



El Significado de las Fuentes del Derecho Una Perspectiva Constitucional

Dr. Miguel Carbonell*

1. Introducción.

En el tránsito que ha realizado el Estado contemporáneo, de su forma liberal-burguesa típica del siglo XIX hasta su actual configuración como social y democrático de Derecho, se han debido replantear una serie de conceptos y principios esenciales en torno a la creación e interpretación de las normas jurídicas que rigen en su seno.

El estudio de estos fenómenos de reconversión de la potestad normativa en los diferentes sistemas constitucionales de fuentes del Derecho fueron uno de los temas fundamentales de la doctrina constitucional del siglo XX y lo seguirán siendo durante el siglo XXI. No es difícil constatar que, en la actualidad, las cuestiones relativas a las

fuentes del Derecho se encuentran lejos de haberse agotado.

Para comprender varias de las cuestiones que deben ser analizadas en torno al tema de las fuentes del Derecho, conviene tener en cuenta lo siguiente:

A) Existe una carencia teórica importante dentro de la doctrina iuspublicista mexicana en el tema de las fuentes del Derecho; este tema es abordado normalmente en las exposiciones de la parte general del Derecho civil o en los manuales de introducción y teoría del Derecho. A pesar de ello, es innegable que la realidad del ordenamiento y la propia praxis política reclaman con urgencia una sistematización de las fuentes del Derecho hecha desde la Constitución,

(*) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

así como la consideración de la carta fundamental como verdadera norma jurídica si se quiere que ésta se convierta en la norma originaria y estructuradora de todo el orden jurídico nacional.

B) En México, como también sucede en otros Estados de Latinoamérica que aspiran a tener un régimen político democrático, ha existido y sigue existiendo una búsqueda constante de mecanismos eficaces para conducir por vías jurídicas la actuación de todos los poderes públicos, así como de los poderes privados. La idea del control del poder ha estado presente en las preocupaciones públicas nacionales desde que México nace como Estado independiente, pero su realización práctica es uno más de los anhelos incumplidos del ideario popular.

En este último punto quizá la solución -desde un punto de vista puramente jurídico-normativo- no resida en apelar a categorías normativas heterodoxas o en tratar de importar un artificial y quimérico esquema rígido de división de poderes como a veces se ha propuesto, sino que puede consistir en un regreso a la ortodoxia de los conceptos que se acuñaron en los albores mismos del Estado liberal de Derecho. En otras palabras, es necesario lo siguiente, de entre las muchas cuestiones que se podrían mencionar:

a) Un regreso al respeto y a la majestad de la ley, a un "nuevo jacobinismo" como dice Luis Díez Picazo.⁽¹⁾ Sólo entendiendo que la ley (es decir, la ley

de origen parlamentario) es el mejor mecanismo para articular y hacer valer los más distintos intereses sociales y políticos, en tanto que es la norma que reúne el mayor grado de "democraticidad" después de la Constitución, es posible llevar a cabo una ordenación de la convivencia social para poder formar, entre otras cosas, un consenso democrático que permita avanzar en las cuestiones más importantes que todavía tenemos pendientes en México.

b) Se requiere además que se incluyan en el ordenamiento nuevos procedimientos de creación normativa que faciliten la atención a las necesidades sociales y, más en general, el desarrollo efectivo de la intervención estatal en la sociedad. Estamos hablando de introducir la legislación delegada, de la regulación legislativa de la facultad reglamentaria del presidente y de los secretarios de Estado, de mecanismos para el perfeccionamiento técnico de los materiales legislativos, del mejoramiento de la publicidad normativa en todas sus variantes -como publicidad parlamentaria y como publicidad de los textos normativos en sentido estricto-, de la regulación de distintos tipos de leyes que, sin romper la unidad del concepto, permitan mejorar el desempeño del Poder Legislativo, de cambios en el procedimiento legislativo, de mejores sistemas de control para el sistema de fuentes en su conjunto, etcétera.

(1) "Constitución, ley, juez", Revista Española de Derecho Constitucional, número 15, Madrid, 1985, p. 23. En términos parecidos, Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, 1995, p. 920.

2. Las Fuentes del Derecho Analizadas desde la Constitución.

Me parece importante insistir y recalcar la razón de abordar cualquier trabajo sobre las fuentes del Derecho desde la perspectiva constitucional. Además de lo ya señalado, lo anterior se justifica en virtud de que la Constitución es la norma que reconduce tanto la diversidad política de una nación en una unidad jurídica, como la pluralidad de fuentes en una unidad del ordenamiento jurídico.⁽²⁾

En este sentido, si es que México representa una verdadera unidad política (entendiendo por tal "una unidad de actuación posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo funcional"⁽³⁾) y quiere dotar de una mínima uniformidad a su sistema jurídico, el análisis imprescindible debe partir de la norma constitucional como cauce y límite de las actitudes políticas en cuanto disputas por el poder y como ordenación suprema de las distintas potestades de creación normativa por parte de los detentadores de ese poder.⁽⁴⁾

Por otro lado, el sector de las fuentes representa hoy en día un tema "encrucijada" del Derecho Constitucional, representando un capítulo central de los estudios constitucionales del presente. La configuración del sistema de fuentes del Derecho repercute de forma importante en la distribución de poder público dentro del Estado; pero también tiene que ver con los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos, los cuales no pueden considerarse independientemente del discurso sobre los factores de renovación del ordenamiento jurídico.

Inclusive, un correcto entendimiento de las fuentes del Derecho es fundamental para poder llevar a cabo con éxito procesos de cambio y transición políticos como los que se están produciendo en México.

Muchos de esos procesos de cambio deben terminar aterrizando en un nuevo esquema de fuentes del Derecho establecido por la Constitución.

3. Las fuentes del Derecho: Cuestiones Generales.

El estudio de las fuentes del Derecho tiene como premisa el carácter dinámico del propio orden jurídico⁽⁵⁾. Esto significa, dicho muy brevemente, que el

(2) Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti*, 2a. edic., Turín, 1993 (reimpr.), p. IX. Sobre la función de la constitución para lograr la unidad política del Estado son fundamentales las observaciones de Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, 2a. edic., Madrid, 1992, pp. 8 y ss.

(3) Hesse, op. cit. p. 8. Subrayados en el original.

(4) "No es posible en el plano teórico, simplemente, manejar el ordenamiento, aun para resolver un problema menor, sin considerar a dicho ordenamiento como una unidad y, por tanto, sin la referencia constante a la Constitución, cabeza y clave del mismo", García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3a. edic., Madrid, 1985, p. 19.

(5) La dinamicidad del derecho es una de las claves de bóveda del sistema kelseniano. Kelsen lo aborda en varias de sus obras, de entre las cuales pueden verse *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, 15a. edic., México, 1979, pp. 299 y ss.; *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, 1991, pp. 201 y ss. y *Teoría General de Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, México, 1988. Cfr. también las observaciones de Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa*, núm. 9, Madrid, 1991, pp. 259 y ss.

Derecho, tal como sucede con otros subsistemas sociales, contiene ciertas normas que permiten su propia creación y modificación⁽⁶⁾.

El Derecho fundamenta la validez de las normas que lo integran a través de la construcción de una relación de supra a subordinación entre ellas, de modo que existe una norma superior -llámese norma hipotética fundamental, norma de identificación de normas o regla de reconocimiento- que da fundamento al resto, las cuales a su vez solamente podrán ser válidas en tanto se ajusten a lo prescrito por aquélla⁽⁷⁾. Como ha expuesto Kelsen, "una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden", lo cual nos conduce a la norma fundante "básica" que no encuentra fundamento dentro del sistema jurídico, por lo que tiene que ser presupuesta⁽⁸⁾.

La validez normativa, a su vez, puede entenderse en dos sentidos⁽⁹⁾. En un sentido formal se entiende que son válidas aquellas normas que se ajusten a las normas procedimentales que regulan la creación jurídica dentro de un Estado, independientemente de su contenido. Desde un punto de vista material, serán válidas aquellas normas

que, además de haber sido creadas conforme a los procedimientos establecidos por el ordenamiento, tengan como contenido normas compatibles o coherentes con las normas sustanciales o materiales del mismo, como lo son las que regulan los derechos fundamentales o el principio de igualdad. A la primera se le ha llamado simplemente vigencia y a la segunda se le ha considerado como la validez en sentido estricto. Una y otra tienen gran relación con la concepción misma de la democracia: democracia formal o procedimental en un caso -referida al quién y al cómo de las decisiones estatales- y democracia sustancial en el otro -ligada al qué de la acción pública-.

Al estudio y caracterización de las normas que sirven para la creación de las normas, o sea, las que le imprimen su carácter dinámico al Derecho, se dedican las siguientes líneas.

4. El Concepto de Fuentes.

Para empezar, se debe decir algo sobre el concepto mismo de fuentes del Derecho. Las distinciones y matices aportados por las más diversas doctrinas sobre el tema hace que existan una variedad tal de significados del

(6) Aunque también significa, como ha dicho Ignacio de Otto, que "cualquier cuestión es susceptible de normación (y que)... la normación puede afectar a un número ilimitado de personas, de modo que todos están en principio sometidos por igual al ordenamiento jurídico", Derecho constitucional. Sistema de fuentes, 2a. edic., Madrid, 1989 (reimp.), pp. 21-22; en palabras de Joseph Raz, "Un sistema normativo pretende autoridad para regular todos aquellos actos que regula y todos aquellos que puedan ser regulados por normas que puedan ser dictadas, directa o indirectamente, por medio del ejercicio de poderes reconocidos por normas del sistema", Razon práctica y normas, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, 1991, p. 174.

(7) Merkl, A., "Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto", trad. de C. Geraci, en Merkl, A., Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi, Milán, 1987, passim.

(8) No deja de resultar interesante la observación de Alf Ross cuando sostiene que "todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Solo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es solo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extra-sistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento", Sobre el derecho y la justicia, trad. de Genaro R. Carrió, 4a. edic., Buenos Aires, 1977, p. 81.

(9) Sigo la exposición de Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, 1999.

término fuentes del Derecho que se ha vuelto cuando menos confuso y difícil de perfilar⁽¹⁰⁾. Una de las causas lo es, sin duda, la propia vaguedad del término, que queriendo ser metafórico ha acabado siendo inaprehensible. Como ha dicho Alf Ross, la teoría de las fuentes es un verdadero “bouquet d'aphorisme”, por lo que el propio Kelsen ha propuesto sustituir el término para “emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira”. Aun así, la nueva denominación todavía no se ha encontrado y las propuestas de sustitución no han tenido una aceptación generalizada por lo que, hasta en tanto no se encuentre un mejor término, sigue siendo pertinente hablar de “fuentes del Derecho” como se ha hecho hasta ahora.

Para los efectos de este trabajo y puesto que en sí mismo el concepto puede revestir un interés meramente científico-descriptivo pero no normativo, se puede entender convencionalmente por fuentes del Derecho todos los hechos y actos que de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica de un ordenamiento determinado crean o pueden crear relaciones jurídicas con efectos erga omnes. La creación implica la innovación del ordenamiento a través no solamente de la expedición de nuevas normas sino también por la modificación o extinción de las ya existentes, incluyendo por tanto las que Hart ha llamado “reglas de cambio”⁽¹¹⁾.

Al incluir la eficacia *erga omnes* como requisito del concepto de fuente quedan descartados del mismo las normas jurídicas individualizadas, como por ejemplo los actos administrativos individuales, los actos de la autonomía privada que tienen una eficacia únicamente entre las partes, y las sentencias que, igualmente, despliegan sus efectos inter partes. Se habla de eficacia erga omnes y no de generalidad porque no todas las fuentes son, hoy en día, generales; tal es el caso de las leyes particulares o leyes singulares.

5. Un concepto y tres significados.

El anterior concepto de fuentes del Derecho debe complementarse diciendo que comúnmente, al hablar de las fuentes del Derecho, se suele hacer referencia a tres cosas bien distintas entre sí, pero que finalmente constituyen todas ellas partes del mismo fenómeno jurídico que es la creación normativa. Son las siguientes:

- A. El poder normativo, es decir, el poder habilitado para la creación o modificación de normas jurídicas; en este sentido, se habla de que las leyes emanan del Poder Legislativo o que los reglamentos son un producto normativo del Ejecutivo.
- B. El tipo de regulación normativa, o sea, la ley, el reglamento, los tratados internacionales, los decretos-ley, etc. Lo que se hace en este caso es confundir la fuente con el Derecho

(10) J. A. Santamaría Pastor llega a sostener que “el concepto de fuente del Derecho constituye uno de los elementos más confusos y perturbadores de cuantos manejan las ciencias del Derecho positivo”, Fundamentos de derecho administrativo I, Madrid, 1988, p. 286.

(11) Hart, H.L.A., El concepto de derecho, trad. de Genaro R. Carrió, 2a. edic., México, 1980.

mismo, con un tipo específico de normación, lo cual agrega un poco más de equívocidad al concepto de las fuentes.

C. Finalmente, cada específica manifestación del poder de creación normativa, esto es, no ya cualquier ley o cualquier reglamento considerados en abstracto sino la ley "X" o el reglamento "Y" en particular. Se puede hacer la misma observación que en el punto inmediato anterior, sólo que en este punto se confunde la fuente con el producto concreto de la misma.

Ni qué decir tiene que la confusión de los puntos B y C viene dada por la peculiar naturaleza de algunas normas que, dentro de la complejidad que tienen los actuales ordenamientos jurídicos, a la vez que son creadas por una fuente, también ellas son fuentes en sí mismas.

En suma, un estudio sobre las fuentes debe tener como objeto primordial los procesos de creación de normas, pero también debe examinar las propias normas creadas -concebidas en abstracto, no cada una en concreto-, entendidas como categorías dotadas de unas características especiales que, a su vez, les asignan un papel determinado dentro del ordenamiento.

6. Las fuentes entre política y Derecho.

Lo que hasta aquí se ha dicho tiene que ver con una consideración jurídica del tema, pero lo cierto es que, aparte de su

innegable relevancia para la conformación del ordenamiento, las fuentes del Derecho tienen una función política bastante clara: son la expresión jurídico-formal de la distribución de poder político entre los órganos encargados de la creación normativa y, en última instancia, también de la hegemonía de ciertos grupos sociales sobre otros.

En este sentido, la innovación normativa o la modificación de las facultades creativas de una fuente son la expresión formal de un nuevo equilibrio (o el acomodo de uno precedente) entre las fuerzas político-sociales que participan en los procesos de integración política dentro del Estado.

Lo anterior nos lleva a incluir dentro de este estudio ciertas consideraciones que rebasan el ámbito meramente dogmático, para tratar de entender el papel de las fuentes como expresión de determinados procesos políticos y, sobre todo, como expresión de los procesos de integración política mencionados.

Las fuentes del Derecho, como consecuencia de su carácter de objetivación jurídica de procesos políticos, han estado sujetas a los vaivenes históricos y han sido expresión de las ideas predominantes en una cierta época.⁽¹²⁾ Son un producto histórico que, aun manteniendo ciertas constantes a través de los últimos 200 años que es cuando se perfila el sistema de fuentes tal como lo conocemos hoy

(12) Un buen ejemplo del carácter marcadamente histórico del derecho constitucional en general, así como de la idoneidad de este método para su estudio, puede verse en Cabo, Carlos de, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Salamanca, 1978 (ahora incluido en su libro *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, 1997, pp. 176 y ss.).

en día, ⁽¹³⁾ evoluciona -o involuciona, como se quiera ver- de acuerdo con las concepciones políticas, económicas y filosóficas de cada sociedad. Pero si las fuentes son un producto histórico, también la historia del Derecho puede ser comprendida desde el estudio de las fuentes, desde la preeminencia de unas sobre otras y desde el juego de los respectivos órganos creadores de normas entre sí y respecto del ciudadano. ⁽¹⁴⁾

Por lo anterior es obvio que resulta difícil construir una teoría de las fuentes en abstracto, sin hacerla descender a un determinado momento histórico o a un ordenamiento en concreto.

Lo que se puede hacer quizá con mayor facilidad es analizar un ordenamiento a la luz de las categorías generales que ha ido construyendo la ciencia jurídica para que, a partir del contraste, se puedan proponer cambios o denunciar desviaciones, sin olvidar que, como ha dicho Norberto Bobbio, "en el problema de las fuentes del Derecho no se trata de interpretar, sino de construir... de reagrupar según las semejanzas, de acercar según las implicaciones, en una palabra, de teorizar". ⁽¹⁵⁾

Desde luego, hay que reconocer que la identificación entre fuentes del Derecho y procesos de integración política

(manifestados, sobre todo, en las formas de Estado y de gobierno) no puede ser total, ya que dentro del campo de las fuentes existen muchas reglas técnicas que poco tienen que ver con lo "político", sino que obedecen a esquemas de una racionalidad estrictamente jurídica.

En todo caso, y desde una óptica exclusivamente jurídica, lo que es indudable es que las fuentes juegan un papel esencial en la configuración del ordenamiento jurídico y que son hoy en día uno de los temas fundamentales de la teoría constitucional y deben serlo con urgencia de los constitucionalistas mexicanos.

7. Las normas sobre la producción jurídica.

Las normas que contienen a las fuentes son un tipo de normas jurídicas que tienen por objeto no la conducta humana directamente, sino que se refieren a otras normas. El hecho de que dentro del ordenamiento existan normas que se refieren a otras normas y no solamente normas de conducta es muy importante y supone una evolución modernizadora para los sistemas jurídicos contemporáneos.

Junto a los diferentes procesos que en la actualidad hacen mucho más complejas que en el pasado las

(13) El actual sistema de fuentes se perfila en sus caracteres básicos desde la Revolución Francesa en que se generaliza lo que hoy se llama Estado de Derecho y que comprende cuestiones esenciales para nuestro tema como son el imperio de la ley (la ley como expresión de la voluntad general), la división de poderes (y por tanto de distribución de poderes de creación normativa), la legalidad de la administración y la consagración de los derechos y libertades fundamentales (constituidos en límites materiales a la actuación y configuración de las fuentes); cfr., en general, Díaz, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, 8a. edic., Madrid, 1991 (reimpr.), pp. 27 y 31 y Lucas Verdú, Pablo, La lucha por el Estado de derecho, Bolonia, 1975.

(14) En palabras de Predieri, "Toda la historia del Derecho puede ser analizada desde la óptica de la lucha entre las fuentes del Derecho, consideradas como proyección de las unidades institucionales (Gobierno, Cámaras, etc.), entre las que y tras de las que actúan fuerzas políticas, clases, grupos hegemónicos, y como organización de las funciones fundamentales de tales unidades", Predieri, Alberto, "Las fuentes del derecho" en García de Enterría, E. y Predieri, A., La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, 2a. edic., Madrid, 1988 (reimpr.), p. 162.

(15) La consuetudine come fatto normativo, Padua, 1942, p. 17.

relaciones sociales, se ha producido una equivalente complejidad de las formas y procesos de creación normativa.

Si en el siglo pasado se podía sostener que el parlamento era el núcleo fundamental del que emanaban las normas jurídicas, hoy en día se puede decir que no existe un centro único de producción normativa: el pluralismo social de nuestro tiempo -en expresión de Zagrebelsky- ha roto los márgenes del monopolio del Derecho creado desde el parlamento. Los Estados no crean Derecho desde un único órgano, sino que se ha dado una proliferación creciente de lugares desde los que se crean las normas. En este sentido, también se han ido haciendo más complejas las normas sobre la producción jurídica (NSP en lo sucesivo) y más detallados los procedimientos de creación, reforma y derogación normativa dentro del sistema jurídico.

Tres son los tipos de normas que disciplinan a las fuentes: ⁽¹⁶⁾ a) las normas sobre la producción jurídica, b) las normas sobre la eficacia de las normas, y c) las normas sobre los conflictos entre normas.

Estos tipos de normas se han llamado metarreglas, normas secundarias, reglas sobre las reglas, etc. Las normas señaladas en los incisos b y c dan lugar a estudiar los criterios por los que se estructura el ordenamiento jurídico: el ámbito temporal y personal, los principios de jerarquía, competencia, especialidad, etc. Las NSP son las que se estudian en el presente apartado.

Las NSP se han considerado como normas secundarias o de segundo grado por dos razones: ⁽¹⁷⁾ la primera tiene que ver con su función y la segunda con su relación jerárquica con el resto de las normas. Por lo que hace a su función, las NSP tienen como cometido la modificación interna del sistema en tanto regulan los procedimientos a través de los que sus normas pueden ser cambiadas; contienen los datos suficientes para reconocer que esas nuevas reglas, y en general cualesquiera otras, han sido creadas de acuerdo con los criterios de pertenencia del sistema y son por tanto válidas. Por lo que respecta a su relación con el resto de las normas, ocupan una jerarquía superior a las demás, porque autorizan derogar su creación; pueden derogarlas pero no ser derogadas por ellas. ⁽¹⁸⁾

De su superior jerarquía derivan dos principios esenciales en la estructuración del sistema de fuentes y que pueden enunciarse como sigue:

- A) "Ninguna fuente puede crear otras fuentes que tengan eficacia mayor o siquiera igual a la propia, sino solo fuentes dotadas de eficacia menor"; ⁽¹⁹⁾ los fundamentos de este principio son también dos: a) por lo que hace a la creación de fuentes con mayor fuerza, se debe aplicar la máxima según la cual ningún acto puede atribuir a otro la fuerza que él mismo no tiene, y b) en lo referido a la creación de fuentes de igual valor, su imposibilidad deriva del hecho de que la NSP superior dentro del sistema determina un numerus

(16) Guastini, Riccardo, Estudios de teoría constitucional, México, 2001.

(17) Bobbio, Norberto, "Normas primarias y normas secundarias" en Contribución a la teoría del Derecho, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, 1990, p. 313.

(18) Dicha jerarquía ha sido incluso reconocida por la jurisprudencia de los tribunales federales en México; por ejemplo en la tesis "Leyes, principio de jerarquía (de las), establecido por el artículo 133 constitucional", publicada en el Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo I, segunda parte-1, pp. 394-395.

(19) Zagrebelsky, Manuale..., cit., p. 5.

Clausus de fuentes dotadas de X valor, no pudiendo ser creadas otras iguales más que por ella misma. Los procesos políticos de los cuales las fuentes son la expresión formal pueden prolongarse en otros a través de ellas, pero sus respectivos productos normativos no pueden ni contradecir ni sustituir a los primeros,⁽²⁰⁾

- B) En relación con el segundo tipo de normas que disciplinan a las fuentes, es decir, las normas sobre la eficacia de las normas, que ya se han mencionado, se aplica el principio por el cual “ninguna fuente puede disponer sobre su propia eficacia para aumentar o disminuir la que le ha sido atribuida por las normas sobre la producción del Derecho”⁽²¹⁾ o NSP. La aplicación de este principio se manifiesta, por ejemplo, en la imposibilidad de que una ley contenga condiciones de inderogabilidad respecto a otra ley posterior, o en la prohibición del fenómeno aún más cotidiano de dejar en manos de los reglamentos del Poder Ejecutivo las condiciones de aplicación o incluso de validez de las leyes.

Lo cierto es que, en todo caso, el objeto de las NSP no es la conducta humana directamente sino que su presencia se justifica en el ordenamiento “por el hecho de que se refieren a otras normas”.⁽²²⁾

La distinción entre NSP y fuentes del Derecho radica en que aquéllas son

Solamente una parte del concepto complejo de fuente. Efectivamente, las NSP regulan toda la creación jurídica dentro del ordenamiento, regulan las fuentes, pero en tanto normas ellas mismas necesitan “un soporte” para entrar a formar parte del ordenamiento, y ese soporte son las distintas fuentes. Aquí se presentan algunos problemas evidentes, al menos terminológicos, pues las NSP también se producen a sí mismas.

8. Una clasificación de las normas sobre la producción jurídica.

Las NSP pueden ser clasificadas en cuatro tipos de acuerdo con Riccardo Guastini:⁽²³⁾ A) Normas que confieren competencias normativas, B) Normas que disciplinan el ejercicio de una competencia, C) Normas que circunscriben el objeto de una competencia y D) Normas que limitan el contenido de una competencia.

A) Las normas que confieren competencias normativas son, según Guastini, aquellas “normas que atribuyen a un cierto sujeto (un órgano del Estado) el poder de crear normas jurídicas”. Estas últimas tienen un régimen jurídico propio y, en virtud de las mismas NSP, no pueden ser dictadas por ningún otro órgano o sujeto. Como ejemplo de estas normas se puede mencionar el artículo 89 fracción X que autoriza al Presidente de la República, con la ratificación de la Cámara de Senadores, a celebrar tratados internacionales; otro ejemplo significativo se encuentra en el artículo

(20) Ibidem.

(21) Idem, p. 6.

(22) Bobbio, “Normas primarias y secundarias”, loc. cit.; Zagrebelsky, *Manuale...*, cit., pp. 3-4.

(23) Guastini, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., nota 19 pp.30 y ss. Ver también Carbonell, Miguel, “Normas sobre la producción jurídica” en *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, 2002, pp. 427 y ss.

70 que faculta al Congreso de la Unión a expedir una ley que regule su estructura y funcionamiento internos.

B) Las normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa, también llamadas por Guastini “normas procedimentales”, son aquéllas que “prescriben procedimientos para la creación de un cierto tipo de fuentes, de forma que una competencia no puede ser ejercitada (ese tipo de fuente no puede ser creada) si no es a través de tales procedimientos”. Un ejemplo típico de estas normas lo constituye el artículo 72 de la Constitución mexicana que describe los pasos y las fases del procedimiento legislativo federal.

C) Las normas que circunscriben el objeto de una competencia, que son las que limitan o delimitan a ésta, circunscribiéndola a ciertas materias de tal modo que “esa competencia normativa no puede ser ejercitada fuera de tales materias”. Este tipo de normas se divide a su vez en dos subtipos:

a) Las normas que enumeran las materias que una cierta fuente está autorizada a disciplinar; como ejemplo se puede mencionar el artículo 73 constitucional que contiene la lista de materias sobre las que puede legislar el Congreso de la Unión, entendiéndose que el resto de materias quedan fuera de su competencia de acuerdo al artículo 124 constitucional.

b) Las normas que reservan una determinada materia a una cierta

fente, de forma que ninguna otra fuente esta autorizada a disciplinar esa materia; son varios los ejemplos que se pueden mencionar de este tipo de normas: el artículo 14 reserva a una ley el establecimiento de las penas y medidas de seguridad; el artículo 31 fracción IV establece una reserva de ley en materia tributaria, etc.⁽²⁴⁾

D) Las normas que limitan el contenido de una competencia; su función es circunscribir el contenido normativo de ciertas competencias conferidas por otras normas, inhibiéndolas de crear normas que tengan un cierto contenido o, más raramente, imponiéndoles la creación de normas que tengan un cierto contenido. Guastini hace la observación de que la doctrina dominante ha señalado que este tipo de normas debe estar supraordenado a aquéllas a las que limita su contenido⁽²⁵⁾.

Como ejemplo de estas normas se pueden mencionar a todos los derechos fundamentales que recoge la Constitución en sus primeros 29 artículos, que suponen limitaciones de carácter material a la creación normativa en tanto el contenido de todas las normas del ordenamiento deberá respetar tales derechos y principios; para poner un ejemplo más específico de entre los muchos que se pueden citar, vale mencionar la prohibición de aplicar leyes retroactivas que establece el primer párrafo del artículo 14.

(24) Sobre el concepto de reserva de ley, Carbonell, Miguel, “Reserva de ley”, Diccionario de Derecho Constitucional, cit., pp. 531 y ss., así como Paredes, Marat y Rodríguez Lobato, Raúl, El principio de reserva de ley en materia tributaria, México, 2001.

(25) Le fonti..., p. 32.

La regulación de los contenidos posibles de la creación normativa a través del establecimiento de límites materiales -no solamente de quehacer negativo como los derechos de libertad, sino también de actuación positiva como los derechos sociales- se ha considerado por Luigi Ferrajoli como "la conquista más importante del Derecho contemporáneo".

La interactuación continua entre normas formales de creación normativa (reguladoras de procedimientos y competencias) y normas sustanciales (reguladoras de contenidos en sentido estricto) es evidente en un Estado constitucional de Derecho en el que la misma Constitución impone contenidos materiales a muchas de las normas subconstitucionales, normando no limitándose a regular los procedimientos de creación del Derecho, sino también obligando al legislador, por ejemplo, a dictar leyes en tal o cual sentido o a proteger tal o cual bien jurídico, aparte de las directivas implícitas ("vínculos de sustancia") que ya suponen los derechos fundamentales o el principio de igualdad para los procesos de creación jurídica.

