



REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN COMO LA NORMA FUNDAMENTAL A LA LUZ DEL NUEVO ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL: EL CASO MEXICANO

Carlos Ruz Saldívar¹
Universidad Veracruzana caruz@uv.mx

Erika Verónica Maldonado Méndez²
Universidad Veracruzana ermaldonado@uv.mx

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Carlos Ruz Saldívar y Erika Verónica Maldonado Méndez (2019): "Reflexiones sobre la Constitución como la norma fundamental a la luz del nuevo orden jurídico internacional: el caso mexicano", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (marzo 2019). En línea

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/03/reflexiones-constitucion-mexico.html>

SUMARIO: Resumen, palabras claves. 1. Introducción. 2. El origen del Derecho. 3. El derrumbe de la pirámide de Kelsen. 4. Un nuevo orden. 5. Fuentes.

Resumen: Se dice que el orden constitucional es el elemento que protege a la sociedad, que por medio de su ordenamiento se establece toda una jerarquía alineada a la norma suprema, pero las constituciones son una invención moderna, las sociedades más remotas de seres humanos no las necesitaron para sobrevivir, como tampoco las necesitan otros animales que viven en manada y mantienen un orden, el presente artículo propone que los derechos fundamentales no nacieron con las primeras constituciones, lo hicieron en las sociedades más antiguas de la prehistoria.

Por otra parte, tradicionalmente se parte de la idea de que los sistemas jurídicos contemporáneos, resultan un contrato social justo y que, al contener, la ratificación de la sociedad constituye la ley suprema de una nación y que no admite injerencias externas en pro de la preservación de su soberanía; pero esa idea es cuestionable, el nuevo orden internacional ha cambiado el viejo paradigma, debemos reconocer principios y jurisdicción externa lo que colapsa el orden interno y hace cuestionar la validez de las constituciones y vislumbrar que quizás nunca fueron necesarias.

El objetivo del presente artículo es proponer que el orden y la cohesión han prevalecido antes de la escritura y aún antes de los primeros humanos, que las constituciones han sido útiles pero no imprescindibles y que hoy colapsan ante el nuevo orden internacional.

Palabras clave: Constituciones, pirámide de Kelsen, derechos fundamentales, nuevo orden internacional, ley en los animales.

Summary: 1. Introduction. 2. The origin of law. 3. The collapse of the Kelsen pyramid 4. A new order. 5. Bibliography.

Abstract: It is said that constitutional order is the element which protects society, that through its ordainment a whole hierarchy is established aligned to the supreme norm, but

¹ Académico de tiempo completo de la Universidad Veracruzana, adscrito al Sistema de Enseñanza Abierta zona Veracruz, programa educativo de la licenciatura en derecho.

² Académica de tiempo completo de la Universidad Veracruzana, adscrita a la Facultad de Derecho zona Xalapa, programa educativo de la licenciatura en derecho.

constitutions are a modern invention, the most remote communities of human beings did not need them to survive, as neither needs it other animals which live in groups and maintain order. The present article proposes that fundamental rights were not born with the first constitutions; they were born in the most ancient societies in prehistory.

On the other hand, it is traditionally argued that the idea of the contemporary legal systems is a just social contract and that by containing the ratification of society it constitutes the supreme law of a nation and that it won't admit foreign interference in favor of the preservation of its sovereignty. But that idea is unquestionable; the new international order has changed the old paradigm, we must recognize principles and external jurisdiction which collapses the internal order and makes us question the validity of constitutions and realize that maybe they were never necessary.

The objective of the present article proposes that order and cohesion have prevailed before writing and even before the first humans, the constitutions have been useful but not essential and currently collapse before the new international order

Keywords: Constitutions, Pyramid of Kelsen, Fundamental rights, new international order, law in wildlife.

METODOLOGÍA

Al tratarse de un trabajo de tipo cualitativo, se realizó bajo los lineamientos del método inductivo, concretamente con el estudio del caso de la jerarquía normativa del sistema jurídico mexicano, partiendo de sus orígenes hasta su actualidad, esto es desde un enfoque longitudinal, con uso totalmente de técnicas de análisis de fuentes documentales, de tipo histórico, teórico y legal.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, intentaremos demostrar en primer lugar, que las Constituciones son una invención moderna, y que en los albores de la humanidad no fueron necesarias para proteger derechos fundamentales; en segundo lugar, también demostraremos que la teoría de la pirámide de Kelsen se ha desmoronado, que la arqueología jurídica no ha logrado conservar ni siquiera el piramidión, y que muy probablemente, las próximas generaciones de juristas ni siquiera lleguen a saber de su existencia, quedando en el olvido y quizás la inquisición jurídica, mandará quemar sus libros y en las aulas universitarias, no volveremos a hablar de ello. Por otra parte, compartiremos la idea de que impera un nuevo orden jurídico internacional, a pesar de que quienes representan al Estado Mexicano, se resisten al pleno reconocimiento del nuevo orden. Ilustraremos el derrumbe de la pirámide de Kelsen, con un esbozo del comercio internacional en la web.

2. EL ORIGEN DEL DERECHO

Por lo general se coincide en la idea de que el derecho más evolucionado es fruto de occidente, los libros de texto de los estudiantes de derecho en las distintas facultades del país, hacen énfasis en que la visión de un derecho estructurado nace desde la antigua Roma, pero la aparición de dicha civilización nos lleva alrededor del año 753 a.e.c.³, por lo que creer en dicha hipótesis es aceptar la idea de que antes de Roma los pueblos eran unos simples bárbaros sin orden alguno, lo que no explicaría el florecimiento de los pueblos en el creciente fértil, la tierra de los faraones o la cultura del Valle del Indo, que anteceden con mucho a Roma.

Existen autores, que se aventuran a considerar a los griegos como los creadores de las primeras normas, pero dicha visión sólo aumenta unos cuantos años la supuesta aparición del derecho. Carlos Quintana y Norma Sabido han sostenido en una de sus obras, que en los albores de la humanidad no había la existencia de derechos del hombre, considerados como un conjunto de prerrogativas del gobernado, de observancia obligatoria para los que ejercían el poder, también sostienen que no es posible afirmar que el individuo tuviera potestades o facultades de que

³ Nota de los autores: a.e.c. antes de la era común; término que emplearemos en el presente trabajo académico, por considerarlo neutro, sin connotaciones religiosas.

podiera gozar dentro de la comunidad a la que pertenecían y que es en China, en el periodo que va del 800 al 200 a.e.c., cuando surgen las ideas de los derechos o garantías como actualmente se conciben.⁴ De igual manera Ignacio Echeagaray, considera que la historia del derecho no inicia con las primeras sociedades humanas, él las ubica con las instituciones griegas alrededor del 1100 a.e.c.,⁵ en términos generales, los autores señalados, consideran que los derechos fundamentales surgieron un poco tarde en la historia del mundo, por lo que equivaldría a suponer, que antes de los períodos señalados existía una simple anarquía, sin embargo, las evidencias demuestran lo contrario.

Charles Darwin afirmaba y no con poca razón, que todos los seres orgánicos tenemos afinidades reales, los mamíferos no somos muy diferentes orgánicamente hablando, y considerando las estructuras óseas y el ADN (ácido desoxirribonucleico) compartido con algunos primates, nos lleva a concluir que somos una especie de ellos,⁶ ya que al margen de posturas religiosas, debemos de reconocer que los seres humanos entre ellos los *sapiens*, como pomposamente nos diferenciamos de otros humanos que existieron, compartimos un antepasado común con el resto de los primates, los cuales mantienen no sólo características físicas similares a nosotros, sino además, una organización social, comportamiento y educación, que nos proporcionan evidencias de la instrucción y el sistema de orden que debieron haber heredado los más antiguos *sapiens*. La teoría de Darwin coadyuva a entender que las organizaciones sociales de los primates actuales pueden ser muy parecidas a la de los más remotos *sapiens* y ayuda a entender, el origen y cohesión que el orden otorga, presente desde nuestros más remotos antecesores.

Pablo Herreros sostiene, que la democracia y la política nacieron en la selva, ya que el estudio de los primates más próximos al *sapiens*, chimpancés y bonobos, nos demuestra que esas especies, al igual que la nuestra, mantienen el orden en su sociedad por medio de un equilibrio de fuerzas, de tal forma que hace prácticamente imposible el monopolio del poder, en su lugar se reparte por cuotas. Existe en los primates más próximos al *sapiens* un orden, el cual proporciona un entorno seguro “Aunque es cierto que los primates no humanos no han logrado un sistema tan sofisticado como el humano, en el que existen instituciones especiales para regular la cooperación, sí podemos rastrear las raíces de las leyes en su estado más «salvaje» o una regulación de la vida en colectivos que Jane Goodall llamó «orden sin ley»”.⁷ El autor citado, añade que los machos de chimpancé tratan de dominar a las hembras mediante pequeños mordiscos en el cuello, sin lastimarlas, una especie de ritual de apareamiento que no resulta muy distinto del de los *sapiens*, pero a diferencia de nosotros, los chimpancés tienen grandes dientes caninos pero no los entierran, lo hacen con suavidad, eventualmente algún macho exagera, los investigadores han observado, que cuando eso ocurre, las hembras suelen formar una coalición para perseguir al agresor, una especie de policía que hace uso de la coacción.

Marc Bekoff ha descubierto que en perros, lobos y coyotes los individuos más fuertes regulan su fuerza para no ser expulsados, pero además, sostiene que los animales actúan de manera altruista, que también tienen la capacidad de empatía, perdón, confianza y reciprocidad. En los *sapiens*, estos comportamientos constituyen lo que llamamos moral. Él considera que hay buenas razones para creer que la moral también existe en otros animales distintos a nuestra especie.⁸ La conciencia de lo que llamamos moral, es indispensable para la vida social y constituye el requisito indispensable en la construcción del derecho.

Las conclusiones de los autores de: *Yo, mono* y *Wild Justice*, permiten suponer, que el orden se encuentra presente en todas las especies animales que viven en manada, por ello es fácil arribar a la idea, de que un mínimo de derechos fundamentales existe desde la aparición de la primera sociedad de *sapiens*, desde lo más profundo de una cueva, donde la convivencia fue necesaria. En ese mismo orden de ideas, Yuval Harari, el historiador israelí, sostiene que los *sapiens* antiguos, al convivir en las cuevas, lograron una estructura compleja que detonó las conexiones cerebrales al buscar mecanismos mayores de expresión que el lenguaje rudimentario con el que se comunicaban, lo que facilitó la convivencia, la cacería y el contacto con clanes vecinos, la socialización supone entonces, mecanismos de adaptación que favorecen el

⁴ Quintana Roldán, Carlos y Sabino Peniche, Norma, *Derechos humanos*, sexta edición, México, Porrúa, 2013, p. 2.

⁵ Echeagaray, José Ignacio, *Compendio de historia general del derecho*, cuarta edición, México, D.F., Porrúa, 2006, p. 15.

⁶ Darwin, Charles, *El origen de las especies*, trad. UNAM, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana, 1859/2008, p. 738.

⁷ Herreros Ubalde, Pablo, *Yo, mono*, Barcelona, España, Ediciones Destino, 2014, pp. 95-96.

⁸ Bekoff, Marc y Pierce, Jessica, *Wild justice: the moral lives of animals*, USA, University of Chicago Press, 2009, pp. 1-12, <http://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/041612.html>

aprendizaje y el orden, convivir en sociedad siempre lo explica y Harari sostiene que esa socialización existió desde la antigüedad más remota del *sapiens*, lo que rompe el paradigma que ubica al derecho tarde en la historia.⁹

Debemos de considerar, que la vida social, se encuentra regida por una serie de normas o mandatos encaminados directamente a regular la conducta de los individuos, ya que éstos actúan como miembros del grupo social, por tanto, la conducta entre los miembros del grupo en sus relaciones, debe estar sometida al orden. Siguiendo a Rousseau, podemos afirmar que la gente se aglutina a efecto de obtener la formación del contrato social,¹⁰ en el cual los hombres entienden que el uso de la fuerza no permitiría que el grupo subsistiera, por el contrario, tendería a su desintegración, por lo que no tienen otro medio de conservarse más que constituirse en una asociación, que defienda y proteja de toda fuerza, a la persona y a los bienes de cada asociado, manteniéndose libres con los límites que impone ese contrato social. Rousseau, plantea la hipótesis de que los hombres se someten al sistema de control, porque cada miembro de la sociedad se doblega a la suprema dirección de la voluntad general, lo que plantea una condición de igualdad para todos y que garantice un mínimo de derechos que nos permita convivir en paz. Creyéndole a Rousseau, podemos afirmar, que el andamiaje que sostiene el cumplimiento de una norma, encuentra su soporte en las primeras sociedades, tema que, desde la aparición de la teoría del francés, ha sostenido el antecedente del contrato social, como amalgama de los pueblos y que *a priori*, los autores de estas líneas, sostienen que tal situación prevalece desde el origen del hombre, sin un lenguaje estructurado como actualmente tenemos, sin escritura, sin herramientas y con un incipiente cerebro, ya había derechos fundamentales de convivencia, por lo que no sólo no aceptamos las ideas que ubican al derecho tarde en la historia de la humanidad, sino que sostenemos que las constituciones escritas, durante miles de años fueron innecesarias para la convivencia humana, el contrato social fue oral, de costumbre y con la suficiente fuerza para respetarse, por lo menos en cada una de las sociedades, ya que al exterior, fue y sigue siendo una idea en ciernes.

3. EL DERRUMBE DE LA PIRÁMIDE DE KELSEN

Vivimos en un mundo plural y cada vez más pequeño, donde los medios electrónicos han producido un impacto tremendo en la sociedad, permitiéndonos conocer, casi en tiempo real, lo que ocurre en cualquier parte del mundo, convirtiendo en realidad la idea o más bien una cuasi profecía de Marshal McLuhan¹¹ de que pertenecemos a una aldea global, dicha cercanía virtual ha transformado nuestra realidad en formas que resultarían inimaginables hace 70, 60 o incluso 30 años atrás, en donde solamente los visionarios como McLuhan percibieron lo que ocurriría. Por ello día con día, al estar conectados en la red, ya sea por el ordenador, la tablet o el teléfono inteligente, crece un pensamiento liberal, impulsado por las redes sociales que nos abren el contacto con otras culturas, la educación y en especial la influencia de otras formas de pensamiento y de hacer negocios, los anuncios comerciales de más impacto hoy no solamente se ven en las cadenas de televisión, los periódicos convencionales (que apenas sobreviven), vemos publicidad en medios digitales, redes sociales, en canales de vídeo e incluso en páginas académicas, por lo que en la búsqueda del consumo, productores y comerciantes, generan mercadotecnia en la web y nos pone a nuestra disposición los productos, a solamente un clic.

Al cambiar la forma de hacer negocios por medio de la red, con la finalidad de acceder a los nuevos canales, los proveedores de bienes o servicios se tienen que preparar y adaptarse a los cambios bajo pena de desaparecer, por lo que los comerciantes, productores, compañías de servicios y hasta de beneficencia, compran anuncios en la web y promocionan sus productos y servicios. Las compañías que ofrecen los nuevos servicios de mercadeo, logran identificar la posición del usuario para ofrecer a sus clientes los anuncios a los consumidores locales, pero los cibernautas en su peregrinaje constante en la web, también descubren productos y proveedores de todas partes del mundo, se puede comprar en infinidad de páginas y países, algunas por

⁹ Harari, Yuval Noah, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, México, D.F., Penguin Random House Grupo Editorial, 2014, pp. 35 - 36

¹⁰ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. M. J. Villaverde, Madrid, España, Tecnos, 1988.

¹¹ Herbert Marshall McLuhan (1911-1980), escritor canadiense que abordó en su obra el tema de la comunicación. Su teoría, "el medio es el mensaje", se convirtió en el lema de la contracultura de la década de 1960. Nació en Edmonton (Alta), y estudió en las universidades de Manitoba y Cambridge. Dio clases en diversas universidades de Canadá y Estados Unidos. Fuente Microsoft Encarta 2008.

supuesto, corresponden al país y se encuentran sujetas a la jurisdicción del Estado Mexicano, otras en cambio, pueden ser de zonas sumamente alejadas del territorio nacional.

Así en el país existe una gran variedad de productos y servicios que se ofrecen, tanto de prestadores de servicios como productores locales, sin embargo, los consumidores en ocasiones preferimos productos y servicio de otras latitudes, ya sea porque no existan en el país, porque queremos otra calidad o simplemente porque lo preferimos de un determinado lugar y decidimos adquirirlos en la red, al llegar nuestro paquete a las aduanas mexicanas, el gobierno nos impone generalmente, una carga fiscal a la importación, un castigo por traer un producto que no se adquiere en el país, pero que al ser destinado al consumidor final, se traduce en una carga al consumo. Pero por el pago de esa carga fiscal, la autoridad mexicana no nos otorga ninguna contraprestación a cambio, no se alza como garante de los derechos de los consumidores y la Procuraduría de protección al consumidor en México, resulta inútil en la defensa, por falta de una doble competencia (jurídica e intelectual), y para garantizar la calidad del producto o servicio, dependemos en gran medida de la buena voluntad del proveedor, y el Estado defensor, resulta ausente de las compras finales de los productos o servicios adquiridos en el extranjero.

Lo anterior se afirma con fundamento en la Ley de protección al consumidor vigente en nuestro país, que tiene como objeto, de acuerdo a su artículo primero segundo párrafo: "...promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores."¹², siendo que la protección a los consumidores en México, se encuentra en buena medida, protegida por una Procuraduría de protección al consumidor, la cual cuenta con facultades de inspección, vigilancia, sanción, conciliación y arbitraje, erigiéndose como baluarte de los intereses de la clase consumidora, por lo menos en teoría, ya que el propio artículo primero de la ley, se basa en la teoría de Kelsen, estableciendo jurisdicción solamente en el ámbito espacial del país, al señalar en el mismo artículo inicial en su primer párrafo: "La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario."¹³ En consecuencia la competencia de la institución mexicana que protege a los consumidores, solamente mantiene una jurisdicción local, sus principios y reglas, si bien reconocen el uso de medios electrónicos en la instrumentación de operaciones que celebren los proveedores con los consumidores, y además incluyen algunas empresas de capital extranjero que operan en México, no aplican en el mundo virtual de los comercios que operan en el extranjero, quedando sin vínculos jurídicos para ejercer la defensa de los consumidores; para quienes escribimos el presente, la ineficacia de su protección deriva del hecho de que en la construcción de sus facultades, operó la pirámide de Kelsen, como explicamos a continuación.

Contratar o comprar en la red no plantea un nuevo tipo de contrato, pero sí una nueva forma de expresión de la voluntad, que en muchas ocasiones no requiere de una firma electrónica cifrada, basta con dar clic para activar el consentimiento y perfeccionar el contrato. La facilidad para contratar a distancia, en realidad no implica en principio un problema, existe desde mucho tiempo atrás en México, basta recordar que el Código de Comercio desde 1889, ya incluía el uso del telégrafo como medio de llevar a cabo actos de comercio, por su parte el Código Civil federal, incorporó en 1928 el uso del teléfono y con las reformas del 2000, en los códigos federales en materia civil y procesal civil, Código de Comercio y Ley Federal de Protección al Consumidor se regula el comercio electrónico.¹⁴ Vivimos tiempos en los que la tecnología nos lleva a una nueva realidad y las compras en la red, pueden realizarse por medio de depósito, transferencia bancaria, pago por tarjetas de débito o crédito o por mecanismos más novedosos aún, como *bitcoin*, una moneda virtual creada en 2009, para realizar operaciones en Internet, no es una divisa, no es tangible, ni está regulada por ninguna institución o banco central, sino que funciona como una ficha virtual, se utiliza descargando una aplicación y crea un monedero virtual para hacer transacciones, pese a la oposición de muchos, al parecer no es ilegal, ya que en 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la reconoce como medio legal de pago,¹⁵ las compras no

¹² *Ley Federal de Protección al Consumidor*, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada Diario Oficial de la Federación 4 de junio de 2014, *Normateca*, http://www.normateca.gob.mx/Archivos/66_D_3843_11-06-2014.pdf

¹³ *Idem*.

¹⁴ Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, "El derecho como impulsor del comercio electrónico en México", en Navarro Isla, J., *Tecnologías de la información y de las comunicaciones: Aspectos legales*, México, D.F., Porrúa, 2005, pp. 129-130.

¹⁵ El Mundo, "¿Es el bitcoin legal? ¿Ha cometido algún delito su 'creador confeso'?", *El Mundo*, 2 de mayo de 2016, <http://www.elmundo.es/economia/2016/05/02/57274943468aeb47448b4574.html>

representan un problema, sin embargo ¿cuál es el ámbito espacial de validez en la web?, ¿qué reglas aplicar cuando el comprador se encuentra en México, el proveedor en Israel y el contrato se perfecciona en la red?, ¿qué criterio aplicar para considerar el perfeccionamiento?, el mundo virtual plantea un reto para la jurisdicción, en las transacciones realizadas en un mundo sin territorio y en ocasiones, sin materialidad.

Quienes nos dedicamos a la enseñanza del derecho, hemos aprendido en las aulas universitarias y después sostenido durante décadas, que cuando una sociedad se constituye en Estado, es preciso que establezca un orden que le permita realizar sus fines, cuyo referente máximo es la Constitución, que si bien a juicio de Miguel Carbonell puede entenderse "...como un ordenamiento jurídico de tipo liberal; como un conjunto de normas jurídicas que contiene las disposiciones en algún sentido fundamentales de un Estado; como un documento normativo que tiene ese nombre; y como una norma dotada de ciertas características, es decir, que tiene un régimen jurídico particular"¹⁶ en la realidad teórica e ideológica predomina la noción de la Constitución como la norma máxima del orden jurídico de una sociedad determinada, al que le da validez; esto es como un documento jurídico supremo que ordena y limita los poderes. En este sentido, recordemos que el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala que los contenidos mínimos de una Constitución son la garantía de los derechos y la división de poderes.¹⁷ Kelsen¹⁸ al abordar el tema del Estado afirmaba: "El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización"¹⁹ para el oriundo de Praga, no bastaba con que el Estado se constituyera para legitimarse como la fuerza representante de los individuos, sino que en su visión, requiere además, que contenga un orden jurídico que le permita armonizar a todos los miembros que lo constituyen.

Kelsen, para explicar la obligación de las leyes, ocupaba como ejemplo las normas fiscales, sosteniendo que el Estado por medio de las leyes, crea la obligación de pagar impuestos y atribuye el carácter de funcionario o autoridad al recaudador, y esa ley fiscal había sido creada por actos que son interpretados como aplicaciones de lo que llamamos Constitución. A la luz de la teoría de Kelsen, la validez de la ley fiscal y todas en general, reposan en la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esa ley superior,²⁰ vemos entonces que el autor, consideraba, que la validez de la norma, está dada en el hecho de que para que sea válida, debe estar basada en una cuestión de hecho: que derive del orden jurídico superior, la Constitución, porque en su hipótesis, todo el orden jurídico se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas. Por lo que esta suposición, reduce la validez de la norma a un hecho simple, que la norma derive de lo que la propia sociedad considere como norma suprema, y está es la Constitución. Germán Cisneros, en torno a la validez de la norma y glosando a Kelsen, señala que la derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental, se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con la norma básica. Bajo la visión kelseniana, las normas entonces, son válidas no en cuanto tienen eficacia, podrían no tenerla, sino en cuanto son constitucionalmente creadas y por lo tanto no alteren el orden jurídico que les permite validez.²¹

En las líneas anteriores, ha quedado claro el sentido de la validez de la norma, y la eficacia de la misma, bajo la vieja pirámide de Kelsen, en la cual la norma superior de un Estado, constituye la cúspide de todo el sistema jurídico, todo ordenamiento ulterior, leyes federales reglamentarias y ordinarias, leyes locales y reglamentos, deben de mantener consonancia con el

¹⁶ Carbonell, Miguel, *¿Qué es una Constitución?*, 18 de agosto de 2012, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/que_es_una_Constitucion.shtml Para un análisis detallado de Constitución véase Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Concepto de Constitución", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2005, t. I, pp. 13-42.

¹⁷ *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

¹⁸ Hans Kelsen (1881-1973), jurista de origen alemán nacionalizado estadounidense, nació en Praga, obtuvo una cátedra de Derecho en Viena y colaboró en la redacción de la Constitución austriaca que sería adoptada en 1920; posteriormente, continuó con su actividad docente en diversas universidades de Europa y Estados Unidos. Durante su estancia en este país, le fue concedida la nacionalidad estadounidense. Fuente: Microsoft Encarta 2008.

¹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4a edición, trad. M. Nilve, Buenos Aires, Argentina, EUDEBA, 1960, p. 150.

²⁰ *Ibidem*, pp. 35, 41, 42.

²¹ Cisneros Farías, Germán, *Teoría del Derecho*, 2a. edición, México, D.F., Trillas, 2001, p. 142.

orden jurídico superior y la clásica separación de poderes, para crear el orden, ejecutarlo y administrar justicia.

Anna Mancini, al analizar la teoría pura del derecho de Kelsen, que juega un papel importante en la construcción de los sistemas jurídicos actuales, concluye que la teoría del Kelsen depende enteramente de la existencia de una memoria escrita, es decir, de textos jurídicos,²² lo que ubicaría la creación de normas hasta la aparición de la escritura, pero tal hipótesis deja ambigua la idea, ya que la escritura apareció en distintas épocas en todo el mundo y en el análisis realizado en el rubro anterior, quedó demostrado que el derecho existe en todos los grupos que funcionan en sociedad, en todas las especies animales que vivimos en manadas. En internet no hay territorios, no le hacen falta para existir y, por consiguiente, rompe el principio de jurisdicción en el que nos hemos preparado bajo la premisa de Kelsen, la misma autora lo describe a la perfección al señalar: “Un mundo jurídico clásico atado desde sus orígenes a la tierra, sólo puede quedar perplejo y desorientado frente a un mundo virtual sin tierra y sin fronteras”.²³ La teoría de Kelsen, que juega un papel primordial en el derecho, fue construida sobre la idea de un Estado asentado en un territorio, pero el internet y su comercio en el espacio virtual, nos deja desorientados, a todos aquellos que crecimos jurídicamente creyéndole a Kelsen, los mensajeros de lo moderno, nos llegan con buenas nuevas y nos resistimos a creerles porque rompen viejos paradigmas.

Por si lo anterior no fuera suficiente para empezar a dudar de la doctrina en la que crecimos, la reforma en 2011 al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da nacimiento a dos principios: *interpretación conforme* y *pro-persona*, haciendo la distinción entre los conceptos de Derechos Humanos y Garantías Individuales, mencionando que las normas relativas a los primeros deberán interpretarse de acuerdo a la Constitución y a los Tratados Internacionales, lo que ocasionó que el orden jerárquico normativo, que predominó desde épocas kelsenianas cambiara, al aceptarse que los Tratados Internacionales se encuentran al mismo rango que la norma constitucional, no debajo de ella, la Corte Suprema en México, interpretó en 2014, que los tratados internacionales que contengan una mayor protección a los ciudadanos, deben de prevalecer aún en contra de lo que diga la Constitución, al otorgar una mayor protección a las personas.²⁴ Situación que ya colocaba a los tratados por encima de la Constitución, pero que los ministros de la Corte, resistentes al cambio, en la propia sentencia lograron salvar la multicitada teoría de Kelsen, al señalar que los tratados son una ampliación del catálogo de derechos fundamentales de la propia Constitución. Pero sostener lo anterior, deja en duda la interpretación de una visión internacional, ya que, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos 26 y 27, los cuales establecen, el primero de los señalados, el principio *Pacta sunt servanda*, que obliga a los Estados firmantes a cumplir lo pactado en los tratados. Por su parte el artículo 27 se traduce en la obligación del Estado de adecuar el derecho interno para respetar los tratados, ante la imposibilidad de invocar disposiciones internas para la inobservancia del tratado, se transcriben los artículos en comento:

“26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.²⁵

Si el Estado mexicano, no puede invocar su derecho interno como excusa para el incumplimiento de las obligaciones contraídas frente a otros actores internacionales, la ampliación del catálogo de derechos fundamentales en México, constituye una ampliación forzada, generada por entidades externas. La salvación de la teoría de Kelsen en México fue breve, apenas respiraba, la sala de urgencias de la Suprema Corte de Justicia conectó los aparatos que mantenían viva la teoría, y los rezos jurídicos la alentaban a sobrevivir, los santos del no cambio y

²² Mancini, Anna, *Justicia e internet, una filosofía del derecho para el mundo virtual*, París, Francia, Editorial Buenos Books America, 2004, p. 3.

²³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴ *Derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Su interpretación constituye un tema propiamente constitucional para efectos de la procedencia del recurso de revisión en juicios de amparo directo*, Tesis: 1a./J. 64/2014 (10a.) Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, t. I, octubre de 2014, p. 272.

²⁵ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Organización de los Estados Americanos, 23 de mayo de 1969, http://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

el de la resistencia a las nuevas ideas, fueron invocados, pero la norma de que todo cambia fue mayor, el viernes 14 de agosto del 2015, en el Diario Oficial de la Federación, la propia Suprema Corte mexicana, dictó la sentencia 1396/2011, en la cual se reconoce:

“En este sentido, esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos, cuya justificación intrínseca radica en la obligación no cumplida.

La firmeza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva, además de lo expuesto, de lo dispuesto en los artículos 62.3, 63.1, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos....”²⁶

Cuando la Suprema Corte en México, reconoce que la sentencia dictada por una Corte externa, debe prevalecer como cosa juzgada y solamente cabe acatar esa decisión, el poder judicial en México, ha perdido total efectividad ante un organismo externo, la desahuciada teoría de Kelsen feneció. No obstante, no faltará quien se quiera aferrar a su existencia y aún crea que exista, al señalar que se reconocen y obedecen los fallos externos, por el fundamento constitucional que reconoce a los tratados y sus consecuencias, dejémosles pensar que es así, pero nosotros en cambio, vivamos y aceptemos la nueva realidad, la pirámide de Kelsen ya no existe, vivimos en un mundo globalizado y debemos de encontrar soluciones prácticas a los problemas que plantea la falta de jurisdicción territorial, construir una nueva teoría.

Así las cosas, el Derecho Mexicano se encuentra en una época trascendente, de cambios que permean directamente en las antiguas concepciones de justicia, equidad, dignidad, debido proceso, control Constitucional, y en la forma en la que es creado, estudiado e interpretado el mismo derecho nacional.

4. UN NUEVO ORDEN

Se ha visto que las reglas de la pirámide de Kelsen, no aplican en el mundo virtual de los comercios que operan en el extranjero, quedando sin vínculos jurídicos para ejercer la defensa de los consumidores, la ineficacia de su protección deriva del hecho de que en la construcción de sus facultades, operó la idea de un territorio y una jerarquía jurídica, también argumentamos que el reconocimiento de los tratados como norma suprema y la jurisdicción externa, han terminado por socavar y derrumbar la teoría de Kelsen, cabe entonces preguntarse: ¿es posible construir un orden social sin una Constitución? esa pregunta es la que como juristas debemos resolver.

La idea implica un gran esfuerzo jurídico, adecuar leyes, reconocer jurisdicción externa (que de todas formas ya lo hacemos), pero sobre todo, romper paradigmas, ya que es posible existir como Estado abandonando la idea de Kelsen. Canadá, a juicio de los autores de las líneas, plantea un claro ejemplo de que es posible existir como Nación sin una Constitución, por principio de cuentas, encontramos dos sistemas jurídicos, uno para la provincia de Quebec de herencia francesa, y el sistema del *Common Law* británico para el resto del territorio.²⁷ El sistema de justicia en Canadá tiene su origen en los sistemas europeos traídos a América en los siglos XVII y XVIII por los colonizadores franceses e ingleses principalmente, pero luego de la victoria de los ingleses sobre el ejército francés en Quebec en 1759, el país pasó a estar casi exclusivamente regido por el derecho inglés, salvo Quebec donde el derecho civil está fundado en el Código napoleónico adoptado en Francia; sin embargo, en ambos sistemas se respeta a los pueblos indígenas de Canadá, y sus llamados derechos ancestrales, los cuales se desprenden de la ocupación y del uso históricos del territorio por los pueblos indígenas; los derechos en virtud de tratados son enunciados en los tratados firmados entre la Corona y un pueblo indígena particular.²⁸ Pero hablar de la Constitución del Canadá plantea la necesidad de entender lo que es para el Canadá una

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en el expediente de varios 1396/2011, 1396/2011, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 2015.

²⁷ Government of Canada, *Canada's International Gateway*, 2009, <http://www.canadainternational.gc.ca/spain-espagne/assets/pdfs/canada.pdf>

²⁸ Organización de los Estados Americanos, *Red hemisférica de intercambio de información para la asistencia mutua en materia penal y extradición*, 2007, http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/can/sp_can_fuentes.html

Constitución, por eso Emilio Rabasa al hablar de la organización constitucional de ese país, inicia con esta pregunta ¿Qué es una Constitución canadiense?²⁹ porque no tiene para los canadienses la misma significación que para nosotros, ya que para la mayoría de los países la Constitución es un documento único, que constituye la ley máxima. Para los países de herencia romana como el nuestro, en efecto, la Constitución es un documento único y el último en vigor; para el Canadá, no hay un documento único que pueda considerarse Constitución, ya que está formada por diversos documentos que comprenden el acta original de 1867, otras actas constitucionales: 1960, 1965, 1975, los estatutos que crean nuevas provincias y la nueva acta constitucional de 1982, al igual que las convenciones, el *common law*, el derecho escrito en la zona francesa y las tradiciones de los pueblos indígenas. Lo que más se aproxima a una Constitución, según Peter W. Hogg, citado por Rabasa,³⁰ es el acta constitucional de 1867, sin embargo, no es la que contiene el catálogo de derechos, ese lo encontramos en la llamada Acta de Canadá de 1982, la cual contiene un anexo B, este documento se compone de siete partes, los canadienses desde su separación formal del Reino Unido, buscan su estructura y derecho en una serie de convenciones, no en un documento único.

El Estado de Israel, tampoco cuenta con una Constitución formal, Israel se ha regido por varias leyes básicas que han sido aprobadas a lo largo de la historia de país, entre ellas, las leyes Del Knesset, de 1958; La Tierra de Israel, de 1960; Del Presidente, de 1964; Del Gobierno, de 1968; De la Economía de Estado, de 1975; Del Ejército, de 1976; De Jerusalén, Capital de Israel, de 1980; Libertad de Ocupación, de 1992; y de la Dignidad y Libertad Humanas, de 1992. Son las distintas áreas de consenso, junto con las leyes básicas, las que definen los parámetros del sistema político de Israel.³¹

Lo hasta aquí anotado autoriza a concluir que vivimos tiempos de cambio y debemos adaptarnos a un nuevo orden jurídico, Marx ya sostenía que los cambios jurídicos ocurren con la modernidad, al afirmar: "Cada época histórica tiene sus propias leyes. Tan pronto como la vida supera una determinada fase de su desarrollo, saliendo de una etapa para entrar en otra, empieza a estar presidida por leyes distintas."³² El cambio es la constante, el internet nos hace dudar de la teoría de Kelsen, las reformas constitucionales que establecen la mayor protección a la persona y las sentencias de la Suprema Corte en México, corroboran que la teoría desapareció, dos naciones modernas no tienen una sola Constitución y corroboran lo que los historiadores saben desde siempre, el orden y los derechos fundamentales, surgieron en las primeras sociedades.

Alejandro Pérez Hualde, al analizar la situación en Argentina, también considera que la pirámide de Kelsen colapsó y en su lugar quedó una red:

"Después de la década de 1990, nuestro país ha ingresado fuertemente en el neoconstitucionalismo moderno, que generó una verdadera revolución en lo que tradicionalmente conocíamos como la pirámide jurídica de Hans Kelsen...ha sido desplazada por una red de normas la concepción de la existencia de una norma fundamental (el vértice de la pirámide) y la posibilidad posterior de, mediante la pura lógica formal, deducir toda la normativa del Estado. En el derecho público argentino hay toda una trama de derechos humanos fundamentales, sobre todo de derechos de corte social, que no vinieron solos: están acompañados de procedimientos, tribunales y fuentes jurídicas foráneas...hoy descubrimos que la Constitución argentina ya no tiene más 129 artículos porque hay que considerar todos los tratados internacionales incorporados que están en el mismo rango. Los jueces debemos trabajar no con una pirámide normativa, sino con una red de normas, donde son muchas las fundamentales. Los derechos humanos tienen sus propias reglas de interpretación, como los principios pro homine y pro debilis. Esta novedad

²⁹ Rabasa, Emilio, *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos*, México, D.F., Porrúa, 2003, p. 14.

³⁰ *Idem.*

³¹ Aguirre, Pedro, "Sistemas políticos y electorales contemporáneos. Israel", *IFE*, <http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/israel.htm#regimen>

³² Marx, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, octava edición, México D.F., Siglo XXI editores, 2005, https://books.google.com.mx/books?id=i8PYOo5719gC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

con la que debemos trabajar jueces, administradores y legisladores implica una auténtica transformación del derecho.”³³

Debemos entender, que hoy vivimos una transformación del derecho, el viejo orden ha concluido, aspiramos a uno internacional, que brinde una mayor seguridad y protección a todos, falta mucho por adaptar, borrar y cambiar, pero como Tomás Moro, se vale soñar en utopías.

³³ Peralta, Héctor, "No hay una pirámide sino una red jurídica", *La Gaceta*, 3 de julio de 2007, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/224740/tribunales/no-hay-piramide-sino-red-juridica.html>

5. FUENTES

- AGUIRRE, Pedro, "Sistemas políticos y electorales contemporáneos. Israel", IFE, <http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/israel.htm#regimen>
- BEKOFF, Marc y PIERCE, Jessica, *Wild justice: the moral lives of animals*, USA, University of Chicago Press, 2009, <http://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/041612.html>
- CARBONELL, Miguel, *¿Qué es una Constitución?*, 18 de agosto de 2012, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/que_es_una_Constitucion.shtml
- CISNEROS FARIAS, Germán, *Teoría del Derecho*, 2a. edición, México, D.F., Trillas, 2001.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Organización de los Estados Americanos, 23 de mayo de 1969, http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf
- DARWIN, Charles, *El origen de las especies*, trad. UNAM, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana, 1859/2008.
- Derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Su interpretación constituye un tema propiamente constitucional para efectos de la procedencia del recurso de revisión en juicios de amparo directo*, Tesis: 1a./J. 64/2014 (10a.) Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, t. I, octubre de 2014, p. 272.
- Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>
- ECHEAGARAY, José Ignacio, *Compendio de historia general del derecho*, cuarta edición, México, D.F., Porrúa, 2006.
- EL MUNDO, "¿Es el bitcoin legal? ¿Ha cometido algún delito su 'creador confeso'?", *El Mundo*, 2 de mayo de 2016, <http://www.elmundo.es/economia/2016/05/02/57274943468aeb47448b4574.html>
- GOVERNMENT OF CANADA, *Canada's International Gateway*, 2009, <http://www.canadainternational.gc.ca/spain-espagne/assets/pdfs/canada.pdf>
- HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, México, D.F., Penguin Random House Grupo Editorial, 2014.
- HERREROS UBALDE, Pablo, *Yo, mono*, Barcelona, España, Ediciones Destino, 2014.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4a edición, trad. M. Nilve, Buenos Aires, Argentina, EUDEBA, 1960.
- Ley Federal de Protección al Consumidor*, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada Diario Oficial de la Federación 4 de junio de 2014, *Normateca*, http://www.normateca.gob.mx/Archivos/66_D_3843_11-06-2014.pdf
- MANCINI, Anna, *Justicia e internet, una filosofía del derecho para el mundo virtual*, París, Francia, Editorial Buenos Books America, 2004.
- MARX, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, octava edición, México D.F., Siglo XXI editores, 2005, https://books.google.com.mx/books?id=i8PYOo5719gC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbp_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Concepto de Constitución", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2005, t. I, pp. 13-42.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Red hemisférica de intercambio de información para la asistencia mutua en materia penal y extradición*, 2007, http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/can/sp_can_fuentes.html
- PERALTA, Héctor, "No hay una pirámide sino una red jurídica", *La Gaceta*, 3 de julio de 2007, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/224740/tribunales/no-hay-piramide-sino-red-juridica.html>
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABINO PENICHE, Norma, *Derechos humanos*, sexta edición, México, Porrúa, 2013.
- RABASA, Emilio, *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos*, México, D.F., Porrúa, 2003.
- REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro, "El derecho como impulsor del comercio electrónico en México", en NAVARRO ISLA, J., *Tecnologías de la información y de las comunicaciones: Aspectos legales*, México, D.F., Porrúa, 2005, pp. 107-249.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. M. J. Villaverde, Madrid, España, Tecnos, 1988.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en el expediente de varios 1396/2011, 1396/2011, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 2015.