

# El Dilema Conceptual de la Constitución Material

## *The Conceptual Dilemma of the Material Constitution*

José de Jesús Chávez Cervantes<sup>a</sup> y Raúl Padilla Padilla<sup>b</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

La premisa que acompaña desde un inicio este artículo, tiene que ver con la siguiente pregunta ¿Por qué importa la Constitución hoy en día? Pero si pudiéramos ser más específicos, agregaríamos ¿por qué importa hablar de Constitución Material en nuestros días?

Para el correcto abordaje, se hará breve revisión conceptual, del dilema doctrinario de la Constitución material exponiendo la postura de Constantino Mortati y Hans Kelsen, que, desde nuestra óptica, dan buenas razones de la importancia y funcionamiento de la propia Constitución.

En efecto, el propio concepto de Constitución material ha sido utilizado para aludir a distintos senderos argumentativos, complicando así, el debate en torno a una misma línea teórica, propiciando confusión al procesamiento teórico de las cosas.

Para evitar semejante desasosiego, Riccardo Guastini distingue al menos cinco distintas acepciones. En primer sentido, hace referencia que se habla de Constitución material para hacer alusión para aquellas normas de cualquier ordenamiento que determinan tanto, la forma de gobierno y de Estado; en un segundo sentido, el autor

---

<sup>a</sup> Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretario Académico del Centro Universitario del SUR, de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I.

<sup>b</sup> Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Jefe de Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

---

de Génova, menciona que la expresión también se utiliza para referirse al conjunto de normas sobre la legislación, o en un sentido más general, al conjunto de normas sobre las fuentes del Derecho; una tercera acepción, la Constitución material hace alusión a la decisión política fundamental del titular del poder constituyente; en cuarto lugar, la misma expresión puede ser utilizada para referirse al tipo de régimen político que es vigente en un determinado Estado y; por último, la Constitución material es utilizada como sinónimo de Constitución viva, que a su vez denota el modo en que un determinado ordenamiento jurídico escrito es concretamente interpretado y actuado en la realidad (Guastini, 1999, p. 39; Tamayo y Salmorán, 1986, pp. 260-261)<sup>1</sup>.

Así mismo, la idea de Constitución Material se identifica con aquella tesis de intentar encontrar una dimensión distinta que preceda el propio derecho vigente. Fioravanti señala que las doctrinas en sentido material, se asocian como antítesis de las concepciones positivistas del Derecho, y más, en aquellas doctrinas que tienden a: “reducir el Derecho, con su fuerza compulsiva, a las leyes del Estado” (Fioravanti, 2010, pág. 427; Jellinek, 2010, pág. 297)<sup>2</sup>.

En efecto, a raíz de la necesidad de concebir la necesaria existencia de un orden de carácter objetivo por parte del positivismo jurídico, el autor italiano coloca de relieve la teoría propuesta por Savigny, a quien considera como el autor de la “raíz primigenia de la doctrina de la Constitución en sentido material” (Fioravanti, 2010, pág. 230). Efectivamente, Savigny señala que si existe un Estado o alguna autoridad con la fuerza suficiente de dar origen al derecho positivo que sea de observancia general para todos, es porque hay algo más que solamente unos vínculos contractuales. En otras palabras: “el Estado da cuerpo a la unidad nacional, con lo cual se fijan rigurosamente sus límites. Si investigamos ahora lo que da nacimiento al Estado, encontramos, como para el Derecho en general, una necesidad superior, una fuerza interna que trata de extenderse hacia fuera, e imprime al Estado un carácter individual. Esta fuerza crea el Estado como crea también el derecho, y puede

---

1 En el primer sentido propuesto por el autor, se encuentra la noción de Tamayo al referirse “como un conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el acto constituyente del orden jurídico”.

2 Es interesante al respecto la definición de Constitución de George Jellinek, que refleja el pensamiento jurídico de inicios del siglo XX: “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”.

considerarse la realización del Estado como la más alta manifestación de su poder” (von Savigny, 2005, pág. 11).

Savigny considera entonces, que el pueblo es el sujeto activo y personal del Derecho, que bajo el prisma de su conciencia, vive el derecho positivo, siendo entonces derecho del pueblo; de igual manera, señala que un conjunto de individuos puede ser un Estado, sólo si ya es un pueblo, es decir, si los individuos se encuentran organizados u ordenados (von Savigny, 2005, pág. 14)<sup>3</sup>. Por tanto, podríamos argüir que, en la medida del orden del pueblo, se da la Constitución en sentido material. Por este motivo, para Savigny el derecho positivo puede tener incluso su máxima expresión en la ley del Estado, pero sólo si ésta parte de la conciencia de que debe reflejar ese orden objetivo dado por la experiencia, y que ya se halla presente en la Constitución entendida en sentido material (Fioravanti, 2010, pág. 430; von Savigny, 2005, pág. 5-17).

En síntesis, el pueblo constituye el sentido de la Constitución material, siendo ésta capaz de determinar los límites del Estado, así como el principio de soberanía, que, en conjunto, dejen espacio de libertad para el ejercicio de los derechos (Fioravanti, 2010, pág. 431; von Savigny, 2005, pág. 17)<sup>4</sup>.

Ahora bien, desde esta óptica, da pauta para que podamos revisar tanto la teoría de Mortati y Kelsen no perdiendo de vista las premisas conceptuales aquí descritas.

## II. LA TEORÍA DE MORTATI

En el año de 1940 el italiano Constantino Mortati publica su obra capital denominada: La Constitución en sentido material. La obra coincide en un periodo histórico de profunda crisis y debate del concepto de Constitución por parte de la doctrina del derecho público en

---

3 En esta misma línea argumentativa Savigny señala: “*Los pueblos son los que constituyen los Estados, y que, en todas partes, el pueblo es el que forma su base; En su origen, y según la naturaleza de las cosas, todos los Estados han sido formados en el seno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”.

4 Así mismo, cuando Savigny se refiere a la conciencia del pueblo y que bajo ésta se encuentra la verdadera base del Estado y de todo derecho positivo, sale a relucir la interrogante sobre ¿qué determinada conciencia del pueblo? El autor responde a lo anterior: “En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una serie de actos uniformes, acusa un origen común: la esencia del pueblo; lo más contrario precisamente, a la arbitrariedad y al acaso. Así, pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce”.

Italia (Bergareche, 2000, p. 9; de Vega, 2010, pág. 25)<sup>5</sup>. En este sentido, la obra de Mortati, es una propuesta conceptual y lleva consigo un rasgo determinante, ya que se presenta como una teoría cuyos elementos decisivos son: los objetivos políticos y la voluntad del partido fascista. La ideología política del autor, sin duda, será fundamental para el desarrollo de su pensamiento con respecto a la Constitución en sentido material que propone (Peces-Barba 1986, pág. 55)<sup>6</sup>.

En primer lugar, el autor establece un criterio supremo cuya base funcione como pilar a efecto de implementarse en el ámbito de la eficacia del ordenamiento y, pueda conjugar las diversas relaciones sociales del Estado; en segundo lugar, conferir un sistema de garantías competente de propiciar criterios de validez y por consecuencia obtener impronta jurídica. La Constitución que adopta el autor, no se debe considerar con particularidades necesariamente formalistas o procedimentales, la función esencial del ordenamiento será, conferir estabilidad a la forma de Estado que surge para su mediación (Mortati, 2000, pág. 14-16).

Por tanto, el establecimiento de un criterio supremo capaz de conjugar las relaciones sociales, y el asentamiento de un criterio de eficacia al ordenamiento jurídico, será la fórmula que permita efectividad tanto por el contenido y la naturaleza de la Constitución; y, por su parte, la impronta jurídica por medio de un sistema de garantías, que, a su vez, permita conferir estabilidad para la forma de Estado que se pretenda, será el resultado de la función de la Constitución en sentido material.

### **A. Contenido y naturaleza de la Constitución material**

El contenido y naturaleza de la Constitución en sentido material confluyen en la figura del Estado como elemento de absoluta supremacía, cuyos elementos puede describirse como: estable, autoritario, coactivo, necesario y total. Mortati, tiene como punto de partida de que el Estado: “sólo puede alcanzar la unidad de sus elementos a través de la realización

---

5 Pedro de Vega, encuadra el pensamiento de Mortati en la línea que denomina realismo sociológico a ultranza, describiendo la obra del italiano como un intento por recuperar el concepto de Constitución Material, donde se elabora el concepto de régimen político, (en este caso el fascista) así como, certificados de neutralidad axiológica y política.

6 Constantino Mortati, se inscribió en el Partido Nacional Fascista (PNF) en 1927.

de una determinada forma de orden, es decir, de una particular determinación de la posición de los elementos mismos entre sí y respecto al todo del que forman parte” (Mortati, 2000, pág. 63).

Es por ello, que los elementos que describen al Estado según la teoría de Mortati, (estable, autoritario, coactivo, necesario y total), descansan en una determinada forma de orden, es decir, dependerán de la posición que ostentan en la regulación de las relaciones sociales. El autor, poco a poco va encaminando su hilo argumentativo a la necesidad imperiosa del Estado de estar provisto de medios externos más fuertes que los de cualquier otro organismo que viva dentro del mismo entorno, con el objeto de garantizar la posición del orden instaurado, es decir, debido a la presencia de fuerzas o tendencias adversas al orden, el Estado deberá estar dotado de medios de coacción que le permita generar orden normativo.

Es entonces cuando el autor encamina su discurso teórico al elemento fundacional del Estado: la fuerza política en el seno de la comunidad. Este elemento (incluso podríamos denominarlo, como principio fundamental del Estado) surge en la posición de ciertos asociados que logran ejercitar un poder sobre los otros, obteniendo un determinado grado de obediencia. El concepto de fuerza que Mortati utiliza, es cualificado bajo dos presupuestos: por una parte, la fuerza debe ser perseverante en su forma, que ésta sea capaz de obtener una obediencia constante por parte de quienes habitan una determinada comunidad política y no de manera esporádica o accidental; y, por otro lado, el contenido de la fuerza, será determinado por el orden que el grupo dominante desea conseguir, con el propósito de unificar la diversidad de intereses de la comunidad. De igual manera, el autor recalca que: “los elementos de cualquier organización, es decir, el surgir de una autoridad y el fin del establecimiento de ésta se encuentran necesariamente en el Estado, pero con los caracteres especiales convertidos en necesarios por la naturaleza del Estado mismo” (Mortati, 2000, pág. 70-72).

La fuerza que resulta de la organización de un determinado grupo social, que consiga hacer prevalecer de manera constante su poderío sobre los grupos antagónicos o portadores de diferentes intereses a esta fuerza, serán los que dotaran de contenido y naturaleza a la Constitución originaria fundamental. Es entonces, cuando surge la

primera organización en sentido político del sustrato social. El autor italiano, lleva a la más alta jerarquía a los partidos políticos, estableciendo que: “el partido, en sentido específico, es, en definitiva, el elemento activo de la institución originaria, necesario para que ésta asuma una forma política y, por lo tanto, no puede ser más que único como único es el principio de cualquier forma política. Por lo tanto, el partido, en el Estado moderno, es el sujeto del que emana la Constitución fundamental y que se establece como uno de los elementos, el instrumental, necesario para componer su contenido, su materia típica” (Mortati, 2000, pág. 80-84).

Es pertinente, establecer como premisa de nuestro autor, que la fuerza representa el primer el eslabón, donde, un grupo de personas ejercen una mayor coercibilidad con respecto al resto de la comunidad, quien, a su vez, determinarán el contenido de una Constitución que Mortati denomina: originaria, fundamental.

En el momento que la organización social hace valer su voluntad y ésta es obedecida como la única voluntad de la comunidad, nace la primera organización en sentido político. La organización política así formada es lo que Mortati denomina Estado, cuyos elementos ya mencionados arriba son: estable, autoritario, coactivo, necesario y total.

La preponderancia que Mortati reconoce en su teoría de la Constitución material a los partidos políticos, es por demás significativa, visión, que podemos ver reflejada a lo largo de su obra, dedicando bastantes páginas para defender la labor trascendental de los entes políticos, manifestando, que de las instituciones políticas emana la constitución originaria, siendo los fines políticos, la primera fuente del derecho del Estado (Mortati, 2000, pág. 122-123).

Ante los fines políticos por los cuales nace el Derecho del Estado, serán los que determinen el contenido de la Constitución en sentido material, que será el instrumento que proporcione validez a la Constitución formal, tal como veremos más adelante. En pocas palabras, la Constitución material será determinante para la construcción y próxima edificación de la Constitución formal.

## B. La función de la Constitución material

Para dar cuenta de la función de la Constitución en sentido material que propone la doctrina mortatiana, es interesante observar cuál es la posición de la Constitución formal con respecto a la Constitución material. De entrada, ambos documentos constitucionales no tienen la misma fuerza. La llamada formal, es el instrumento de la material y ésta desarrolla una función determinante dentro del Estado. La constitución formal, es maleable ante los deseos o fines del documento material, pasando a un término secundario (Zagrebelsky, 2000, pág. 258; Jiménez, 1997, pág. 51; Vergottini, 1985, pág. 141-143)<sup>7</sup>.

Ahora bien, otra de las premisas sustantivas del pensamiento de Mortati se hace patente con relación a la carga ideología política del autor, lo anterior se hace de manifiesto cuando argumenta que: “las fuerzas políticas que aparecen como los órganos de esta Constitución, jamás son absorbidas por completo en la estructura fundamental del Estado. Su actividad, como se ha señalado, puede ser disciplinada en mayor o menor medida, y pueden asumir una u otra forma jurídica, en relación con los modos de reglamentación que se haga, pero ésta, por su naturaleza misma, no es susceptible de permanecer constreñida en todos sus aspectos dentro de los límites de la disciplina” (Mortati, 2000, pág. 133-134).

Al respecto, se hace evidente el carácter político de la Constitución que propone el autor italiano, ya que, los poderes políticos, no se encuentran totalmente condicionados, al contrario, se les otorga la máxima jerarquía fáctica con respecto a determinar las pautas que rigen los diversos modos de convivencia en una determinada comunidad lo que ha implicado, que la fuerza normativa constitucional depende en buena medida, así como la carga ideológica de la Constitución material, será guiada por las cargas sustantivas de los partidos políticos.

Con relación ahora, a las funciones de la Constitución material que propone el autor Mortati, se identifican dos:

La primera función del ordenamiento en sentido material es, actuar como fuente de validez o del establecimiento del derecho positivo, en otras palabras, la Constitución material,

---

<sup>7</sup> Al respecto Jiménez Campo señala: “La Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece, en estado se diría latente, sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia, de radical importancia, de que el intérprete habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo y sacar de él, de esta confrontación, las consecuencias jurídicas oportunas”.

determina el surgimiento de la Constitución formal. Asimismo, por medio de las fuerzas políticas, se garantizará el cumplimiento de las previsiones contenidas en la Constitución formal. Al ser el grupo dominante, tanto coactivamente como ideológicamente, es evidente que deben asegurar el orden y estabilidad social.

Una segunda función de la Constitución es la de establecer el elemento de la unidad de un ordenamiento jurídico, es decir, de unificar las diversas formas de producción del Derecho con el propósito de que éstas aparezcan “como expresión de un mismo pensamiento, partes de un sistema único”. Los fines políticos o el ideario del grupo político predominante de un determinado Estado, serán los portadores de la ideología que motive a ser un elemento incuestionable con respecto a la producción del Derecho. Nos encontramos en un punto de apertura a los valores, siempre y cuando éstos se encuentren insertos en la ideología del partido político dominante (Mortati, 2000, pág. 143-156).

La Constitución en sentido material, se puede considerar entonces, como el fruto de la gran contienda que se suscita en la política, donde aparece un vencedor, y es éste, quien determina el orden constitucional, al cual se le aplica el nombre de Constitución en sentido material.

Zagrebelsky, alude a Mortati como un jurista que contempló un determinado contenido en la Constitución, independiente de las particularidades históricas concretas del Estado; asimismo el autor define a Mortati como: “el jurista que, en el periodo fascista, primero ha elaborado en su plenitud una nación de función de y del gobierno, como cuarta función del Estado, independiente y predominante sobre otras y sucesivamente ha sometido el mismo gobierno al papel dominante del partido único como órgano “portador” exclusivo de la Constitución en sentido material en su propia ideología” (Zagrebelsky, 2000, pág. 234; Llamas, 1993, pág.144)<sup>8</sup>.

En suma, la teoría de Mortati, permite al menos arrojar dos ideas fuerza que nos parece importante destacar. La primera tiene que ver, con la presencia de valores en el ordenamiento jurídico, sin embargo, serán condicionados si la ideología política del partido preponderante de un Estado, tenga a bien considerarlos para formar parte de la Constitución material. El

---

8 El autor Llamas Cascón señala que la doctrina del italiano Mortati es: “El paso nada inocente del cientifismo-jurídico del positivismo a la política-ficción como presupuesto inverosímil del planteamiento fascista”.

segundo elemento, más que un presupuesto es, destacar el estudio del autor, no por el tinte ideológico propuesto, sino por defender una postura fuera del positivismo normativo, que, en la figura de Hans Kelsen, encontramos su máxima expresión, tal como veremos en el siguiente epígrafe.

### III. LA TEORÍA DE KELSEN

La propuesta teórica de Kelsen con relación a la Constitución material, tiene que ver con una posición meramente procedimental en el esquema de producción normativa. Sin embargo, veremos con algunos matices, la posibilidad de encontrar en el autor una Constitución material donde los derechos condicionan a todo el sistema jurídico normativo.

La noción y función de la Constitución material en la teoría pura del Derecho, es totalmente opuesta a la concepción expuesta por el italiano Mortati, ya que el punto de partida, así como la diferencia ideológica de ambos autores, son modelos totalmente opuestos. Mortati, (tal como mencionamos arriba) parte de un modelo de unidad derivado del principio de la unidad política, que será proporcionado por el partido político cuya fuerza será la que impere dentro del Estado. Asimismo, la ideología y fines del partido condicionaran el contenido de la Constitución material, manifestándose, como fuente de creación del Derecho, siendo así, el instrumento que otorga validez a la Constitución formal.

Ahora bien, tanto en la *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen, 1986)<sup>9</sup> como en la obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen explica la diferencia entre Constitución formal y Constitución material. Por tanto, por Constitución formal se entiende, aquel documento de carácter solemne que contiene un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante procedimientos o prescripciones especiales con el objeto de salvaguardar, especialmente, las normas que dan vida a los órganos legislativos y regulan el procedimiento de la legislación. Por su parte, la Constitución material está constituida por preceptos que regulan tanto la creación de normas generales y la creación de leyes,

---

9 En referencia al estudio de la *Teoría Pura del Derecho*, se utilizó la traducción de Vernengo Roberto J., que corresponde a la segunda edición publicada en 1960.

teniendo relevancia al concepto éstas últimas. Lo interesante a nuestro tema de estudio, es la facultad de determinación que confiere el autor alemán a la Constitución material, ya que ésta no sólo puede determinar las normas de los órganos del proceso legislativo, sino que también, puede condicionar hasta cierto grado el contenido de las leyes futuras, tal como lo afirma el autor: “la Constitución puede de determinar negativamente que las leyes no deben tener cierto contenido, por ejemplo, establecer que el Parlamento no podrá aprobar ningún estatuto que restrinja la libertad religiosa. En este sentido negativo, no solamente el contenido de las leyes, sino todos los demás preceptos del orden jurídico, así como las decisiones judiciales y administrativas, pueden hallarse determinados por la Constitución” (Kelsen, 1995, pág. 147-148; Kelsen, 1986, pág. 232-234).

Por otro lado, la función dentro del ordenamiento jurídico que se otorga a la Constitución material, es determinante para la creación de normas jurídicas generales. En otras palabras, se condiciona a los órganos el procedimiento legislativo a seguir para la creación de las leyes futuras, estableciendo hasta un cierto contenido. El problema de lo anterior, será garantizar que una norma de grada inferior se ajuste a otra norma de grada superior superior, misma que determina su creación o su contenido (Kelsen, 1995, pág. 316).

Si lo anterior es verdad, el contenido de la Constitución en sentido material, condicionará de manera importante, la creación de todos los preceptos del orden jurídico. Es entonces cuando un determinado contenido, -que podrían ser los derechos- se posiciona en la grada superior de la pirámide kelseniana, determinando el contenido material de las leyes futuras y, en consecuencia, de normas de menor rango que la propia Constitución.

Por lo anterior, es interesante observar como en varios pasajes de distintas obras del autor hace referencia a un determinado contenido de la Constitución material que condiciona la producción normativa. Es entonces cuando la Constitución dispone en el fondo que las leyes no solamente deberán ser elaboradas por una determinada forma, sino también que no podrán contener disposición contraria que ponga en riesgo o atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución entonces no es únicamente regla procedimental, sino también un tipo de regla sustantiva (Kelsen, 2001, pág. 114-117)<sup>10</sup>.

---

10 Sobre este punto es interesante ver que el autor hace alusión a un determinado contenido material, aludiendo

Prueba de lo anterior se encuentra en el ensayo de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, exponiendo tres elementos que configuran la Constitución en sentido material. Por un lado, tenemos que ésta contiene las reglas referentes a los órganos y al procedimiento de legislación, así como, lineamientos relativos a los órganos ejecutivos supremos, y, asimismo, reglas que determinan las relaciones entre el Estado y sus súbditos, fijando un catálogo de derechos fundamentales, es decir, se establecen una serie de principios sobre el contenido de las leyes (Kelsen, 2001, pág. 117).

Para una mejor comprensión sobre el alcance del concepto de Constitución material, tenemos que tener en cuenta la función que el autor propone entre el sistema estático y dinámico, puesto que, desde las afirmaciones mencionadas, las funciones de ambos sistemas se verán replanteadas en lo que corresponde a la influencia que propicia un determinado contenido en la Constitución.

### **A. El sistema estático y dinámico del Derecho de Hans Kelsen**

Como es sabido, la teoría de Kelsen tiene como punto de partida dar razones con relación a la norma fundamental cuya ausencia privaría de todo entendimiento de la construcción de su teoría (García, 1996, pág. 27; Losano, 1992, pág. 145)<sup>11</sup>. La norma fundamental debe tener el carácter de norma, ya que solo así, puede ser el fundamento de validez para otra norma de rango inferior. Asimismo, la norma fundante, constituye la unidad de toda la multiplicidad de normas de un ordenamiento jurídico, y deberá ser capaz de habilitar la validez jurídica (Kelsen, 1986, pág. 202).

El principio estático, se constituye por normas que por su propio contenido son válidas. Por su parte, el principio dinámico es: “un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa

---

inclusive a un concepto de Constitución más amplio: “Es esta noción amplia la que no solamente reglas sobre los órganos y el procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales”.

11 La norma fundamental existe solo en un momento posterior al surgimiento real de un determinado ordenamiento jurídico. La función teórica de la figura propuesta por Kelsen, permite a la ciencia jurídica fundar la validez de un ordenamiento jurídico.

norma fundamenta básica” (Kelsen, 1986, pág. 204-205). En otras palabras, es el ritual que determina si una determinada norma pertenece o no a un sistema normativo. Por tanto, desde esta óptica, se determinará si los preceptos jurídicos son válidos y parte integrante de un cierto ordenamiento jurídico. De ahí, que dicha validez será otorgada por la ley fundamental del propio ordenamiento.

Es sabido que la distinción entre el sistema estático y dinámico, es el reflejo de un sistema moral (estático) y un paradigma de sistema jurídico (dinámico) prevaleciendo entonces, el sistema dinámico como fundamento de validez de todo orden jurídico.

Siguiendo a Patricia Cuenca, podemos diferenciar al sistema dinámico y estático bajo dos criterios: la diferencia entre estructura o naturaleza de la norma fundamental y, distinguiendo la relación entre las normas dentro del sistema, esto es, desde la óptica de la configuración (Cuenca, 2010, pág. 11; Ansuátegui, 1997, pág. 82-83).

El contrasta que se da con respecto a la estructura o naturaleza normativa, tiene que ver con que los sistemas estáticos se configuran con una norma fundamental de contenido moral y, por otro lado, los sistemas dinámicos encuentran su fundamento en un órgano meramente formal, limitándose a otorgar competencia al máximo órgano creador de normas, sin que el contenido puede imponer condición alguna. En lo que respecta al análisis de las relaciones entre normas, en los sistemas estáticos las normas se deducen unas de otras, es decir, la norma es válida, si la norma inferior se deriva de la norma superior; por su parte, las normas del sistema estático se producen por medio de otras normas, entonces, una norma es válida si es producida por una norma de rango superior, hasta encontrarse con la norma fundamental. “En el Derecho, como orden normativo dinámico, la relación jerárquica de dependencia entre las normas es una relación de regulación de la producción. Las normas superiores regulan la creación de las normas inferiores” (Ansuátegui, 1997, pág. 12-13).

De igual manera, la distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos se puede relacionar teniendo en cuenta la existencia de dos tipos de normas que pueden encontrarse en un determinado sistema normativo, tal como: la divergencia entre normas independientes y normas dependientes. Las normas independientes son aquellas normas que están condicionadas por la previa pertenencia a otras normas de un mismo

sistema, cumpliendo la función de axiomas o postulados; las normas dependientes, al contrario, se encuentran determinadas por la pertenencia de otras normas del mismo sistema (Caracciolo, 1988, pág. 31). En lo que compete a las normas dependientes, se pueden distinguir al menos dos posibilidades: a) una norma es dependiente si es consecuencia lógica de otra norma, donde figura una relación de deducibilidad; b) una norma es dependiente, si la autoridad normativa que instaura dicha norma, se encuentra autorizada por otra norma (Ansuátegui, 1997, pág. 83)<sup>12</sup>.

Si bien es cierto que la distinción entre el sistema dinámico y estático en Kelsen, es clara con respecto a pertenecer a dos sistemas de naturaleza distinta, pero, no será tan clara, cuando a la luz de determinados contenidos contemplados en la Constitución material que el mismo autor alemán alude, serán tomados en consideración para el funcionamiento del sistema normativo que en la teoría pura del derecho es esencialmente de carácter dinámico.

## **B. La Constitución material en el sistema dinámico de Kelsen.**

Ahora bien, para explicar a lo que Kelsen defiende como Constitución material, la define teniendo en cuenta a esta, como parte integrante del sistema dinámico del derecho, y que tiene la función de ser un instrumento de creación de normas jurídicas generales, capaz de determinar a los órganos el procedimiento legislativo a seguir para la creación de las leyes futuras, condicionando hasta un cierto contenido (Kelsen, 1995, pág. 316). Es en este punto, donde no se puede seguir sosteniendo que un orden jurídico sea esencialmente de carácter dinámico, ya que los contenidos pueden tener naturaleza propios del sistema estático de Derecho. Por lo anterior, el autor alemán se encarga de otorgar poco valor a los contenidos del ordenamiento, tal como lo señala el propio Kelsen: “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino

---

12 Al respecto el Ansuátegui Roig señala que: “la relación de dependencia entre ambas normas es de legalidad, ya que la acción normativa se ha llevado a cabo en el marco de una autorización normativa. Así, un sistema que admite la relación de deducibilidad como consecuencia necesaria y suficiente de la pertenencia y validez de las normas de un sistema estático, mientras que por el contrario los sistemas normativos dinámicos son aquellos basados en la relación de legalidad”.

por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica, de ahí que cualquier contenido que sea, pueda ser derecho” (Kelsen, 1986, pág. 225).

Al respecto, podemos ver al menos dos inconsistencias en torno al sistema normativo de esencia puramente dinámico. En primer término, señalar que la Constitución material (que prevé el propio Kelsen) determina hasta cierto grado un explícito contenido (Kelsen, 1986, pág. 242; Kelsen, 2001, pág. 114-117);<sup>13</sup>y, en segundo lugar, si cualquier contenido puede ser Derecho, (ya que solo es necesario el requisito formal-procedimental para la creación de normas) se puede llegar a incurrir en contradicciones entre las normas de un mismo sistema normativo, ya sea entre normas situadas en la misma grada normativa o en rangos inferiores. Resultaría grave, que las normas de grada inferior, contradigan el contenido de las normas de gradas superior si se mantiene la premisa de que cualquier contenido que sea, puede ser derecho: “no hay comportamiento humano comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. Ni la validez de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de otra norma no perteneciente al orden jurídico cuya norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada. La norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada. La norma fundante de un orden jurídico no es una norma material que, por considerarse inmediatamente evidente el contenido, sea propuesta como norma suprema, a partir de la cual, mediante una operación lógica, puedan derivarse normas del comportamiento humano, como lo particular se infiere de lo universal (Kelsen, 1986, pág. 205-206).

En atención a lo anterior, García Amado señala: “entender el sistema como puramente dinámico conduciría al absurdo de pensar un sistema que para cada caso o conflicto se limitara a prescribir el órgano y el procedimiento de resolución, pero que nada dijera del contenido de esa resolución, o que la lo que diga en cuanto a contenidos sea irrelevante

---

13 Recordar que la Constitución en sentido material determina tanto el procedimiento de creación normativa, así como un determinado contenido, aunque sea solo excepcionalmente en sentido negativo.

para la validez o no de la norma inferior” (García, 1996, pág. 24-25; Prieto, 1994, pág. 102-103)<sup>14</sup>. La relevancia que juegan los contenidos, en oposición a Kelsen, figuran a que los mismos deben ser utilizados como criterios de validez jurídica entre las normas de la misma grada jurídica, así como, de las normas inferiores. En consecuencia, cumpliría con la exigencia del principio de no contradicción constitucional entre las normas de un sistema normativo, principio que presenta dificultades en el sistema puramente dinámico.

Siguiendo a Rafael de Asís, es posible que un órgano dictase normas de contenido contradictorio, lo que representaría un problema derivado tanto, en la consideración del Derecho como sistema, así como, en el cumplimiento y fines que le caracterizan, así, “la exigencia de coherencia es esencial en el Derecho, hasta el punto de que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador. Implica la ausencia de normas contradictorias o incompatibles, o, al menos, la presencia de criterios para solucionar la posible presencia de normas contradictorias” (de Asís, 1995, pág. 27-28; Caracciolo, 1994, pág. 11)<sup>15</sup>.

Ahora bien, se ha destacado la importancia de un determinado contenido con respecto a la coherencia que debe prevalecer en un sistema de normas, evitando consigo discrepancias jurídicas desde el momento en que Kelsen afirma que cualquier contenido puede ser derecho, siempre y cuando se le confiera validez por medio del procedimiento jurídico-formal existente, evadiendo así, cualquier influencia por parte

---

14 Así mismo Prieto Sanchís alude a la problemática que existen en relación a uno de los temas más complejos que es la relación de las normas por razón de su contenido, que el autor señala como una tensión que difícilmente se podrá superar. “En realidad pienso que en Kelsen existe una tensión difícilmente superable entre el principio estático y el principio dinámico a la hora de conferir validez de las normas. De acuerdo con el primero, la validez vendría dada por la conformidad entre el contenido de una norma inferior y otra superior que, en sentido estricto, deja muy poco espacio al judicialismo y, en suma, a la política y al poder; esto es –rectamente entendido - a otra política y a otro poder que no sean aquellos que cristalizan o se expresan en la norma superior. En aplicación del segundo, la validez de una norma residiría exclusivamente en el hecho de haber sido dictada por un órgano competente habilitado por el sistema, con independencia de cuál sea el contenido de la prescripción y, por tanto, con independencia de cuál sea el contenido de la prescripción y, por tanto, con independencia de su mayor o menor conformidad material con otra norma superior”.

15 El autor hace alusión que, la concepción de Derecho como sistema de normas lleva consigo una serie de notas, tal como: unidad, coherencia y plenitud. En este mismo sentido Caracciolo utiliza el término de consistente, para referirse que un sistema de normas no debe de contener contradicciones: “La exigencia de que el Derecho, entendido como un sistema de normas, tiene que ser consistente, esto es, que tiene que carecer de contradicciones, parece ser aún más fuerte que el requisito de completitud”.

de la presencia de contenidos en el ordenamiento. Sin embargo, el propio Kelsen, admite que la Constitución material contemple ocasionalmente un determinado contenido (Cuenca, 2008, pág. 187 y ss.)<sup>16</sup>. Desde esta óptica, es dable constatar que el sistema jurídico dinámico, puede desarrollar postulados del sistema estático bajo el cobijo de la Constitución material, afirmación difícilmente aceptable para la teoría pura del Derecho.

#### IV. CONCLUSIONES

Somos conscientes que un modesto trabajo como el presente, pueda vislumbrar todos los acertijos posibles que devienen de una teoría trabajada por varios años y que hoy en día la comunidad académica, sigue encontrando refugio intelectual en el pensamiento de Kelsen, y más, cuando ha permitido ser punto de partida para vislumbrar los problemas jurídicos-filosóficos contemporáneos. Por ser una teoría tan estudiada, se convierte en blanco constante de críticas y argumentos en contra de postulados importantes. Por citar un ejemplo, el principio de la norma fundamental en Kelsen, es un elemento indispensable como cimiento de la validez normativa de todo ordenamiento de carácter positivo. La crítica que suele atribuirse a la norma fundamental, es que es una norma no positiva y por tanto, pareciera incongruente conferirle la misión de ser una norma que provea de validez al resto de normas. Por tanto, la validez de la norma fundamental se determina de manera hipotética, de lo contrario, se tendría que asumir otro tipo de postulados provenientes de la esfera moral, lo cual sería reprobable para el propio Kelsen (García, 1996, pág. 33; Calsamiglia, 1994, pág. 121).

Podremos concluir, señalando que, incluso con los postulados de la teoría kelseniana podemos afirmar la presencia de contenido material, por lo que el sistema jurídico se verá seriamente condicionado ante la presencia de derechos en la cúspide normativa de la jerarquía normativa, con lo que se podría superar la dicotomía que existe entre los sistemas normativos dinámico-estático de derecho y, con ello, poder reflexionar sobre una

---

16 Un análisis en torno a las contradicciones de Kelsen con respecto al contenido material en la Constitución lo podemos observar en: “El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica”.

configuración mixta del orden jurídico (Cuenca, 2008, pág. 242-243; Delgado, 2006, pág. 2006, pág. 127; Kelsen, 1986, pág. 245; Kelsen, 1995, pág. 24-25)<sup>17</sup>.

De igual forma, seguir escribiendo y cuestionando el funcionamiento constitucional en clave de la Constitución material y sus postulados, deja entrever diversos matices que suscitan acalorados debates teóricos de lo mucho que falta por materializar en el respeto irrestricto constitucional de nuestros días.

## V. REFERENCIAS

- Ansuátegui Roig, F. J. (1997). *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n.º 2). Dykinson.
- Bergareche Gros, A. (2000). Estudio preliminar. En C. Mortati, *La Constitución en sentido material* (Estudio preliminar y trad. A. Bergareche Gros). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Calsamiglia, A. (1994). Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio. En Á. Llamas Cascón (Ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* (p. 121). Universidad Carlos III / BOE.
- Caracciolo, R. A. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales* (Cuadernos y Debates). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Caracciolo, R. A. (1994). *La noción de sistema en la teoría del derecho*. Distribuciones Fontamara.

---

17 En “El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica” (Cuenca, 2008) se persigue la línea argumentativa de “Estudios Filosóficos del Derecho” (Delgado, 2006). Uno de los pasajes donde se evidencia la presencia de contenido material en la teoría de Kelsen se puede observar en Teoría Pura del Derecho (Kelsen, 1986) Con respecto a la inconstitucionalidad de la ley, Kelsen señala que, ésta puede derivarse tanto de contenidos formales como materiales, para evitar una posible contradicción. “La inconstitucionalidad de una ley puede consistir –como aparece a primer vista– no sólo en que ha sido adoptada mediante un procedimiento no prescrito por la Constitución, sino que también puede tener un contenido que no debería tener según la Constitución; en la medida en que precisamente la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las leyes futuras, por ejemplo, mediante la exposición de pautas, principios, etc. Pero dado que una jurisdicción constitucional en relación con las leyes sólo es posible cuando las normas constitucionales materiales son presentadas también bajo la específica forma constitucional, es decir, como leyes calificadas –pues de otro modo cada ley constitucional material sería derogada o modificada por una simple ley, que esté en contradicción con aquéllas, y así no sería posible la evaluación de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la ley ha sido dictada de acuerdo con la Constitución” (Kelsen, 1995).

- Cuenca Gómez, P. (2008). *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Dykinson.
- Cuenca Gómez, P. (2010). Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. *Papeles “El tiempo de los derechos”*, (3), 1–17. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14584/Una\\_aproximacion\\_a\\_la\\_teor%C3%ADa\\_pura\\_del\\_derecho\\_de\\_Hans\\_Kelsen.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14584/Una_aproximacion_a_la_teor%C3%ADa_pura_del_derecho_de_Hans_Kelsen.pdf)
- De Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento* (Prólogo de G. Peces-Barba). Marcial Pons.
- De Vega, P. (2010). Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. En M. Carbonell (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (5.<sup>a</sup> ed., pp. 25–44). Porrúa.
- Delgado Pinto, J. (2006). *Estudios de filosofía del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fioravanti, M. (2010). Las doctrinas de la Constitución en sentido material. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (6), 425–438. [http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/10\\_fioravanti.pdf](http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/10_fioravanti.pdf)
- García Amado, J. A. (1996). *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Marcial Pons.
- Guastini, R. (1999). Sobre el concepto de constitución. *Cuestiones Constitucionales*, (1), 162–177. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.1999.1.5566>
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado* (F. de los Ríos, trad.). Comares.
- Jiménez Campo, J. (1997). Contra la constitución material. En J. J. Ruiz-Rico (Hom.), *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (pp. 42–54). Tecnos.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (R. J. Brie, trad.). Tecnos.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, trad.). Universidad Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado* (E. García Máynez, trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*.

Universidad Nacional Autónoma de México.

Llamas Cascón, Á. (Ed.). (1993). *Los valores jurídicos como ordenamiento material*.

Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado.

Losano, M. G. (1992). *Teoría pura del derecho. Evolución y apuntes cruciales* (R. J.

Guerrero, trad.). Temis.

Mortati, C. (2000). *La constitución en sentido material* (A. Bergareche Gros, estudio preliminar y trad.; G. Zagrebelsky, epílogo). Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales. ISBN 978-84-259-1138-5.

Peces-Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Tecnos.

Prieto Sanchís, L. (1994). La sombra del poder sobre el derecho. En Á. Llamas Cascón

(Ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* (pp. 102–103). Universidad Carlos III / BOE.

Tamayo y Salmorán, R. (1986). *Introducción al estudio de la constitución* (2.ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Vergottini, G. (1985). *Derecho constitucional comparado* (2.ª ed.). Espasa-Calpe.

von Savigny, F. K. (2005). *Sistema del derecho romano actual* (M. Ch. Guenoux, trad.).

Comares.

Zagrebelsky, G. (2000). Epílogo. En C. Mortati, *La constitución en sentido material* (p. 258). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

---

**JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES.** Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretario Académico del Centro Universitario del SUR, de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I.

**RAÚL PADILLA PADILLA.** Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Jefe de Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

