

⁷¹ Idem, pp. 170. El subrayado es nuestro.

Constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas. Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo (...) Una laguna constitucional oculta se produce cuando en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada.”⁷²

Sin embargo, aun cuando Loewenstein mismo menciona que la reforma constitucional se da en ambos casos, es decir, cuando por cuestiones de arcaísmo, se actualiza el texto constitucional; y por el otro, cuando existen lagunas constitucionales, se colman las mismas; no aclara los casos en que se da una *mutación constitucional* y los casos en que se da una *reforma constitucional*, según su propia teoría.

De un modo un tanto indirecto, Loewenstein resuelve nuestra pregunta de la siguiente manera:

“La Constitución contenida en un documento se adapta a las transformaciones no sólo a través de una enmienda constitucional formal, sino también por el uso constitucional, las reglas convencionales y la interpretación a través de las instancias gubernamentales, el parlamento y los tribunales.”⁷³

72 Id., pp. 170 y 171.

73 Idem, pp. 208.

A nuestro modo de ver, aun cuando la reforma constitucional puede resolver ambos casos, tiene mejores resultados en el caso de la actualización. Lo anterior es fácil suponer en vista que el método más idóneo para poner la Constitución al día es reformándola. De otra manera, la actualización prácticamente nunca se vería cristalizada por falta de claridad. Sin embargo, para el caso de que existan lagunas -descubiertas u ocultas- pensamos que es más fácil y *ad-hoc* el proceso jurisprudencial. Dicho proceso tiene la ventaja de ser más ágil, siendo de especial utilidad en casos particularmente técnicos, como son los que se suscitan en las lagunas. El ejemplo más claro de esto es la terminología. Al momento de elaborarse una Constitución es mucho más importante el sentido de las disposiciones que su texto, lo cual se refleja en el trabajo final. Por tanto, un problema muy común de todo Estado es el relativo a fijar los alcances de los vocablos utilizados en la redacción de la Constitución. Quizá uno de los primeros que se tuvo que resolver en el caso de México fue el de "autoridad", en particular para efectos del juicio de amparo.

Por otra parte, el autor que nos ocupa realiza un breve análisis sobre las clasificaciones -que denomina como *anticuadas*- de las constituciones. Estas son las que distinguen entre constituciones escritas y no escritas, flexibles y rígidas, a las que atienden más a las características del ejecutivo o del legislativo que a las constituciones mismas y a las que se refieren a organizaciones estatales federales y unitarias. Todas ellas son, en términos generales, conocidas por todos los estudiosos del constitucionalismo. Pero resalta en el autor en comentario, que no es la antigüedad de dichas clasificaciones lo que las hace anticuadas, sino su falta de utilidad práctica. Loewenstein fundamenta sus opiniones de la forma siguiente:

"Aquella clasificación que diferencia entre *las constituciones que están contenidas en un documento formal y aquellas que no lo están*, pasa de largo sobre el problema. Prácticamente todos los Estados poseen hoy una Constitución escrita."⁷⁴

"*Flexibles y rígidas*. En la práctica, esta distinción coincide con la clasificación entre constituciones escritas y no escritas, dado que las formas constitucionales de las últimas pueden ser modificadas por legislación ordinaria; hace también referencia, sin embargo, a aquellos Estados con un documento constitucional propio, en el caso de que la Constitución misma pueda ser cambiada como una ley corriente."⁷⁵

"Otro de los esquemas de clasificación tradicionales se refiere más bien a los *tipos de gobierno que se deducen de las constituciones, que a estas mismas* (...) La distinción entre el ejecutivo parlamentario y no parlamentario es un ejemplo (...) de que la distinción se basa sobre las formas o tipos de gobierno y no sobre las constituciones mismas."⁷⁶

Una vez estudiado estas clasificaciones, el autor nos propone nuevos puntos de vista sobre el fenómeno denominado Constitución. En primer lugar alude a la originalidad de las disposiciones contenidas en ellas. Así, su propuesta clasifica a las constituciones en *originarias y derivadas*. Las primeras serían aquellas que aportan algo nuevo en su contenido; mientras que las segundas son las que simplemente copian un modelo conocido, adaptándolo a las circunstancias del Estado de que se trate. El autor explica:

⁷⁴ Id., pp. 207. Las cursivas son nuestras.

⁷⁵ Id., pp. 208. Las cursivas son nuestras.

⁷⁶ Id., pp. 209. Las cursivas son nuestras.

"Bajo una Constitución 'originaria' se entiende un documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, verdaderamente creador, y por tanto 'original', para el proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal. La expresión de Constitución 'derivada' o 'derivativa' designa un tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan sólo una adaptación a las necesidades nacionales. El decidir si una Constitución es realmente creadora o simplemente una copia, supone, frecuentemente, un juicio de valor subjetivo."⁷⁷

El juicio subjetivo de que habla Loewenstein bien puede apoyarse en la frecuencia en que las constituciones originarias son imitadas por las demás naciones, que no tienen la experiencia y, en ocasiones, el tiempo para idear su propio modelo de Constitución. En nuestra opinión, México y en general Latinoamérica es un claro ejemplo de esta situación. Basta un somero vistazo por las disposiciones básicas de las constituciones de dicha zona para percatarse de la gran influencia que ejercieron los Estados Unidos en su elaboración. Conceptos como federalismo, república, cuerpos legislativos, procedimientos, etcétera, no provienen de la propia experiencia de la historia de dichos países, sino del modelo que se han fijado alcanzar.

Otra clasificación propuesta por Loewenstein es la que se refiere al contenido ideológico de las constituciones. En este contexto, las constituciones pueden ser *ideológico-programáticas* o *unitarias*. En el primer caso, se encuentran

⁷⁷ Id., pp. 209.

aquellas cargadas de un contenido ideológico que puede incluso permitir que se les denomine de alguna manera determinada: socialistas, comunistas, religiosas, etcétera. En el segundo caso, se encontrarían los casos en que la Constitución carece de dicho contenido ideológico, siendo neutral o utilitaria, ocupándose simplemente de organizar al Estado.

Como es fácil advertir, desde la declaración de los derechos del hombre en 1789, la tendencia se inclina marcadamente por constituciones de tipo ideológico. Empero, esta sola situación no implica que se esté o no en un buen camino. Prácticamente todas las constituciones vigentes tienen, en cierta medida, un contenido ideológico. Lo importante en todo caso es que la ideología (si existe y cualquiera que fuere su contenido) concuerde con los verdaderos ideales del pueblo del que emana. Sin embargo, consideramos importante el comentario de nuestro autor:

“Muchas de las recientes constituciones son tan conscientemente ideológicas, que casi se podría decir que una Constitución no parece estar completa cuando no está imbuida por todas partes de una determinada ideología. Estas constituciones son frecuentemente verdaderos catecismos políticos más que indicaciones materiales para el desenvolvimiento racional del proceso gubernamental (...)Un conocido ejemplo de Constitución condicionada ideológicamente es la mexicana de 1917, con su expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista.”⁷⁸

Coincidimos con Loewenstein en el sentido de que, sobre todo en países con escasa cultura democrática, la manipulación de las ideas por medio de las consignas constitucionales se ha vuelto en algo de todos los días. Y precisamente es la parte democrática la que más se ha prestado a la demagogia. Con el estandarte de la democracia, prácticamente todos los Estados, lo sean o no, se ostentan como tales en una actitud más triunfalista que realista. Sin embargo, resulta claro comprender que el Estado que aún no siéndolo no se ostente como tal, es presa fácil de la hostilidad internacional, con las consecuencias que ello trae consigo.

Aquí, la copia de las instituciones e ideales de otros países se vuelve en una especie de cortina de humo que confunde a los destinatarios del poder. Quizá este sea el más claro ejemplo de lo que los romanos llamaban *lex imperfecta*, es decir, la que es vigente pero no se cumple. Loewenstein nos proporciona su propia versión de la situación:

“Cada vez con más frecuencia, la técnica de la Constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la Constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único. La Constitución ha quedado privada de su intrínseco *telos*: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político.”⁷⁹

La última clasificación que propone Loewenstein es la ontológica, es decir, aquella que responde no al contenido de las constituciones, sino a lo que en la

⁷⁹ *Idem*, pp. 213 y 214.

praxis de su vigencia realmente acontece. En otras palabras, se presenta el texto de la Constitución como la contraparte que hay que confrontar con la realidad. El propio autor menciona:

"En lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. Su punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica."⁸⁰

En este sentido, para el autor que nos ocupa existen tres tipos de constituciones: *normativa, nominal y semántica*. La primera de ellas es aquella que efectivamente corresponde a la realidad, es decir, se cumple, tiene plena vigencia y su contenido es bien asimilado por los detentadores y destinatarios del poder. Para lograr este fin Loewenstein nos indica el camino:

"Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas."⁸¹

⁸⁰ Idem, pp. 217.

⁸¹ Idem, pp. 217.

La Constitución *nominal*, en cambio, es aquella que tiene validez jurídica, pero sus disposiciones distan de la validez práctica deseable. Loewenstein comenta que "probablemente, la decisión política que condujo a promulgar la Constitución, o este tipo de Constitución, fue prematura. La esperanza, sin embargo, persiste, dada la buena voluntad de los detentadores y los destinatarios del poder, de que tarde o temprano la realidad del proceso del poder corresponderá al modelo establecido en la constitución."⁸²

Sin embargo, el autor en comento no prevé el caso -factible desde nuestro punto de vista- de las constituciones que no concuerdan con la vida efectiva del Estado del cual emanaron, pero no porque sus disposiciones sean un ideal no alcanzado aún, sino porque no han adaptado la Constitución a la realidad que efectivamente se vive. De cualquier forma, Loewenstein se refiere evidentemente a los países que como México, aún se encuentran dando tropicones en el largo camino hacia una Constitución *normativa*.

Por último, el autor en cita alude a las constituciones *semánticas*, las cuales se caracterizan porque efectivamente coinciden en su aplicación con el propio texto del ordenamiento fundamental (como sucede con las constituciones *normativas*), pero sus principios son verdaderas cadenas jurídicas que sirven para someter a los gobernados. Paradójicamente, la Constitución se utiliza en estos casos con el propósito contrario con el que fue ideada. "En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y

⁸² Id. pp. 218.

eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político."⁸³

Este deterioro del espíritu de la Constitución es *natural*, si tomamos en cuenta que prácticamente cualquier innovación que resulta ser benéfica en un principio, durante un periodo posterior de práctica termina por prestarse al abuso de quienes ven en ella el instrumento idóneo para consagrar en ella sus pueriles y viles intereses personales.

Pero lo verdaderamente importante de esta clasificación, resulta en el hecho de que pretende crear conciencia en los gobernados quienes, en última instancia, tienen en sus manos el destino del Estado al que pertenecen. Sin embargo, Loewenstein nos recuerda que "la triste verdad es que la Constitución se ha distanciado emocional e intelectualmente de los destinatarios del poder. Para el 'hombre de la calle' la Constitución significa muy poco. Solamente una fracción microscópica de la población en todos los países está lo suficientemente interesada para leerla, por no hablar de aquellos que la pueden realmente asimilar".⁸⁴

Desafortunadamente México no es ajeno a este distanciamiento. La realidad en que vive inmerso el ciudadano actual lo distancia de cualquier interés en su Constitución, ya no se diga de la actividad política, que más bien parece haberse convertido en el último tema de conversación de cualquier reunión. Esta situación no es casual. Los constantes cambios legislativos le restan credibilidad a

⁸³ Id., pp. 219.

⁸⁴ Idem pp 227.

la actuación de los gobernantes. La gran distancia que existe de un tiempo de violencia social vuelve indiferentes a quienes siempre han vivido una cierta paz social. Al respecto, Loewenstein nos plantea lo siguiente:

“La revitalización de la conciencia constitucional en los destinatarios del poder tiene una importancia crucial si la sociedad democrático-constitucional quiere sobrevivir. Cómo tendrá que ser llevada a cabo esta tarea -bien acercando al pueblo a su Constitución a través de medidas educativas, o acercando las constituciones al pueblo, reformándolas y modernizándolas-, es algo que se escapa a la visión del autor.”⁶⁵

⁶⁵ Idem., pp. 229.

CAPÍTULO III. LA CONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1. Constitucionalidad de las leyes y actos emanados de las autoridades de conformidad con la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como analizamos en el capítulo anterior, la Doctrina en general, señala que existe el imperativo de que los actos jurídicos *in genere*, emanados por los representantes del Estado deben ser constitucionales, es decir, que necesitan estar apegados a las disposiciones contenidas en la Constitución. Al efecto, existe un principio jurídico aplicable a la materia constitucional, el cual reza que *los gobernantes sólo pueden hacer lo que expresamente les está permitido, mientras que los particulares pueden actuar de cualquier manera, salvo que exista prohibición expresa en contrario.*

En este sentido, se entiende que la conducta de gobernantes y gobernados debe cumplir dos requisitos: acatar las reglas y los procedimientos que en su caso se regulen expresamente en la Constitución; y -muy relacionado con lo anterior- no contravenir las disposiciones contenidas en ésta.

Ejemplo del primer requisito son los actos legislativos, los cuales se encuentran regulados en los artículos 71 y 72 de nuestra Carta Magna. Cualquier Ley con carácter federal que se pretenda expedir debe haber seguido desde su iniciativa hasta su entrada en vigor el procedimiento establecido en dichos artículos. En caso contrario, dicha Ley adolecería de inconstitucionalidad.

En el segundo supuesto, aunque parecido al primero, se evita incurrir en una prohibición expresa contenida en la Constitución. *Verbigratia*, si un particular presta sus servicios a otra persona en calidad de esclavo, dicha situación adolece de inconstitucionalidad, en virtud de que el artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe expresamente la esclavitud en el territorio nacional.

En cualquier caso, la inconstitucionalidad no opera automáticamente o por gracia divina. Los actos de gobierno deben apegarse a los lineamientos establecidos constitucionalmente y, en su caso, a las disposiciones reglamentarias que al efecto existan. En caso contrario, queda a los particulares la defensa de sus respectivos derechos, problema muy importante en efecto, pero que no forma parte del presente trabajo.

No obstante que exista cierto consenso en que los actos gubernamentales deben apegarse al ordenamiento jurídico supremo denominado Constitución, ésta por sí sola contiene las disposiciones que así lo determinan. En primer lugar, como ya se estudió en su momento¹, la jerarquía de la Constitución se encuentra plenamente demostrada mediante la simple interpretación lógica de su artículo 133.

En otra vertiente, la parte dogmática de la misma Constitución, que en general se encuentra dentro de sus artículos 1º a 29, con excepción de los artículos 25 y 26, otorga a los gobernados ciertas garantías, como la de libertad de expresión, la de seguridad jurídica, la del derecho a la educación, etcétera. Dichas garantías se presentan como un verdadero límite a la actuación de los

¹ Véase Capítulo I, punto 5

gobernantes a quienes, por las razones históricas que ya se analizaron², se les ha tenido que restringir en el uso del poder.

Así, prácticamente cualquier acto que provenga de alguna autoridad debe encontrarse en concordancia con alguna disposición constitucional específica, no contravenir ninguna de ellas, o cumplir con ambas. En este sentido, los 136 artículos que conforman a la Constitución prescriben obligaciones, tanto para gobernantes como para gobernados.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo resulta de especial importancia el contenido del primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, considerado por la Doctrina como *el principio de legalidad*. Dicho principio juega un especial papel en el ámbito jurídico mexicano, puesto que rige en gran parte la actividad gubernamental en aras de evitar el abuso del poder. En particular, es el primer párrafo de dicho numeral el que contiene ese principio, por lo que nos permitiremos citarlo textualmente:

"Art. 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

El imperativo antes transcrito dispone que toda actuación de autoridad que implique un acto de molestia al particular, debe estar previsto en alguna disposición legal y, además, que la autoridad que lo emita, debe manifestar expresamente esta circunstancia (fundamentación y motivación).

² Véase Capítulo II, puntos 2, 3 y 5.

Así por ejemplo, si una autoridad administrativa -como la fiscal- desea que un contribuyente le presente comprobantes de que ha cumplido con las disposiciones fiscales que le son aplicables, debe plasmar ese deseo por escrito, citar el fundamento que lo faculta para ordenar ese acto y exponer los motivos que lo impulsaron a tomar esa decisión.

Por otra parte, un Juez de lo Civil, al dictar sentencia también debe citar los fundamentos legales en que se basó para emitirla y que lo facultan, así como mencionar los razonamientos o motivos que lo mueven para expresarse en el sentido que lo hace.

Diferente situación acontece en el caso de los actos legislativos. Estos actos deben igualmente cumplir con el imperativo que estudiamos; sin embargo, su cumplimiento es distinto al de las autoridades de los otros poderes. En un acto legislativo generalmente no se hace mención a las facultades que otorgan -por ejemplo- al Congreso de la Unión a emitir una Ley en particular, ni tampoco se tiene la costumbre de citar la motivación de este tipo de actos.

Lo que sucede comúnmente en la práctica es que la ley (tratándose de cuestiones federales) se publica por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en el Diario Oficial de la Federación, en cumplimiento de la fracción I del artículo 89 de la Constitución. Sin embargo, no se expresa circunstancia alguna que indique el cumplimiento de el primer párrafo del artículo 16 constitucional, por lo que al acto legislativo respecta.

No obstante, los tribunales federales han mencionado que tratándose de actos legislativos la fundamentación se cumple teniendo el legislador la facultad para emitir la Ley, y que la motivación se verifica en la exposición de motivos de la iniciativa de Ley. La tesis que a continuación se transcribe ilustra mejor esta situación:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA.

En el texto de la ley no es indispensable expresar la fundamentación y motivación de un ordenamiento legal determinado, pues generalmente ello se realiza en la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente. Este Tribunal Pleno ha establecido que por fundamentación y motivación de un acto legislativo se debe entender la circunstancia de que el Congreso que expide la ley, constitucionalmente esté facultado para ello, ya que estos requisitos, en tratándose de actos legislativos, se satisfacen cuando actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución correspondiente le confieren (fundamentación), y cuando las leyes que emite se refieren a resoluciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación): sin que esto implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deben ser necesariamente materia de una motivación específica.

Amparo en revisión 5220/80. Teatro Peón Contreras, S. A. 15 de junio de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: María Cristina Salmoran de Tamayo. Volúmenes 139-144, pag. 133. Amparo en revisión 5983/79. Francisco Breña Garduño y coags. 23 de septiembre de 1980. Unanimidad de 17 votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Volumen 78, pag. 69. Amparo en revisión 3812/70. Inmobiliaria Cali, S. A. y coags. (acumulados). 24 de junio de 1975. Unanimidad de 16 votos. Ponente: J. Ramon Palacios Vargas. Volumen 77, pag. 19. Amparo en revisión 6731/68. Lechera Guadalajara, S. A. 6 de mayo de 1975. Unanimidad de 19 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Volumen 38, pag. 27. Amparo en revisión 1406/48. Carlos y Juan Béisegui. 8 de febrero de 1972. Mayoría de 11 votos.
 Disidentes: Carlos del Río R., Ezequiel Burguete F., Jorge Iñárritu, Manuel Yáñez Ruiz, Pedro Guerrero M. Salvador Mondragón G., Ernesto Aguilar Álvarez y Alfonso Guzmán Neyra.³

Sin embargo, a nuestro modo de entender esto no tiene porque ser así, es decir, realmente no existe -y la tesis no la contiene- una razón de peso para que esto se presente así. Entonces, cabría preguntarnos ¿Qué no es más importante una ley que tiene carácter general, que una sentencia que sólo puede afectar a unas cuantas personas?. Por tanto, los actos legislativos siendo -entre todos los actos de autoridad- los más importantes, deberían revestir la mejor y más profunda fundamentación y motivación.

De otra forma, se está privando a los particulares de las garantías que la propia Constitución les otorga. Sirva la siguiente jurisprudencia firme como fundamento de lo antes expuesto:

COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD.

Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales, se advierte que los actos de molestia y privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que otorgue tal legitimación. De lo contrario, se dejaría al afectado en estado de indefensión, ya que al no conocer el apoyo que faculte a la autoridad

³ Semanario Judicial de la Federación, 7ª época. Volumen 157-162, 1ª parte, pp. 150.

para emitir el acto, ni el carácter con que lo emita, es evidente que no se le otorga la oportunidad de examinar si su actuación se encuentra o no dentro del ámbito competencial respectivo, y es conforme o no a la Constitución o a la ley; para que, en su caso, esté en aptitud de alegar, además de la ilegalidad del acto, la del apoyo en que se funde la autoridad para emitirlo, pues bien puede acontecer que su actuación no se adecúe exactamente a la norma, acuerdo o decreto que invoque, o que éstos se hallen en contradicción con la ley fundamental o la secundaria.

Contradicción de tesis 29/90. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Tribunal (en la actualidad Primero) Colegiado del Décimo Tercer Circuito, 17 de junio de 1992. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Carlos de Silva Nava. Secretario: Jorge D. Guzmán González. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecinueve de abril en curso, por unanimidad de dieciséis votos de los señores Ministros Presidente Ulises Schmill Ordoñez, Carlos de Silva Nava, Miguel Ángel García Domínguez, Carlos Sempé Minvielle, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Cictoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número 10/1994, la tesis de jurisprudencia que antecede. El señor Ministro Miguel Ángel García Domínguez integró el Pleno en términos de lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en virtud del Acuerdo Plenario de cinco de abril del año en curso. Ausentes: Noé Castañón León, Atanasio González Martínez, José Antonio Llanos Duarte e Ignacio Magaña Cárdenas, México, Distrito Federal, a veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro.⁴

En síntesis, sentimos que existe un trato desigual injustificado mediante el cual los actos legislativos, con la importancia que revisten, incumplen con el imperativo que prescribe el primer párrafo del artículo 16 constitucional. A nuestro modo de ver, en la publicación de las leyes, debería aparecer el fundamento constitucional que faculta al Congreso a expedir esa ley, así como la exposición de motivos, siquiera de la iniciativa.

⁴ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 8ª época, número 77, mayo de 1994, tesis J/P 10194, pp. 12.

2. Antecedentes más recientes de las normas oficiales mexicanas.

Las normas oficiales mexicanas actualmente se encuentran reguladas por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de julio de 1992, la cual estudiaremos en el siguiente capítulo. Sin embargo, a manera de preludio, en lo que resta del presente comentaremos brevemente las dos antecesoras más próximas de la vigente.

a) Ley General de Normas y Pesas y Medidas, publicada el 7 de abril de 1961.

Esta Ley, sucedió a la Ley sobre Pesas y Medidas, así como a la Ley de Normas Industriales, publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 15 de mayo de 1928 y 31 de diciembre de 1945, respectivamente. Como es de suponerse de cualquier Ley que sucede a otra, la Ley General de Normas y Pesas y Medidas (en lo sucesivo LGNPM) superó en técnica y contenido a sus predecesoras.

Podríamos afirmar incluso que una de las principales razones por las que se emite una Ley es, en primer lugar, actualizar el texto legal que ha quedado obsoleto y rezagado por el mero transcurso del tiempo; y en segundo término, plasmar en el nuevo cuerpo legal las enseñanzas que se aprendieron de la experiencia con la ley anterior.

La LGNPM contenía un total de 44 artículos distribuidos en seis títulos, a saber: Las normas y su clasificación, Sistema General de Pesas y Medidas, Normas, Inspección y Vigilancia, Infracciones y sanciones, y Recurso de reconsideración. Por lo que se refiere al primero de estos, consignaba lo que legalmente se debía entender por normas, normas de pesas y medidas, y normas industriales. Así también, definía los casos en que serían consideradas éstas obligatorias y la forma de determinación de esa situación.

Por lo que toca al segundo título que se subdividía en tres capítulos, contenía las disposiciones que especificaban las unidades de medida aceptadas legalmente, así como sus símbolos. Así también, se establecían definiciones para términos como prototipos nacionales de unidades de medida, patrones nacionales de medida, medir, instrumento de medir, manifestación y verificación. Pero, más importante que todo lo anterior, fueron las disposiciones contenidas en sus artículos 14 a 19, que establecían la obligación de cumplir con las normas obligatorias, así como la forma de verificar ese cumplimiento.

El tercer título, relativo a las Normas, nuevamente definía y clasificaba a las mismas, ahora en normas de funcionamiento, de calidad, y para los métodos de pruebas oficiales. Posteriormente, en el mismo título se establecía la estructura y el método de elaboración de éstas.

Por su parte, el título cuarto en sus breves tres artículos disponía el objeto y formalidades de las visitas de inspección que se podían realizar con la intención de verificar el cumplimiento de las normas a que alude la propia Ley. En su penúltimo título, la Ley en comento establecía las sanciones aplicables para el

caso de contravención a sus disposiciones, y para tal efecto contaba con multas y clausuras, tanto temporales como definitivas.

Finalmente, en el sexto y último título, la Ley que nos ocupa disponía como defensa a las resoluciones que se emitieran con fundamento en la propia Ley y sus disposiciones relacionadas, la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración.

b) Ley Federal sobre Metrología y Normalización publicada el 26 de enero de 1988.

27 años después de haber sido publicada la ley que comentamos en el inciso anterior, se emite su sustituta. La nueva Ley se componía de 122 artículos, 78 más de los que tenía su predecesora, lo cual por sí sólo habla de la magnitud de los nuevos trabajos legislativos.

El número de títulos permanecía en seis. Destaca en el primero la inclusión bien concentrada de los propios objetivos de este ordenamiento, tanto en materia de metrología como de normalización. Así también, resulta nuevo el tratamiento que en el artículo 18 se da a los instrumentos que incumplen con los requisitos reglamentarios, a los cuales se les desecharía hasta que se acreditara su apego a las disposiciones aplicables.

Curiosamente, nuevas disposiciones relativas a información comercial, como las contenidas en los artículos 26 y 27, se convertirían en las actuales normas oficiales mexicanas NOM-030-SCFI-1993 y NOM-002-SCFI-1993; la

primera alusiva a la declaración de cantidad en los envases, y la segunda a las tolerancias permitidas en esa misma materia.

Al título II se le adicionaron 2 capítulos, el IV relativo al Sistema Nacional de Calibración, y el V referente al Centro Nacional de Metrología. Por su parte, el título III se modificó sustancialmente. Sus 6 capítulos contenían aspectos profusamente desarrollados y nuevas materias, como certificación de la calidad y el premio nacional de calidad.

Mediante el título IV se instituyó el Sistema Nacional de acreditamiento de Laboratorios de Prueba, cuya finalidad era incentivar la participación de la iniciativa privada en las actividades de certificación.

Finalmente, en los títulos V y VI se desarrollan los procesos de verificación y vigilancia, así como los aspectos procesales correspondientes.

CAPÍTULO IV. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS OFICIALES MEXICANAS

1. Fundamento constitucional de la vigente Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

Si partimos del supuesto de que los actos legislativos se tienen por fundamentados y motivados por el solo hecho de que el legislador esté facultado para emitirlos, tal y como se afirma en la jurisprudencia que transcribimos en el capítulo que precede¹, lo más probable sería que la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (en lo sucesivo LFMN) tendría su sustento en alguna de las hipótesis del artículo 73 constitucional, en virtud de que dicho artículo contiene, entre otras cosas, las materias en las que el Congreso de la Unión está facultado para emitir leyes.

En este sentido y dado que la iniciativa de la LFMN no menciona nada al respecto, la fracción X de dicho numeral pareciera ser el fundamento del cual emana dicha ley. Esta fracción dispone que el Congreso de la Unión puede legislar en toda la República en materia de hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes reglamentarias del artículo 123 del mismo ordenamiento.

Al respecto, la LFMN en efecto, regula diversas actividades relacionadas con el comercio. Por mencionar algunas, en su artículo 10, fracción I dispone que

¹ Véase Capítulo III, punto 1, la jurisprudencia firme titulada "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA".

los instrumentos de medir y los patrones que se utilicen para una transacción comercial o para determinar el precio de un servicio; deben cumplir ciertos requisitos establecidos por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (en lo sucesivo SECOFI). Así también, el artículo 40 de la LFMN enumera las finalidades de las normas oficiales mexicanas (en lo sucesivo las NOM) dentro de las cuales se encuentra la de establecer la nomenclatura, expresiones, abreviaturas, símbolos, diagramas o dibujos que deberán emplearse en el lenguaje comercial; así como la determinación de la información comercial y requisitos que deben cumplir las etiquetas, envases, embalaje y la publicidad de los productos y servicios para dar información al consumidor o usuario. Más aún, la misma LFMN, en su artículo 2, dispone que siempre que en dicha ley se haga mención a la "Secretaría", se entenderá hecha a la SECOFI.

Por tanto, es notoria la relación que guarda la LFMN con la materia comercial a que se refiere la fracción X del artículo 73 constitucional, motivo por el cual daremos por cumplido -para efectos del presente trabajo- que en apego a lo dispuesto en la citada fracción X se emitió dicha Ley, cumpliendo así el imperativo que consagra la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra disposición jurídica (artículo 133 constitucional).

No obstante, de lo anterior cabe plantearnos unas cuantas preguntas, ¿existe algún límite para que el Congreso, en ejercicio de sus facultades legislativas, establezca disposiciones legales en el sentido que mejor le parezca?, es decir, ¿el acto legislativo no tiene más límite que la materia a legislar?. En nuestra opinión, esto no es así. Al efecto, existen dispersas en la propia Constitución disposiciones que limitan el ejercicio de cualquier actividad gubernamental. Ejemplo de lo anterior, es el primer párrafo del artículo 14 de

nuestra Carta Magna, en el cual se estipula que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Así también, constitucionalmente no sería válido que se expidiese una ley que restringiera la libertad de expresión, con más limitantes que las establecidas en el propio artículo 6º constitucional.

Por otra parte, ¿por qué debemos los gobernados buscar la fundamentación de los actos legislativos, siendo obligación del propio legislador hacerlo?; ¿Es acaso es una tarea titánica?. Y aun cuando lo fuera, existe la obligación de hacerlo, en virtud de que el primer párrafo del artículo 16 constitucional no exime de su cumplimiento al Poder Legislativo. Aunado a lo anterior, ¿por qué no se expresa la motivación de dichos actos?; ¿por qué se entiendo cumplido dicho requisito en la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente², sobre todo si consideramos que ésta prácticamente nunca se publica?; ¿no será que el Congreso no posee -en algunos casos- elementos suficientes que sustenten la necesidad de la expedición de una ley o una reforma?; peor todavía, ¿por qué los tribunales se vuelven cómplices del Poder Legislativo y afirman que tratándose de actos legislativos no es necesario expresar la fundamentación y motivación de los mismos?.

Siguiendo el comentario expresado en el capítulo que precede³, a nuestro parecer los actos legislativos -entre los actos de autoridad- son los que deberían expresar de modo más claro y preciso su fundamentación y motivación, sobre todo si tomamos en cuenta que las leyes -más aún las federales- tienen gran peso

² Véase una vez más la jurisprudencia firme titulada "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA" (Capítulo III, punto 1).

³ Véase Capítulo 3, punto 1, parte final.

jurídico y repercusiones en la sociedad que las debe acatar. En este sentido, creemos que el hecho de que los tribunales hayan considerado estos requisitos innecesarios tratándose de actos legislativos, para así evitarse problemas por declarar inconstitucionales las leyes, no hace más que evidenciar la incipiente división de poderes que adolece el país.

2. Naturaleza jurídica de las normas oficiales mexicanas.

Las NOM tienen su fundamento en la LFMN. En ésta, se expresa que aquéllas tienen por objeto establecer y fijar diversas especificaciones tanto técnicas como comerciales que en términos generales se enumeran en su artículo 40. Como una innovación de la LFMN respecto a sus leyes predecesoras, ahora las diversas dependencias pueden, en su ámbito de competencia, fijar a través de una NOM los requerimientos y especificaciones que consideren necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Así por ejemplo, si la SECOFI desea establecer las especificaciones de seguridad que deben cumplir los aparatos eléctricos que se construyen o que se introducen al país, sólo necesita expedir una NOM con ese objeto, siguiendo por supuesto el procedimiento establecido en la LFMN.

Por otra parte, dentro del aspecto propiamente jurídico, es pertinente señalar que las NOM comparten características propias de una ley, es decir, poseen un carácter general, abstracto, impersonal y quizá más importante, imperativo. *Verbigratia*, el artículo 20 de la LFMN prohíbe utilizar instrumentos de medir que no cumplan con las especificaciones fijadas en las NOM. Por su parte, el artículo 52 del mismo ordenamiento dispone que todos los productos, procesos, métodos, instalaciones, servicios o actividades deberán cumplir con las NOM; mientras que el siguiente artículo hace extensiva esa obligación para los productos de importación. En seguimiento a lo anterior, el incumplimiento de dichas disposiciones se sanciona con penas pecuniarias, clausuras, arrestos, suspensiones y revocaciones de acreditamientos (artículo 112 LFMN).

Por lo que respecta a su proceso de elaboración, es particularmente interesante que en él puede participar cualquier persona física o moral, situación

que desgraciadamente no acontece en los actos legislativos comunes. Dicho proceso contempla la creación de un Comité cuyo objeto es la redacción de un proyecto, el cual se publica en el Diario Oficial de la Federación para consulta pública dentro de un plazo determinado. Concluido éste, el mismo Comité revisa los comentarios recibidos, publica nuevamente en el Diario Oficial de la Federación las respuestas a dichos comentarios y posteriormente la dependencia competente emite la NOM definitiva, fijando una fecha para su entrada en vigor (artículo 47 de la LFMN).

En síntesis, podemos afirmar que el proceso de elaboración de las NOM es por demás participativo y democrático, y que bien podría tomarse en cuenta para cualquier disposición de carácter general.

Sin embargo, regresando a nuestro estudio, encontramos que por su carácter general, abstracto e imperativo, y a su vez, derivado de una ley federal, las NOM se asemejan a los reglamentos administrativos. En este contexto, tomaremos como referencia el concepto que de reglamento administrativo el maestro Arrijoa Viscaíno nos proporciona:

“...podemos definir al reglamento administrativo como un conjunto de normas jurídicas de Derecho Público expedidas por el Presidente de la República con el único y exclusivo propósito de pormenorizar, particularizar y desarrollar en forma concreta los principios y enunciados generales contenidos en una ley emanada del Congreso de la Unión, a fin de llevar a cabo la ejecución de esta última, proveyendo en la esfera administrativo a su exacta observancia.”⁴

⁴ Adolfo Arrijoa Viscaíno. *Derecho fiscal*. Editorial Themis. 6ª edición, México, 1990, pp. 49.

A decir verdad, las NOM no se adecuan formalmente a la definición antes transcrita. Sin embargo, comparten parcialmente las características del reglamento administrativo, a saber: proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la LFMN, así como de las diversas leyes que reglamenta. No obstante, considerando su naturaleza puramente material, al coincidir sus características especialmente con las de los reglamentos, las podríamos considerar -sólo para efectos del presente punto- como tales, aunque como veremos posteriormente, no están específicamente clasificadas en ese tipo de ordenamientos. Sirva de sustento a lo anterior el siguiente criterio jurisdiccional.

REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS. FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA EXPEDIRLOS. SU NATURALEZA.

El artículo 89 fracción I, de nuestra Carta Magna, confiere al Presidente de la República tres

facultades: a) La de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión; b) La de ejecutar dichas leyes y c) La de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, o sea la facultad reglamentaria. Esta última facultad es la que determina que el Ejecutivo pueda expedir disposiciones generales y abstractas que tienen por objeto la ejecución de la ley, desarrollando y complementando en detalle las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos expedidos por el Congreso de la Unión. El reglamento es un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo; participe de los atributos de la ley aunque sólo en cuanto ambos ordenamientos son de naturaleza impersonal, general y abstracta. Dos características separan la

ley del reglamento en sentido estricto: Este último emana del Ejecutivo, a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley. Pero aun en lo que aparece común en ambos ordenamientos, que es su carácter general y abstracto, sepáranse por la finalidad que en el área del reglamento se imprime a dicha característica, ya que el reglamento determina de modo general y abstracto los medios que deberán emplearse para aplicar la ley a los casos concretos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 233/90. Electrónica Aplicada al Sureste, S. A. de C. V. 19 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo directo 169/90. Industrias Modernas de Precisión, S. A. 21 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo directo 433/88. Haddad Textil, S. A. de C. V. 24 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.⁵

En conclusión, aún cuando las NOM formalmente carecen de los atributos de un reglamento administrativo, poseen las características materiales del mismo. Por tanto, los podríamos considerar como reglamentos administrativos irregulares y, en consecuencia, propondremos las acciones que a nuestro parecer deberían realizarse para subsanar esas irregularidades.

⁵ Semanario Judicial de la Federación, 8ª época, tomo XV - Enero, tesis VI. 2º 188 A, pp. 298.

3. El control de la constitucionalidad de las normas oficiales mexicanas.

No obstante el carácter participativo y demás bondades que pudieran poseer las NOM en su elaboración, lo cierto es que resulta poco clara su existencia en el marco jurídico legal mexicano.

En efecto, una vez analizadas las fuentes formales del derecho administrativo, dentro del cual se desenvuelven las NOM (Constitución, ley, tratado internacional, reglamento, jurisprudencia, decretos y circulares), podemos llegar a la conclusión de que éstas no se encuentran en ninguno de esos rubros.

En primer lugar, no existe disposición constitucional que las mencione. Por otra parte, no son leyes, porque no las expide el Congreso de la Unión o alguno de los Congresos Locales. Aun cuando podrían establecerse como obligatorias por haber sido convenidas en tratados internacionales, lo cierto es que las que nos ocupan no se expiden mediante ese tipo de procesos.

Así tampoco son expedidas por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria, por lo que no se les puede considerar formalmente como reglamentos administrativos, aun cuando como analizamos anteriormente se les asemejan materialmente. Menos aún son jurisprudencia, debido a que no provienen de órganos jurisdiccionales, sino de unidades administrativas adscritas al Poder Ejecutivo.

No se les puede considerar como decretos, en virtud de que éstos se emiten por el Presidente de la República, apegándose a lo dispuesto en los artículos 29 y 131 constitucionales, en cuyas hipótesis no se prevé la expedición

de ordenamientos como las NOM. Finalmente, no son circulares, en razón a que éstas tienen un carácter meramente interno y nunca pueden dar origen a obligaciones, por lo menos en teoría.

Por tanto, considerando el panorama expuesto, así como las características propias de las NOM, sugerimos como una primer opción, que sin dejar su carácter democrático y participativo, se expidan por el Congreso de la Unión mediante leyes. De esta forma, las disposiciones contenidas en ellas no tendrían más limitantes que las establecidas en la propia Constitución.

Otra forma para subsanar la falta de fundamento constitucional de las NOM consistiría en que se expidiesen por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria concedida mediante la fracción I del artículo 89 constitucional. En este caso, sus disposiciones serían más restringidas en cuanto a su alcance, por la misma naturaleza del reglamento; pero se podría establecer al efecto un mecanismo de participación de los sectores similar al actual. La siguiente tesis nos ilustra al respecto:

FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES.

Es criterio unánime, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, que la facultad reglamentaria, conferida en nuestro sistema constitucional únicamente al Presidente de la República y a los gobernadores de los estados en sus respectivos ámbitos competenciales, consiste exclusivamente, dado el principio de la división de poderes que impera en nuestro país, en la expedición de disposiciones generales abstractas e impersonales que tienen como objeto la ejecución de la ley, desarrollando y completando en detalles sus normas, pero sin que, a título de su ejercicio, pueda excederse al alcance de sus mandatos o contrariar o

alterar sus disposiciones, por ser precisamente la ley su medidas y justificación. Por lo tanto, en la especie el propio Reglamento Interior de la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Estado de Puebla contempla las atribuciones de cada uno de los órganos de administración, sin rebasar ni excederse de los preceptos establecidos por la Ley Orgánica de la Administración Pública de la entidad; de ahí deriva la legitimación del director de fiscalización de la propia Secretaría de Finanzas, para girar oficios a fin de obtener información de aportación de datos por terceros, conforme a lo previsto por el artículo 13 fracción II del Reglamento en cita.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 146/88. Subprocurador Fiscal Regional del Golfo Centro por su rep. 29 de septiembre de 1988.

Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín.

Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos.⁵

Así también, los tratados internacionales serían un buen medio para darles la formalidad que les exige el sistema jurídico mexicano. A decir verdad, las NOM derivan, en parte, de las negociaciones internacionales que tienen como propósito estandarizar la normatividad técnica, y que de hecho se toman como referencia para la elaboración de las NOM.

A nuestro modo de ver, la solución más viable es la expedición como reglamento administrativo, en virtud de que las disposiciones que regulan éstos se encuentran contenidas -como hemos estudiado- en las propias leyes y que el proceso de expedición reglamentario es más sencillo y rápido que el legislativo, situación que coincide con la de elaboración de las NOM.

⁵ Semanario Judicial de la Federación, 8ª época, tomo II segunda parte-1, pp. 261.

En ese proceso, que habría de estudiarse más a fondo, se cumpliría además de la formalidad, el espíritu con el que fue creada la facultad reglamentaria: desarrollar y completar a través del titular del Poder Ejecutivo, que se concentra en un sólo individuo, las disposiciones legislativas.

Sin embargo, no debemos pasar por alto que el proceso de elaboración de las NOM trae consigo un grado de especialización técnica. Por tanto, no obstante que pugnemos por un sistema de emisión distinto al actual que eleva a las NOM a un nivel presidencial, esto no deberá significar el menoscabo de su aspecto técnico.

Finalmente, si tomamos en cuenta la experiencia con las NOM, sería benéfico que en general cualquier disposición de carácter general de la cual emanan obligaciones a los particulares, se someta por un lapso determinado a consulta pública, para así retroalimentar los procesos legislativos. Empero, lo anterior no deberá implicar limitación alguna en las facultades de las autoridades, sino únicamente la opinión de los gobernados, quienes serán los obligados a su cumplimiento en un futuro.

4. Implicaciones de las normas oficiales mexicanas.

Las NOM en la práctica se clasifican, atendiendo a su objetivo, en normas de seguridad o de producto, de servicio y de información comercial. Las primeras regulan las especificaciones técnicas que diversos productos deben cumplir con el objeto de que los usuarios de los mismos no sufran lesiones al manipularlos.

Por su parte, las NOM de servicio se establecen los lineamientos básicos mediante los cuales los prestadores de servicios deben guiarse al ofrecerlos. Finalmente, en las normas de información comercial se especifican ciertos datos que los productos deben ostentar en sus etiquetas por considerarlos útiles a los consumidores.

En una primera impresión, pudiera parecer que el cumplimiento de tales disposiciones no implican mayor trámite. Sin embargo, esto no es así, las normas de seguridad involucran una serie de trámites que suponen al fabricante o importador de los productos sujetos a NOM una cuantiosa inversión, por lo siguiente:

Las NOM de seguridad se certifican, es decir, su cumplimiento se debe acreditar mediante pruebas de laboratorios que, siendo favorables, se hacen constar en un certificado. El costo que trae consigo este trámite depende del producto a certificar y de la o las NOM que le sean aplicables.

A manera de ejemplo, obtener un reporte de pruebas contra la NOM-090-SCFI-1994, relativa a encendedores, cuesta actualmente \$16,169.00⁷. Así también, si se desea comercializar artículos electrónicos en el país, se deberá contar con el reporte de pruebas respectivo contra la NOM-001-SCFI-1993. En este caso, el costo del reporte varía de \$550.00 a \$1,100⁸. Aunado a dichos reportes, es necesario tramitar el certificado correspondiente, por el cual, de conformidad con el artículo 73-A, inciso d) del Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁹, debe pagarse la cantidad de \$893. A su vez, esta cantidad podrá variar si el certificado es emitido por un Organismo de Certificación acreditado.

Por su parte, las NOM de información comercial, aun cuando no se certifican, indirectamente requieren modificar o adherir datos a las etiquetas de los productos, lo que incrementa forzosamente los costos de producción. Esto sin contar que los productos que se hayan elaborado antes de la fecha de entrada en vigor de la NOM aplicable también requieren dar cumplimiento a la misma, violentando incluso el principio de irretroactividad de las leyes, contenido en el artículo 14 constitucional.

En síntesis, el problema de la constitucionalidad de las NOM no es un simple ejercicio jurídico planteado en la presente tesis, sino una impostergable necesidad de sujetar las disposiciones gubernamentales a los lineamientos

⁷ Dato proporcionado el 30 de enero de 1997, por "No Sabe Fallar, S. A. de C. V.", laboratorio acreditado ante el Sistema Nacional de Laboratorios de Prueba.

⁸ Dato proporcionado el 30 de enero de 1997, por "Ingeniería Salas, S. A. de C. V.", laboratorio acreditado ante el Sistema Nacional de Laboratorios de Prueba.

⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1996.

establecidos en el ordenamiento jurídico supremo, para así garantizar que en México efectivamente exista un verdadero Estado de derecho.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

PRIMERA. La Constitución es el ordenamiento jurídico supremo de todo Estado, del cual emana cualquier otra disposición jurídica.

SEGUNDA. La historia constitucional de México se ha caracterizado desde un principio, por la adopción de instituciones y formas de gobierno extrañas a su realidad, pero que han reflejado el anhelo de sus gobernantes por alcanzar un orden social, político y jurídico mejor al que históricamente ha experimentado el país.

TERCERA. Aun cuando la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no lo mencionara expresamente en su artículo 133, este es el ordenamiento jurídico base para cualquier otro ordenamiento de carácter legal. Lo anterior deriva, entre otras cosas, de un pacto social tácito, mediante el cual gobernantes y gobernados sujetan su conducta a los ordenamientos jurídicos existentes, garantizando así la convivencia humana.

CUARTA. Las teorías constitucionalistas mundiales más representativas coinciden en reconocer a la Constitución su primacía en el campo jurídico de cualquier Estado.

QUINTA. De la competencia se deriva que cualquier acto de autoridad (judicial, legislativa y ejecutiva) debe apegarse a los lineamientos que regulan su campo de acción, los cuales se encuentran establecidos en primer término en la Constitución y segundo, en los ordenamientos legales.

SEXTA. Los ordenamientos de carácter general, abstracto e imperativo deben tener su fundamento en la Constitución, es decir, su reglamentación debe estar expresamente prevista en la Carta Magna. En este sentido, sólo pueden emitir dichos ordenamientos las autoridades expresamente facultadas.

SÉPTIMA. De conformidad con el artículo 52 y demás relativos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, las Normas Oficiales Mexicanas son ordenamientos de carácter general, abstracto e imperativo.

OCTAVA. En la elaboración de las Normas Oficiales Mexicanas -a diferencia de los demás ordenamientos oficiales- existe un esquema que prevé la participación de cualquier individuo. Esta participación se puede dar tanto en la elaboración del proyecto correspondiente como en los comentarios que se le realizan al mismo, una vez publicado en el Diario Oficial de la Federación.

NOVENA. El esquema de participación a que aludo en la conclusión que antecede, debería tomarse en cuenta para la elaboración de los diversos ordenamientos de carácter general que expiden las autoridades, incluyendo las propias leyes federales.

DÉCIMA. Las Normas Oficiales Mexicanas son emitidas sin encontrar su apoyo en las disposiciones Constitucionales, lo cual las convierte en inconstitucionales.

UNDÉCIMA. En términos generales, las Normas Oficiales Mexicanas reglamentan, profundizan y desarrollan los conceptos, propósitos y objetivos contenidos en diversas leyes.

DÉCIMA SEGUNDA. Con el objeto de subsanar la inconstitucionalidad de que adolecen las Normas Oficiales Mexicanas, proponemos que se expidan por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria contenida en la fracción I del artículo 89 constitucional, sin que esto implique el menoscabo de la participación de los sectores que actualmente se encuentran inmersos en su elaboración.

DÉCIMA TERCERA. Finalmente, debemos tener en cuenta que el presente trabajo se limita al estudio jurídico-constitucional de las Normas Oficiales Mexicanas. Sin embargo, es preciso señalar que éstas son más que un ejemplo de las diversas disposiciones que emanan de las autoridades que integran el Poder Ejecutivo, quienes tienen el deber de hacer cumplir la Constitución y demás ordenamientos que de ella derivan o que tienen su fundamento en ella, mas no el de legislar, salvo en los casos en que la propia Constitución así lo prevé.

BIBLIOGRAFÍA

Miguel Acosta Romero, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 10ª edición, México, 1991.

Sabino Álvarez Gendín, *Tratado General del Derecho Administrativo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958.

Adolfo Arrijo Viscaino, *Derecho fiscal*, Editorial Themis, 6ª edición, México, 1990.

Elisor Arteaga Nava, *Derecho Constitucional Estatal*, Ed. Porrúa, México, 1988.

Roberto Baez Martínez, *Derecho Constitucional*, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª edición, México, 1979.

Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 9ª edición, México, 1994.

Jorge Carpizo McGregor, *Estudios Constitucionales*, Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 1994.

- y **Jorge Madrazo**, *Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimposición, México, 1983.

Antonio Carrillo Flores, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1981.

Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 1982.

Fernando Flores Gómez González y **Gustavo Carvajal** Moreno, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 1976.

Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 30ª edición, México, 1991.

Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 41ª edición, México, 1990.

García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Edición 1957, Madrid.

Maurice Harlou, *Principios de derecho público y constitucional*, 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, México, 1975.

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, 7ª edición, México, 1993.

- *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1972.

Fernando Lasalle, *¿Qué es una constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1957.

Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, 4ª reimpresión, Barcelona, 1986.

Juan Antonio Martínez de la Serna, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1983.

Daniel Moreno, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 11ª edición, México, 1990.

Emilio Rabasa, *La Constitución y la Dictadura*, Ed. Porrúa, 5ª edición, México 1976.

Andrés Serra Rojas, *Teoría del Estado*, Ed. Porrúa, 11ª edición, México, 1990.

- *Derecho Administrativo. Doctrina. Legislación y Jurisprudencia*, Ed. Porrúa, 13ª edición, México, 1985.

Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1982.

Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos Generales Para Una Teoría General Del Derecho*, Ed. Themis, México, 1992.

Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México 1808-1989*, Ed. Porrúa, 15ª edición, México 1989.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21ª edición, Madrid, 1992, pp. 1025.

Diccionario Jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, Madrid 1993, pp. 686.

Textos legales consultados:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

Ley Federal sobre Protección al Consumidor.

Ley Federal de Derechos.

Reglamento Interior de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

NOM-090-SCFI-1994, Encendedores portátiles, desechables y recargables - especificaciones de seguridad.

NOM-001-SCFI-1993, Aparatos electrónicos - aparatos electrónicos de uso domésticos alimentados por diferentes fuentes de energía eléctrica - requisitos de seguridad y métodos de prueba para la aprobación del tipo.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

NOM-090-SCFI-1994, Encendedores portátiles, desechables y recargables - especificaciones de seguridad.

NOM-001-SCFI-1993, Aparatos electrónicos - aparatos electrónicos de uso domésticos alimentados por diferentes fuentes de energía eléctrica - requisitos de seguridad y métodos de prueba para la aprobación del tipo.