

El concepto de constitución material y la jerarquización normativa

*Juan Manuel Terán y Contreras**

En este artículo se aplica el concepto de constitución material a disposiciones de nuestra constitución formal y se desarrolla la visión de la jerarquía material de las normas del sistema jurídico en general, concluyendo que esa visión material de la jerarquización normativa permite identificar con acuciosidad los diversos niveles jerárquicos en los que puede funcionar un mismo instrumento o precepto jurídico.

This paper applies the material constitution concept on resolutions of our formal Constitution and develops the vision of material hierarchy of rules of the legal system, concluding that this material vision of rules ranking lets identify the hierarchical levels in which can work out the same instrument or legal precept.

SUMARIO: I. La constitución material / II. Nuestra Constitución formal y material / III. Supremacía y reforma constitucional / IV. Jerarquización normativa / V. Constitución material *lato sensu* / VI. Jerarquía material en el sistema jurídico / VII. Conclusiones / Bibliografía

* Maestro en Derecho. Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

I. La Constitución material

La jerarquía normativa es un concepto esencial del Derecho moderno.¹ En particular en las democracias modernas es esencial la idea de que en la jerarquía normativa de la organización social, la Constitución nacional² es el cuerpo normativo de mayor jerarquía y, por lo mismo, la idea de que todas las leyes y actos quedan subordinados a la Constitución.³ Sin embargo, el sentido exacto de la supremacía constitucional en la estructura del sistema jurídico no es algo tan evidente. La supremacía constitucional significa que la Constitución es el cuerpo normativo de mayor jerarquía, pero ¿cómo se establece e identifica la jerarquía de los cuerpos normativos y, más concretamente, de las normas dentro del sistema jurídico? Porque, además, en el Derecho moderno, bajo la Constitución, hay varios grados de jerarquía normativa; por lo menos tres niveles jerárquicos bajo la Constitución: leyes, reglamentos y normas individualizadas (sentencias, actos administrativos, contratos, testamentos, etcétera).

Para aclarar la jerarquía normativa, en su *Teoría general del derecho y el Estado*, Hans Kelsen alude a la distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material.⁴ La distinción y, en particular el concepto de Constitución *material*, tiene su sustento en el paradigma kelseniano de que el Derecho rige su propia creación integrando un sistema de normas que regulan la formación de otras normas y así sucesivamente, hasta los últimos actos de ejecución que conforme a la teoría pura del Derecho ya no dan origen a ninguna norma;⁵ de esa manera se distingue la jerarquía de cada norma del sistema: una norma será de mayor jerarquía que otra, si regula o contribuye a regular la creación de esta última y viceversa, una norma será de inferior jerarquía que otra, si esta última regula o contribuye a regular su creación. Es tan relevante y tan evidente esta precisión sobre el funcionamien-

¹ El Derecho moderno admite diversas percepciones valorativas, incluyendo la crítica de sus tendencias predominantes; V. Óscar Correas. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. (esbozo), México, 1ª ed., Fontamara, 2006, pp. 285. Aquí sólo se trata de clarificar el mapa estructural del Derecho moderno. Para casos atípicos en los que también opera la jerarquía normativa, V. Consuelo Sirvent Gutiérrez. *Sistemas jurídicos atípicos México*, Porrúa, 2011, pp. xii/281. Para un estudio histórico de la idea de “Constitución” como “ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas” desde la antigua Grecia, V. Maurizio Fioravanti, *Constitución. de la Antigüedad a nuestro días*, (trad.), Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 170.

² Son pocos los países que carecen de Constitución formal, entre ellos, notablemente Gran Bretaña cuya Constitución se considera de carácter consuetudinario, Nueva Zelanda y algunos países árabes. V. Carlos Pérez Vaquero. “Anécdotas y curiosidades jurídicas/iustopía”, Países sin Constitución, jueves 25 de noviembre de 2010, <http://archivodeinalbis.blogspot.mx/2010/11/paises-sin-constitucion.html>.

³ Se excluye aquí el caso *sui generis* de la Unión Europea como, “organización internacional de inspiración federal”, en la que para algunos efectos las Constituciones de los Estados miembros pudieran quedar subordinadas al Derecho comunitario, V. v gr. Consuelo Sirvent Gutiérrez. *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 14ª-ed., México, Porrúa, 2011, pp. 299 y 316 y ss.(xx/336 pp.).

⁴ Hans, Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., (trad.), Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, pp. 146-8.

⁵ Hans Kelsen *Teoría pura del derecho*. (trad.), de Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011, pp. 257-270.

to del sistema jurídico que gran parte del ejercicio profesional de la abogacía está dedicado precisamente a argumentar que ciertas normas, v. gr. sentencias o actos administrativos, no corresponden a las leyes, v. gr. códigos procesales y sustantivos, que regulan su creación. Más aún, los tribunales constitucionales precisamente han de resolver cuando alguna norma general contenida en una ley, reglamento o tratado internacional es contraria a la Constitución, o sea, a las normas de mayor jerarquía que regulan su creación.⁶

El concepto de Constitución *material*, sirve así para depurar la idea de Constitución no en el sentido formal pero sí en el esquema de la jerarquía normativa, a fin de incluir en dicho concepto *únicamente* las normas que regulan la creación del siguiente escalón normativo del sistema, o sea las normas que regulan la creación de leyes. En rigor, depurada así la idea de Constitución, podrá haber poco o mucho en la Constitución formal que no llena ese requisito; a saber, disposiciones o normas contenidas en la Constitución formal pero que no se refieren a la creación de leyes. De manera más intrigante, habrá otras normas u otros cuerpos normativos *ubicados fuera de la Constitución formal* que regulan algún aspecto de la creación de leyes y, en esa medida, serían parte de la Constitución *en sentido material*.

La Constitución formal, por su parte, es el cuerpo o conjunto normativo denominado generalmente “Constitución” y cuyo texto requiere un procedimiento legislativo especial, tanto para ser establecido como para ser modificado mediante reformas, adiciones o supresiones. En nuestro caso, el procedimiento de convocatoria al Congreso Constituyente de 1917 y la discusión, aprobación, sanción, promulgación, sanción e inicio de vigencia del texto original de nuestra Constitución política fue el procedimiento para establecer el texto original de nuestra Constitución formal, ahora modificado por las centenas de reformas posteriores de dicho texto conforme al procedimiento especial previsto por el artículo 135 constitucional.⁷

Ahora bien, la regulación de la creación de una norma por otra u otras de mayor jerarquía se puede referir a uno o más de los siguientes aspectos: 1) al *órgano u órganos* que están facultados o capacitados legalmente para crearla, 2) al *procedimiento* que habrá de observarse para su creación, o 3) al *contenido* posible de la norma a crear. Con tal de que una norma toque alguno de dichos aspectos relativos a la creación de otra, con ello será suficiente para que se le considere de mayor jerarquía que la norma cuya creación regula en uno o más de dichos aspectos. Así, aclara Kelsen, es común que la Constitución *material* disponga qué órgano está facultado para crear leyes, así como el procedimiento legislativo, pero en cuanto al contenido de las leyes lo más común es que sólo hasta cierto grado la Constitución

⁶ V. gr., “Ley Orgánica” 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, España, artículo 2, Uno, inciso a), <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1979.tl.html>.

⁷ Hasta 1997, 2 mil 300 párrafos reformados: reformas, adiciones, remplazos, desplazamientos. V. Gardi A. Bolívar Espinoza. *Un instrument d'analyse des réformes de l'État: les politiques institutionnelles de contrôle: L'Exemple mexicain (1982-1997)*. París: Éditions universitaires européennes. Si la versión original de nuestra Constitución formal tenía mil párrafos, la actual tiene cuatro mil gracias a 200 decretos de reforma aproximadamente, 2010.

material regule su contenido, de manera negativa, prohibiendo ciertos contenidos o de manera positiva, prescribiendo ciertos contenidos.⁸ Ejemplo de lo primero sería la prohibición de la pena de muerte que contiene el artículo 22 constitucional; ejemplo de lo segundo serían las garantías y lineamientos del proceso penal que contiene el artículo 20 de la Constitución.

II. Nuestra Constitución formal y material

De esa manera, si revisamos nuestra Constitución formal integrada por 136 artículos, podemos identificar que sin duda los artículos 71 y 72 son también parte de la Constitución *material* puesto que regulan tanto la iniciativa como la discusión y aprobación de las leyes, o sea, buena parte del procedimiento legislativo. Pero ya el artículo 73, por ejemplo, sólo parcialmente sería parte de la Constitución *material*; sin lugar a duda lo serían, por ejemplo sus fracciones VII, X, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII XX, XXI, XXIII y XXIV, ya que todas se refieren a posibles contenidos de leyes, pero no lo serían, por ejemplo, las fracciones XII (facultad del Congreso de la Unión de declarar la guerra) y XXVII (facultad de aceptar la renuncia del Presidente de la República). Los preceptos que garantizan libertades, como el 5° y 6°, por ejemplo, también serían parte de la Constitución *material*, puesto que ponen límites al contenido posible de las leyes. Como se indicó, los preceptos que esta-

De esa manera, si revisamos nuestra Constitución formal integrada por 136 artículos, podemos identificar que sin duda los artículos 71 y 72 son también parte de la Constitución material puesto que regulan tanto la iniciativa como la discusión y aprobación de las leyes, o sea, buena parte del procedimiento legislativo.

blecen directivas que las leyes relativas han de respetar, como por ejemplo, diversas disposiciones sobre el Poder Judicial, tales como su integración y competencia, también forman parte de la Constitución *material* puesto que regulan partes importantes del contenido de las leyes relativas. Por el contrario, no quedaría incluida en la Constitución *material*, por ejemplo, la facultad reglamentaria del Ejecutivo a que se refiere el artículo 89, fracción I, puesto que regula la creación de normas de un escalón jerárquico, inferior a las leyes⁹ aunque sí quedaría incluida la facultad de promulgación de las leyes, prevista también en la misma fracción, puesto

⁸ Hans, Kelsen, *Teoría...*, op. cit., p. 148.

⁹ FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES (J.P. 79/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXX, agosto de 2009, p. 1067.

que se refiere a la fase de promulgación en la creación de las leyes o normas del siguiente escalón jerárquico a la Constitución *material*. Tampoco el artículo 87 que regula la protesta solemne al cargo de Presidente, sería parte de la Constitución *material*, a menos que se le quiera entender como un precepto que excluye cualquier otra forma de protesta al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en caso de que se expidiese una ley al respecto.

Los artículos constitucionales 42 a 48, referidos al territorio y a la integración de la Federación, también serían parte de la Constitución *material*, en cuanto delimitan un aspecto normativo esencial de las leyes federales y locales, a saber, el ámbito territorial de aplicación de las mismas, aunque no su ámbito espacial en sentido más amplio.¹⁰ Dicho ámbito territorial, sin duda, es parte esencial, expresa o tácita de las normas contenidas en las leyes.

III. Supremacía y reforma constitucional

Los artículos constitucionales 133, que establece la supremacía constitucional, y el 135, que regula las reformas constitucionales merecen especial atención, a la luz de los conceptos contrastantes de Constitución formal y Constitución *material*.

Veamos en primer término el artículo 135, que dispone el procedimiento de modificación del texto constitucional. De hecho, este precepto es el que delimita la idea de Constitución formal, puesto que, como se indicó arriba será el procedimiento ahí previsto el que habrá que seguirse para adicionar, suprimir o modificar el texto del cuerpo de preceptos que designamos como Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Conforme al artículo 135 constitucional el procedimiento ahí previsto, más complejo que el procedimiento legislativo ordinario ya que exige votación calificada en el Congreso y la aprobación mayoritaria de las legislaturas estatales, es el que regula buena parte del procedimiento a seguir para la creación de normas que se incorporan al cuerpo formal de preceptos con la designación anotada de Constitución “formal”, y no tiene que tratarse siempre de la incorporación de normas o preceptos que regulen la creación de leyes en algún aspecto de dicha creación por leve que sea. Si se sigue ese procedimiento legislativo especial será para agregar, suprimir o modificar algo dentro del texto de ese conjunto normativo formal identificado como Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, refiérase o no a algún aspecto de la creación de leyes.

Ahora bien, habida cuenta de que el procedimiento previsto por el artículo 135 regula la creación de preceptos que se incorporan al referido cuerpo normativo, toscamente podemos considerarlo jerárquicamente superior al resto de la Constitución

¹⁰ V. Andrés, Serra Rojas. *Teoría del Estado*. 18ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 271-292. Ignacio, Burgoa O., *Derecho constitucional mexicano*, 20ª ed., México, Porrúa, pp. 899-902. (1094 pp.), y Hans Kelsen. *Teoría general del estado*. México, Ediciones Coyoacán, 2008, pp. 180-194 (xx/544).

formal, puesto que regula la creación de normas que son parte de la Constitución formal. Sin embargo, el criterio de jerarquización normativa, sólo toscamente puede aplicarse desde una perspectiva formal. Menos toscamente, sin embargo, ya teniendo presente la diferencia conceptual entre Constitución formal y Constitución *material* tendríamos que considerar que la jerarquía del artículo 135 tiene dos ángulos: a la luz de la idea de Constitución *material*, tendría una jerarquía superior a ésta, o sea a la Constitución *material*, sólo en la medida en que provee el procedimiento para crear normas que regulen la creación de leyes, que son las únicas que integran la Constitución *material*; por otra parte, en cuanto provee el procedimiento para crear normas que siempre formarán parte de la Constitución formal (puesto que el artículo 135 siempre toca la Constitución formal) el precepto siempre tendría una jerarquía formal superior al resto de la Constitución formal. Por ejemplo, la reforma constitucional que canceló el llamado veto “de bolsillo” al reformar la fracción B) del artículo 72 constitucional,¹¹ además de modificar un precepto de la Constitución formal, modificó una norma de la Constitución *material* puesto que dicha fracción se refiere a la creación de leyes. Mientras que el procedimiento del artículo 135, utilizado para crear normas que sólo formarán parte de la Constitución formal, pero no de la Constitución *material* por no referirse a ningún aspecto de la creación de leyes, implica que dicho precepto tendría una naturaleza normativa distinta en la jerarquía normativa, debido a que no estaría jerárquicamente por encima de la Constitución *material* aunque sí formaría parte de la Constitución formal.

La revelación analítica sobre el doble papel posible del artículo 135 constitucional prefigura una distinción jerárquica en el sistema normativo, entre jerarquía formal y jerarquía *material*, que no se circunscribe a la Constitución sino que es aplicable a cualquier instrumento normativo. Por ejemplo, el fallo o fallos jurisdiccionales que integran jurisprudencia, sea por reiteración o por dilucidación de contradicción; son fallos que tienen un nivel jerárquico formal y material bastante bajo en la escala jerárquica, en cuanto *normas individualizadas* que resuelven las respectivas controversias, mientras que, materialmente, *en cuanto creadores de jurisprudencia*, tienen otro nivel jerárquico más elevado, como normas generales o parte de las normas generales que interpretan o integran al generar jurisprudencia; nivel que también lleva implicaciones formales de otra jerarquía distinta a la de la norma individualizada, digamos, común y corriente; v. gr. en cuanto a su publicación y denominación.

El artículo 133 constitucional, por otra parte, no pretende regular la creación de leyes en algún aspecto orgánico, procedimental o de contenido, pero sí establece la jerarquía que corresponde a diversos instrumentos normativos: la Constitución, las leyes emanadas de la Constitución y los tratados internacionales. De entrada no corresponde al concepto de Constitución *material* porque no está regulando algún

¹¹ Artículo segundo, Decreto por el que se reforman los artículos 71, 72 y 78 de la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de agosto de 2011, pág. 2. A partir de esta reciente reforma, en vigor a partir del 18 de agosto de 2011 la Constitución formal ya incluye la referencia a la publicación de las leyes en el *DOF*, respecto de lo cual antes la Constitución formal guardaba silencio.

aspecto de la creación de leyes¹² sino que precisa la jerarquía formal que corresponde a ciertos instrumentos normativos además de la Constitución formal. En cuanto a las “leyes” para las que el artículo 133 dispone la jerarquía elevada se amerita cierta aclaración. Las “leyes” de máxima jerarquía a que se refiere son las que reglamentan la Constitución, no las leyes federales ordinarias; digamos que son las leyes *nacionales*, también denominadas leyes *constitucionales* o leyes *generales*. El punto queda claro si pensamos que el artículo 133 no puede referirse a una supremacía de las leyes federales sobre las locales, puesto que en tal caso se daría al traste con el sistema federal en el que cada ámbito, el federal y el local, ha de respetar al otro como lo imponen los artículos 124 y 103 constitucionales en sus fracciones II y III. Y si al mismo tiempo pensamos que en la estructura de una federación existe también un ámbito nacional, más allá de los ámbitos local y federal, que corresponde al conjunto del sistema y le da unidad normativa. La Constitución corresponde a ese ámbito nacional y, también, tenemos leyes, como claramente lo es la Ley de Amparo, que rigen nacionalmente y corresponden a esa jerarquía superior a que alude el artículo 133 constitucional. La diferencia entre leyes nacionales, constitucionales o generales, de mayor jerarquía, y las leyes federales, de menor jerarquía a las primeras y de igual jerarquía a las leyes locales de las entidades federativas, con frecuencia no se reconoce a pesar de la evidencia normativa.¹³

Ahora bien, si extendemos el concepto de Constitución material más allá de “las normas que regulan la creación de leyes en algún aspecto”, para incluir en el concepto de Constitución material las *precisiones de jerarquía normativa* de ciertas leyes de rango nacional, constitucional o general que prescribe el artículo 133, en la medida en que precisa la jerarquía de tales leyes, sólo subordinadas a la Constitución, podría considerarse que dicho precepto es parte de la Constitución *material* puesto que ubica en la estructura del sistema jurídico el rango que corresponde a la creación de tales leyes, o sea un segundo escalón justo debajo de la Constitución. Pero la referencia que contiene a la jerarquía suprema de la Constitución ya no podría ser parte de la Constitución *material* puesto que regularía el rango de las normas de dicha Constitución; en esa parte sería una norma supraordinada a la Constitución *material* al igual que el artículo 135 constitucional cuando éste se aplica para modificar la Constitución *material*.

Por lo que hace a los tratados internacionales, también extendiendo el concepto de Constitución material a las precisiones de jerarquía que contiene el artículo 133, podría considerarse al precepto como parte de la Constitución *material* al ubicar dichos tratados en un segundo escalón al igual que las leyes nacionales, subordinados a la Constitución.

¹² Aunque si la jerarquización que establece para ciertas leyes se considera parte de la regulación de su creación entonces, en esa medida, sería parte de la Constitución material.

¹³ V. v gr: Ignacio, Burgoa O. *Derecho Constitucional Mexicano*. 20ª edición, México, Porrúa, 2010, pp. 461 y ss y J. Pleno 108/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre del 2005, p. 5. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LOS ARTÍCULOS 73, PÁRRAFO SEGUNDO, 86 Y 87 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

IV. Jerarquización normativa

En la distinción entre Constitución formal y Constitución *material* se revela como la jerarquización normativa en el sistema jurídico sólo puede establecerse objetivamente a partir del criterio funcional de cuáles normas regulan la creación de cuáles otras. Es el criterio que en efecto permite develar esa jerarquización más allá de la apariencia formal que puede implicar la vestimenta y denominación de un instrumento o cuerpo normativo. Tal develar tras la forma en que se presentan los instrumentos normativos permite entender cuál es la jerarquía que en el sistema corresponde a distintas normas o disposiciones, por más que todas pueden estar incluidas en un mismo instrumento o cuerpo jurídico con un aparente nivel jerárquico. En el caso del cuerpo normativo jurídico designado Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya vimos como la unidad formal de dicho instrumento encierra disposiciones de diversa jerarquía conforme al criterio de regulación de la creación de normas. Tal como el artículo 135 conforme al cual se han de crear normas del propio

En el caso del cuerpo normativo jurídico designado Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya vimos como la unidad formal de dicho instrumento encierra disposiciones de diversa jerarquía conforme al criterio de regulación de la creación de normas.

instrumento que son parte de la Constitución *material*, por lo cual le corresponde en esa función una jerarquía superior a la propia Constitución *material* cuyo contenido es creado conforme a dicho precepto. Y, por otra parte, el unitario instrumento formal constitucional, contiene normas de jerarquía inferior a la Constitución *material*, como las relativas a la facultad reglamentaria, o sea a la creación de normas reglamentarias subordinadas a las leyes, digamos un tercer escalón jerárquico, o la norma relativa al acto individualizado de la protesta a la asunción del cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 87.

El desdoblamiento jerárquico según la función regulatoria de creación normativa correspondiente, dentro de un mismo cuerpo o instrumento normativo, también se puede observar en las leyes, no sólo en la Constitución formal. Por ejemplo, la Ley Federal del Trabajo contiene disposiciones reglamentarias de garantías sociales establecidas en la Constitución,¹⁴ las cuáles corresponden al elevado nivel de las leyes nacionales, constitucionales o generales conforme al artículo 133 constitucional y, al mismo tiempo, contiene normas federales ordinarias acerca de las Juntas Federales

¹⁴ Ley Federal del Trabajo, Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1º de abril de 1970, texto vigente, última reforma publicada en el *DOF*, 09-04-2012, Art. 5º y ss. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>.

de Conciliación y Arbitraje,¹⁵ que son normas federales correspondientes a un nivel jerárquico inferior a las leyes nacionales.

Regresando a la Constitución *material*, que regula la creación de leyes o segundo escalón jerárquico, también existen disposiciones fuera de la Constitución formal que, sin embargo, son parte de la Constitución *material*. Dijimos que el artículo 72 constitucional, en cuanto regula la discusión y aprobación de las leyes, es parte de la Constitución *material*. No obstante, ese precepto no agota dicho tema porque de manera muy importante también la Ley Orgánica del Congreso y el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso regulan fases de la discusión y aprobación de las leyes; en esa medida también esos instrumentos son parte de la Constitución *material*. Hasta la reforma que suprimió el llamado “veto de bolsillo”, la Constitución formal no preveía que la publicación de las leyes debía ser necesariamente en el *Diario Oficial de la Federación*, no obstante así ser requerido y no obstante que la publicación idónea es una fase necesaria del procedimiento legislativo, de la creación de leyes. El requisito se encontraba previsto en el Código Civil Federal, en el artículo 3º.¹⁶ No había laguna al respecto, sino que debía entenderse que ese precepto formaba parte de la Constitución *material* al regular la fase de publicación del procedimiento legislativo nacional o federal o, alternativamente, que existía una norma consuetudinaria de la Constitución *material* que establecía la necesidad de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* como parte de dicho procedimiento de creación normativa. La regulación del *inicio de vigencia de las leyes*, como fase final del procedimiento legislativo sigue estando prevista por los artículos 3º y 4º del Código Civil Federal, por lo que éstos preceptos han de tenerse por incluidos en la Constitución *material* o, alternativamente, habrá que considerar que hay una norma consuetudinaria que regula el inicio de vigencia de las leyes, por lo menos en el sentido de que tal inicio no puede ser anterior a la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*; norma consuetudinaria obviamente incluida en la Constitución *material*.¹⁷

Otro rendimiento de la distinción entre lo formal de los instrumentos y lo *material* de la regulación de la creación normativa para jerarquizar las normas del sistema jurídico, radica en que permite ubicar las diversas funciones de regulación de la creación de normas de diversa jerarquía que puede implicar un mismo precepto o disposición jurídica. Por ejemplo, el artículo 71 constitucional, en alguna de sus fracciones, puede fundamentar una iniciativa de reforma constitucional para afectar la Constitución *material*, como cuando se reformó el inciso B) del artículo 72 cons-

¹⁵ *Op. cit.*, Arts. 621 y ss.

¹⁶ Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 texto vigente, Última reforma publicada en el *DOF*, 9 de abril del 2012.

¹⁷ En tesis aislada, al resolver el Amparo en Revisión No. 241/2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el legislador ordinario puede regular libremente el momento de inicio de la vigencia de las leyes ante la ausencia de regla alguna al respecto en la Constitución; sin embargo hace alusión a la publicación de las leyes en el periódico oficial no obstante que en la época tampoco había regla en la Constitución referida a una publicación oficial (Tesis, Pleno; *Ap. Act.* 2002; *I. Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C.* Novena Época Época, p. 354).

titucional para eliminar el veto de bolsillo. En tal situación, de hecho tanto la aplicación de la fracción relativa del artículo 71, como del 72 al discutirse y aprobarse la iniciativa, funcionarían a la limón con el artículo 135 para crear una norma de la Constitución *material*, por lo que habrán de tenerse como normas supraordinadas a la Constitución *material* misma, ya que regulan la creación de normas que forman parte de esta última. Pero las mismas fracciones de los artículos 71 y 72 también pueden fundamentar una iniciativa, discusión y aprobación de normas legislativas ordinarias, en cuyo caso habrán de considerarse simplemente como normas de la Constitución *material* que regulan la creación de leyes, o sea la creación de normas del segundo escalón.

Claro que, como se apuntó arriba, el artículo 133 constitucional revela que hay dos escalones jerárquicos en la legislación: el de las leyes nacionales, constitucionales o generales sólo subordinadas a la Constitución y, por otra parte, el de las leyes federales cuya jerarquía es inferior a las leyes nacionales o constitucionales e igual a la de las leyes de los estados. Lo que sucede es que los mismos preceptos de la Constitución formal son utilizados para fundamentar la creación, tanto de normas constitucionales como de normas nacionales y federales. Luego entonces, se trata de preceptos, por lo menos los artículos 71 y 72 constitucionales, que contienen normas de tres jerarquías diferentes, según fundamenten la creación de normas de la Constitución *material*, de la legislación nacional o de la legislación federal. Formalmente son los mismos preceptos; materialmente son normas de diversa jerarquía según la función regulatoria de creación normativa que estén desempeñando. Se distingue así la apariencia formal de identidad de los preceptos, de su nivel normativo en la jerarquía del sistema jurídico. La misma distinción es aplicable a los preceptos de la Ley Orgánica del Congreso, del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso y del Código Civil Federal, en cuanto regulan fases del procedimiento legislativo, según se refiera éste a la creación de normas de la Constitución *material*, de la legislación nacional o de la legislación federal ordinaria.

V. Constitución material *lato sensu*

Es de particular importancia reparar el hecho de que existen aspectos de la creación de leyes no regulados por preceptos de la Constitución formal, pero que forman parte de la Constitución *material* al regular algo relativo a la creación de leyes, tal cual sucede con la Ley Orgánica del Congreso, el Reglamento de Debates del mismo y el Código Civil Federal en sus artículos 3º y 4º. Si no se quiere utilizar la expresión “Constitución *material*” para incluir ahí normas que no son también parte de la Constitución formal, se podría aludir a la Constitución *material* en sentido amplio, *lato sensu*. De cualquier manera se tiene que aceptar que la jerarquía de estos instrumentos normativos y preceptos, que regulan aspectos de la creación de leyes, es superior a las leyes ordinarias; tienen, en el peor de los casos, una jerarquía paralela a la Constitución formal, aunque es más claro entenderlos a la luz del

concepto de Constitución *material* como normas que forman parte de la misma al regular la creación de leyes. El mapa del sistema normativo jurídico que así emerge es mucho más claro y se finca en un criterio más preciso que la apariencia formal de los instrumentos en que se contienen los textos normativos, a saber: la regulación de la creación de las normas que integran el sistema jurídico organizado en diversos niveles jerárquicos.

La visión de la jerarquía material de las normas jurídicas en función del criterio de regulación de su creación también permite una explicación más clara de situaciones como la necesaria publicación de las leyes, precisamente, en el *Diario Oficial de la Federación* ante la ausencia de disposición en la Constitución formal que la prescribiera hasta antes de la reciente reforma del inciso B) de su artículo 72. La previsión en el artículo 3º del Código Civil Federal sólo puede tenerse por vinculatoria para cualquier materia legislativa si se entiende que el precepto tiene un carácter materialmente constitucional, como lo ha determinado la costumbre reiterada de publicar las Leyes en el referido órgano oficial. De hecho, varios de los primeros 21 artículos de dicho Código, por la vía de la costumbre, han adquirido rango materialmente constitucional ya que se aplican, en general, a todas las materias y no sólo a la rama civil. Es el caso, por ejemplo, del artículo 9º de dicho Código, que establece la derogación de leyes, o sea, las disposiciones para dar término a la vigencia de normas generales; también es el caso, por mencionar otro ejemplo, del artículo 10 del mismo Código, que se aplica en todas las ramas del Derecho, no sólo en la materia civil, para proscribir la costumbre contraria a la ley.

Otra visión que deriva de esa visión de la jerarquía material de la normatividad jurídica es la que permite establecer que en efecto tenemos normas materialmente constitucionales generadas de manera consuetudinaria. No sólo los primeros 21 preceptos ya referidos del Código Civil Federal cuyo rango de nivel materialmente constitucional se genera de manera consuetudinaria. Tal es el caso de la norma consuetudinaria que obliga a publicar las leyes en español sin que exista disposición escrita que así lo requiera; otra norma de la Constitución *material* sin lugar a dudas.

VI. Jerarquía material en el sistema jurídico

Esa visión, que podríamos denominar de “jerarquía material” en el sistema jurídico, obliga a discriminar, mediante un análisis acucioso de las funciones de las normas, ya sea como reguladoras de la creación de otras normas o como resultado creativo de la aplicación de normas de mayor nivel, para determinar el escalón jerárquico que corresponde a diversos artículos, preceptos, cláusulas, puntos de acuerdo, fracciones, incisos, subincisos, y demás denominaciones clasificatorias de prescripciones jurídicas. Dicho análisis es indispensable para revelar inclusive cuando un mismo punto prescriptivo o instrumento normativo contiene normas de diversa jerarquía, como vimos es el evidente caso de los artículos 71 y 72 constitucionales, de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión y del Reglamento de Debates del mismo.

Si se aplica esta visión al artículo 14 constitucional, por ejemplo, observamos que cada párrafo implica diferentes normas ubicadas materialmente en distinto nivel jerárquico.

El primer párrafo dispone: “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. El sentido del precepto es en principio bastante claro aunque su hermenéutica ya devela complicaciones profundas al distinguirse los efectos normativos de tracto sucesivo, afectables a futuro, de los derechos adquiridos protegidos e inafectables a futuro. Cualquiera que sea el sentido en que se aplique a situaciones específicas, nos interesa determinar a qué leyes se refiere para establecer la jerarquía material de las normas que contiene. La Suprema Corte de Justicia ha determinado que en el precepto la “ley” incluye todo tipo de norma general, por lo que regula no sólo la creación de leyes en sentido formal sino también la de reglamentos y tratados internacionales. De tal manera, el precepto contiene normas de al menos tres niveles jerárquicos puesto que regula la creación de leyes nacionales o constitucionales precluyendo su aplicación retroactiva, regulando así límites al ámbito temporal de validez de dichas leyes y, en los mismos términos, regula la creación de leyes federales y locales, así como la celebración de tratados internacionales. Pero, igualmente, en la medida en que una sentencia, un acto administrativo o un contrato, como normas individualizadas, pudieran incurrir en aplicación retroactiva de una norma general, el mismo artículo 14 lo prohíbe, por lo que también contiene una norma de nivel legislativo que regula la creación de dichas normas individualizadas; o sea que ese primer párrafo del artículo incluye normas de cuatro niveles jerárquicos que regulan la creación de leyes nacionales y tratados internacionales; la creación de leyes federales o locales; de reglamentos, y de sentencias o actos administrativos. Por otra parte, si algún precepto de la Constitución mediante reforma previese su aplicación retroactiva, se podría plantear la cuestión sobre su validez frente al primer párrafo del artículo 14; en caso de que la resolución jurisdiccional respectiva resolviera que dicho párrafo fuese impedimento para la aplicación retroactiva de la reforma constitucional, el precepto contendría además una norma de un quinto nivel de mayor jerarquía.

El segundo párrafo del artículo 14 constitucional prescribe que “nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Las garantías de debido proceso para la privación de derechos que contiene el párrafo aparentemente, *prima facie*, regulan la creación de normas individualizadas que afecten derechos de particulares; sin embargo, también implican la preclusión de leyes y reglamentos que pretendan afectar esos derechos sin el debido proceso legal y, en esta última medida, el párrafo quedaría incluido en la Constitución *material*. De nuevo, es un precepto que contiene normas de diversos niveles jerárquicos al regular la creación de las leyes de los dos posibles niveles —nacionales y federales o locales— así como la creación de reglamentos y normas individualizadas como los actos administrativos privativos de derechos.

El párrafo tercero del artículo 14 dispone que “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”; es el principio de *nulla pena sine lege, nullum crimen sine lege*. Principio que nuestro más alto Tribunal ha determinado que también es aplicable a las infracciones y sanciones de carácter administrativo.¹⁸ Aún antes de esta interpretación jurisdiccional, el precepto regularía tanto la creación de leyes penales, impidiendo sanciones y delitos que no queden bien precisados en ley formal y material como sentencias penales o actos administrativos sancionadores que apliquen las leyes punitivas castigando conductas de manera analógica o por mayoría de razón. De nuevo, regula la creación de normas de tres niveles jerárquicos: la creación de leyes nacionales, la de leyes federales o locales y la de sentencias. La interpretación jurisdiccional extensiva del precepto a las infracciones y sanciones administrativas significa que, además, el precepto incluye normas de un nivel jerárquico intermedio adicional: el de la creación de normas reglamentarias.

El cuarto y último párrafo del artículo 14 constitucional prescribe que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Se entiende que este párrafo es aplicable a cualquier materia que no sea penal o de infracciones y sanciones administrativas. Al igual que el segundo párrafo del mismo artículo, aparentemente sólo regula la creación de sentencias en cuanto normas individualizadas, por lo que no formaría parte de la Constitución

La interpretación jurisdiccional extensiva del precepto a las infracciones y sanciones administrativas significa que, además, el precepto incluye normas de un nivel jerárquico intermedio adicional: el de la creación de normas reglamentarias.

material; sin embargo, el precepto también excluye leyes o reglamentos, no penales ni de sanción administrativa, que impidan la interpretación de sus disposiciones¹⁹ o la integración de sus lagunas mediante principios generales del derecho. De tal manera que dicho párrafo contiene también normas de la Constitución *material* que

¹⁸ TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Jurisprudencia, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad, 4/2006.; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto del 2006, p. 1667.

¹⁹ Por ejemplo, no obstante el artículo 5º del Código Fiscal de la Federación que prescribe la aplicación estricta de las disposiciones fiscales que crean cargas o excepciones a las mismas, el Poder Judicial Federal ha sostenido que la interpretación de las leyes fiscales admite los diversos métodos de interpretación (Tesis 2ª/J. 26/ 2006: Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 270; INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS FISCALES QUE ESTABLECEN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS TRIBUTOS. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LEGALIDAD TRIBUTARIA Y SEGURIDAD JURÍDICA.

regulan la creación de leyes en sus tres posibles niveles jerárquicos, además de regular la creación de reglamentos y la creación de resoluciones individualizadas.

Ahora bien, vistas las normas como estructura jerárquica en la que unas regulan la creación de otras, surge una distinción entre las normas como prescripciones de conducta y las normas como facultamientos condicionados de creación normativa. El Derecho, esencialmente, funciona de manera directa como prescripciones de facultamiento a diversos órganos de autoridad, o de capacitación a personas, facultamiento o capacitación condicionados para la creación de normas y, sólo indirectamente, se traduce en prescripciones de conducta. Los Códigos penales, por ejemplo, condicionan las facultades de los jueces penales para crear sentencias penales limitando los delitos y las penas que permiten dicha creación de sentencias; indirectamente prescriben la conducta penalmente lícita o permitida en general, conforme al principio de que lo que no está prohibido está permitido. A su vez, las facultades de creación de los códigos penales están condicionadas por la Constitución *material*. También la jerarquización normativa conforme a la regulación escalonada de la creación de las normas del sistema jurídico permite clarificar esa distinción entre normas de facultamiento o capacitación para crear otras normas y normas prescriptivas de conducta; sólo las primeras son absolutamente indispensables.

Alf Ross, contribuye a clarificar esa distinción entre normas refiriéndose a normas de competencia frente a normas de conducta; las primeras dirigidas a las autoridades y las segundas a las personas. Para Ross, de alguna manera, unas y otras son intercambiables puesto que las líneas de acción que implican las normas de conducta se pueden inferir de las directivas a las autoridades que implican las normas de competencia y viceversa.²⁰ Sin embargo, a pesar de ser intercambiables, para el mismo autor lo central son las normas de competencia puesto que entiende que el Derecho establece las “[...] reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado”.²¹

En esencia la jerarquización normativa consiste en facultamientos de orden sucesivo; o sea, prescripciones o normas que facultan de manera condicionada la creación de otras prescripciones o normas. El condicionamiento respectivo conlleva una cadena sucesiva de condicionamientos que consisten en la necesaria creación previa de normas —por los órganos facultados o sujetos capacitados para ello— que, por lo mismo, se consideran de mayor jerarquía. De ahí la metáfora de la pirámide jurídica. Las normas en el Derecho son, primeramente, prescripciones directas de facultamiento condicionado y, sólo en segundo término, indirectamente, son prescripciones de conducta. Esto está claramente revelado por Kelsen cuando trata la verdadera naturaleza de las normas constitucionales. En efecto, “si suponemos la existencia de una Constitución de acuerdo con la cual las normas jurídicas generales sólo pueden ser creadas mediante decisiones de un parlamento electo en cierta forma, entonces el precepto que castiga el delito de robo tendría que formularse así:

²⁰ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 33.

²¹ *Op. cit.*, p. 34.

“si el parlamento ha resuelto que los que roben deberán ser castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo cometió el delito de robo, entonces [...]”. Es condición de que el tribunal aplique la sanción, no sólo que para el tribunal esté probado el delito, sino que, en primer término, ha de verificar que el órgano facultado por la Constitución *material* haya creado la norma general que define y sanciona la conducta. La aplicación de la sanción por el tribunal es, a la vez, un acto de creación de la norma individualizada consistente en la sentencia; y, esta última norma individualizada es, a la vez, condición de la aplicación de la pena corporal respectiva por las autoridades facultadas de los reclusorios, etcétera. Hay, así, una cadena continuada de facultamientos condicionados en el proceso de sucesiva creación de normas.

VII. Conclusiones

1. El concepto de Constitución *material* permite identificar con precisión la jerarquía relativa de las diversas disposiciones de la Constitución formal.
2. El concepto de Constitución *material* permite observar que las disposiciones de la Constitución formal tienen diversos niveles jerárquicos según su función reguladora de la creación de normas de distinta jerarquía.
3. En sentido amplio, la Constitución *material* incluye disposiciones de instrumentos distintos de la Constitución formal que regulan aspectos del procedimiento legislativo.
4. La diversidad de niveles jerárquicos dentro del sistema jurídico se presenta también en otros instrumentos normativos distintos de la Constitución formal.
5. También un mismo artículo, fracción, inciso, cláusula, punto de acuerdo, etcétera puede incluir normas de diversos niveles jerárquicos según su función reguladora de la creación de normas de distinta jerarquía.
6. La jerarquización normativa consiste, en esencia, en facultamientos condicionados para la creación de prescripciones o normas; una cadena sucesiva de condicionamientos que consisten en la necesaria creación previa de normas que, por lo mismo, se consideran de mayor jerarquía.

Bibliografía

- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho constitucional mexicano*. 20ª ed., México, Porrúa, 2010.
- Correas, Óscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. (esbozo), 1ª ed., México, Fontamara, 2006.

Sección Doctrina

- España, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1979.tl.html.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestro días*. (Trad.), Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. (trad.), de Eduardo García Máynez, 2a ed., México, UNAM, 1995.
- . *Teoría general del Estado*. México, Ediciones Coyoacán, 2008.
- . *Teoría pura del derecho*. (Trad.), de Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011.
- Pérez Vaquero, Carlos. “Anécdotas y curiosidades jurídicas/iustopía”. Países sin Constitución, jueves 25 de noviembre de 2010, <http://archivodeinalbis.blogspot.mx/2010/11/paises-sin-constitucion.html>.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Serra Rojas, Andrés. *Teoría del Estado*. 18ª ed., México, Porrúa, 2006.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas jurídicos atípicos*. México, Porrúa, 2011.
- . *Sistemas jurídicos contemporáneos*. 14ª ed., México, Porrúa, 2011.