

## CAPÍTULO VI. EL SISTEMA JURÍDICO

### Segunda parte

1. La individualización . . . . .	113
2. La supuesta estructura jerárquica del orden jurídico . . . . .	115
3. Derecho vigente y derecho positivo . . . . .	121
4. La creación progresiva del sistema jurídico. . . . .	123
5. La función constitucional. . . . .	125
6. El concepto de constitución . . . . .	131

## CAPÍTULO VI. EL SISTEMA JURÍDICO

### Segunda parte

SUMARIO. 1. *La individualización.* 2. *La supuesta estructura jerárquica del sistema jurídico.* 3. *El derecho vigente y derecho positivo.* 4. *La creación progresiva del sistema jurídico.* 5. *La función constitucional.* 6. *El concepto de constitución.*

#### 1. *La individualización*

Cuando los actos-condición van completando la condición normativa —a medida que se conforman a los actos-condición que les preceden—, van aumentando, progresivamente, el grado de determinación de la norma. Es en razón de esta progresiva diferenciación o *individualización* que es posible distinguir a las normas jurídicas entre sí.

Si pensamos que la norma de nuestro ejemplo, es decir,  $Q \rightarrow R$ , establece que  $x \curvearrowright R$ , siendo  $x$  el acto que define el robo, dicha norma no podría ser reconocida como tal si únicamente se tomaran en cuenta los comportamientos  $Q_1$ . En efecto, una constitución establece las características que han de satisfacer los actos-condición que le suceden; entré ellos, los comportamientos que pueden ser reconocidos como actos legislativos.

La constitución, pues, no se agota con señalar el procedimiento legislativo que la completa, sino que establece o señala toda la variedad de actos que completan el sistema que ella propone —leyes, reglamentos autónomos, procedimientos de reforma y control constitucional, resoluciones administrativas de estado de sitio o emergencia, etcétera—. No son pues, únicamente leyes o procedimientos legislativos los actos que aplican inmediatamente la constitución. Aún más, si  $Q_1$  determina las características que nos permiten reconocer qué actos son legislativos y qué textos leyes, eso no implica que los actos legislativos sean únicos y los mismos, y una sola la ley que crean. Por lo contrario, los actos legislativos pueden darse en repetidas ocasiones y producir varios y diversos textos con el carácter de leyes.

$Q_2$  no es el único comportamiento legislativo que completa la constitución. En efecto, pueden existir comportamientos y textos legislativos perfectamente regulares que nada tengan que ver con la legislación penal o de procedimientos penales. Esto es,  $Q_2$  es uno de tantos actos que,

conforme a  $Q_1$ , lo completan y continúan.  $Q_1$  no es condición exclusiva de  $Q_2$ . Por el contrario,  $Q_1$  establece las características *más generales* de creación normativa del sistema, de ahí que sea común a una gran variedad de actos-condición que le suceden.  $Q_1$ , siendo tan *general*, no nos dice mucho sobre la norma  $Q \rightarrow R$ , ni sobre lo que ella establece.

$Q_2$ , por su parte, no sólo establece el delito de robo, sino que establece, además, el fraude, el adulterio, el homicidio, la violación, el dolo, etcétera. Esto es,  $Q_2$  es el procedimiento general para el establecimiento de delitos y previsión de penas, de ahí que sea común a varias normas penales. La legislación en  $Q_2$  establece el procedimiento *general* de investigación y persecución para todos los delitos, así como el ejercicio de la acción penal en ocasión a cualquiera de ellos. La legislación de procedimientos penales, por su parte, no está hecha sólo para enjuiciar indiciados de robo sino que, por el contrario, el código de procedimientos penales no es más que las características generales de todos los procesos penales que a él se conforman. Así, no obstante que  $Q_2$  establece que  $x \cup R$  —determinación general a todo robo— y prevé los procedimientos que llevan a la aplicación de la pena prevista,  $Q_2$  no es exclusiva de la norma  $Q \rightarrow R$ , sino que es común a toda norma que castiga el robo.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación, cuyo carácter general la convierte en acto-condición común a varios delitos,  $Q_3$ , por su parte, acentúa notablemente la *individualización* o especificación de la norma de nuestro ejemplo. En efecto, en el caso de  $Q_3$  se investigan *ciertos* hechos, los hechos  $b$  (un supuesto robo) para perseguir e inculpar a *ciertos* individuos (*sus* presuntos autores). Si bien es cierto que en ocasiones se puede perseguir a *quien resulte responsable*, en el ejercicio de la acción penal, es decir, en la conclusión de esta etapa, el ministerio público inculpa a un individuo determinado, el individuo  $p$ , como autor de los hechos  $b$ .

Teniendo en cuenta lo anterior, particularmente la conclusión de la etapa, resulta obvio que  $Q_3$  es condición exclusiva de  $Q_4$ . En efecto, el proceso penal sólo puede versar sobre la pretensión del ministerio público contenida en el ejercicio de la acción penal; que se compruebe el cuerpo del delito —verificar si los hechos  $b$  tipifican  $x$ , el robo—, así como que se establezca la culpabilidad del indiciado —ver si  $p$  puede ser considerado responsable de tales hechos (destinatario de las consecuencias  $R$ )—.

Los comportamientos  $Q_4$ , por su parte, tienen fijado, de antemano, un tema específico: la controversia, la cual se encuentra prácticamente establecida por la pretensión del ministerio público. En efecto, el proceso penal —que, en tanto proceso, se lleva a cabo con contradictorio— no puede exceder la *litis*, es decir, el tema del proceso, tema que, como decíamos, se encuentra definido en la acusación hecha por el ministerio público.

Ningún proceso que no sea  $Q_4$  puede completar o seguir a  $Q_3$ . El proceso

que completa  $Q_3$  ha sido exclusivamente condicionado por la acusación del ministerio público, que, en nuestro caso, se refiere a los hechos  $b$  y a la presunta responsabilidad de  $p$ . La prestación jurisdiccional que sigue al ejercicio de la acción penal no puede ir más allá de la causa en juicio.

En esta forma, los actos de  $p$  (realizados por él o por sus procuradores o abogados), los del ministerio público y los del tribunal, pueden ser reconocidos como  $Q_4$ , en tanto se refieren a los hechos  $b$  y a la presunta responsabilidad de  $p$ . En virtud de que sólo existe un contradictorio penal que se refiera o verse sobre los hechos  $b$  y la presunta responsabilidad de  $p$ , entonces,  $Q_4$  que culmina, en el caso de nuestro ejemplo, con una sentencia condenatoria es exclusivo de la norma  $Q \rightarrow R$ , donde se determina que  $p$  es responsable de  $b$  —una instanciación de  $x$ —.  $Q_4$ , por consiguiente, termina la individualización iniciada en  $Q_2$  y acentuada en  $Q_3$ . Esto explica que  $Q_4$  sólo pueda ser condición de las consecuencias  $R$ , las cuales se dirigirán al declarado responsable tal y como lo ordena la sentencia definitiva.

Del análisis de cada una de las etapas de nuestro último ejemplo, podemos observar que la individualización no es la *concreción* de una *norma* general por parte de una *norma* individual. La individualización, tal como hemos visto, no sugiere la idea de una superposición de normas ni tampoco una estructura jerárquica de las mismas. La individualización —la determinación del contenido de la norma— es sólo resultado del condicionamiento sucesivo de los actos-condición, los cuales van creando progresivamente las normas jurídicas y, con ellas, todo el orden jurídico.

Si la progresiva creación de las normas jurídicas no supone relaciones de supra o subordinación de normas, tendríamos que desechar la idea de que el orden jurídico mantiene una estructura jerárquica.

## 2. La supuesta estructura jerárquica del orden jurídico <sup>1</sup>

En el ámbito de la *Escuela de Viena*, Adolfo Merkl, en 1923,<sup>2</sup> presenta la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico,<sup>3</sup> teoría que encuentra en Kelsen a su mejor expositor.

Según esta teoría, el orden jurídico sería una superposición de normas jurídicas de diferente nivel. La norma que se encuentra por *abajo* es *inferior* con relación a la segunda y, consecuentemente, la norma que está por *encima* de otra es *superior* con relación a ésta. La norma que no es inferior a ninguna es la norma suprema del sistema. Las normas que

<sup>1</sup> Este tema ha sido tratado con anterioridad por el autor (cfr. *L'Etat sujet de transformations juridiques*, cit., pp. 187-200).

<sup>2</sup> En *Die Lehre von Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff* (cfr. Bobbio, Norberto, *Hans Kelsen*, en: "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", núm. 3, 1973, pp. 379 y ss)

<sup>3</sup> Tesis que Kelsen acogió en su *Teoría general del Estado*, en 1925 (cfr., *ibidem*).

forman un orden jurídico se presentan, así, en relaciones de supra y subordinación, como una estructura jerárquica de normas jurídicas de diferente grado.

Resulta claro que si el orden jurídico es un *conjunto* de normas superpuestas, entonces, es necesario que en cada nivel del sistema se dé una *norma jurídica completa*, es decir, en cada grado del sistema tendría que darse, al menos, una entidad que responda *perfectamente* a la noción de norma jurídica (base del sistema); de lo contrario, el orden jurídico no sería un conjunto de normas jurídicas jerárquicamente dispuestas.

*La teoría pura del derecho*, además de la estructura jerárquica del orden jurídico, sostiene la tesis de la estructura condicional de la norma jurídica —tesis en la que, entre otras, se fundamenta nuestro trabajo—. En efecto, de acuerdo con Kelsen, la norma jurídica se deja describir por una proposición que podemos formular de la siguiente manera: 'Si A es, debe ser B'.<sup>4</sup> Relación imputativa que, con el ánimo de abreviar y facilitar su manejo, hemos formulado así: ' $\phi \rightarrow \psi$ '.

Ahora bien, si una norma jurídica puede ser descrita por un enunciado de la forma ' $\phi \rightarrow \psi$ ', entonces, cada nivel del orden jurídico, considerado como estructura jerarquizada de normas, tendría que contener normas que respondieran a la estructura condicional de la imputación, es decir, sería necesario que en cada nivel del orden jurídico se presentaran actos jurídicos condición y actos jurídicos consecuencia imputativamente relacionados. Si el orden jurídico es verdaderamente una jerarquía de normas jurídicas, cada grado debe contener, al menos, una entidad que se conforme perfectamente a la noción de norma jurídica. Esto es, si el orden jurídico es una superposición de normas, cada nivel debe tener, por lo menos, una norma completa, es decir, una entidad que contenga todos los elementos de una norma (actos-condición y actos-consecuencia) y que responda a la estructura descrita en la fórmula ' $\phi \rightarrow \psi$ '. Pensemos en un orden jurídico jerarquizado que consta de cuatro niveles; donde el primer nivel se encuentra ocupado por la norma superior. Esta situación puede representarse así:

- 1  $A \rightarrow B$
- 2  $C \rightarrow D, E \rightarrow F$ , etcétera
- 3  $G \rightarrow H, I \rightarrow J, K \rightarrow L, M \rightarrow N$ , etcétera
- 4  $O \rightarrow P, S \rightarrow T, U \rightarrow V, W \rightarrow X, Y \rightarrow Z$ , etcétera.

Este esquema revela que si las normas que componen el orden jurí-

<sup>4</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 91 y 108; *idem*, *Théorie pure du droit*, pp. 123 y 149; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 93 y 114.

dico son completas, entonces, cada una es suficiente para realizar su función normativa con independencia de las demás, resultando independientes las unas de las otras. Pero ¿es suficiente una constitución para vincular imputativamente el comportamiento humano?, ¿basta una legislación penal para determinar la responsabilidad de un individuo?, ¿es suficiente un código civil para ejecutar en el patrimonio de un deudor?, etcétera. Ciertamente no. Para que las consecuencias jurídicas sean imputadas a la condición es necesario que todos y cada uno de los actos-condición que la compone —actos constituyentes, legislativos, administrativos, jurisdiccionales, etcétera— se presenten.

Veamos ahora la estructura de las entidades de la *pirámide jurídica*. Pensemos en las normas que ocupan el primero y segundo niveles, y sean éstas la constitución y una legislación, respectivamente. En el primero de los casos se encuentra la norma  $A \rightarrow B$ , la cual, conforme a la noción de norma jurídica, se presenta como una relación condicional de imputación, es decir, se presenta vinculando imputativamente condiciones a consecuencias. Esto es, la norma que consideramos se integra de actos *constituyentes* condición y de actos *constituyentes* consecuencia (en este nivel sólo existirían actos constituyentes). Ciertamente es fácil pensar en condiciones constituyentes. Pero, definitivamente, resulta bastante difícil imaginar consecuencias —actos de ejecución, embargos, penas de prisión, etcétera— con función constituyente. En efecto, las consecuencias jurídicas que se vinculan imputativamente a los actos que las condicionan, constituyen sanciones cuyas formas más características son: las penas corporales y las ejecuciones en los patrimonios de los individuos. Pero ¿al embargar se realiza una función constituyente?

Por su propia naturaleza, las consecuencias jurídicas no condicionan ningún otro acto jurídico, es decir, las consecuencias no son continuadas o aplicadas por ningún otro acto jurídico, esto es, las consecuencias no son continuadas o aplicadas por ningún acto ulterior. ¿Cómo podría entonces una consecuencia constituyente condicionar una legislación, un reglamento autónomo, etcétera? Si la constitución —como es el caso— condiciona la legislación, los reglamentos autónomos, etcétera, no los condiciona por ser consecuencia sino porque constituye un acto-condición.

Esto no quiere decir que los constituyentes no puedan *prever* en la constitución consecuencias jurídicas —sanciones—, esto es, señalar las características que deben satisfacer ciertos actos jurídicos para poder ser considerados como consecuencias regulares. Pero, en todo caso, debe distinguirse con toda nitidez entre señalar las características que deben poseer las sanciones, por un lado, y sancionar, por otro. *Cuando se elabora una constitución no se ejecuta ningún patrimonio ni se aplica ninguna pena.*<sup>5</sup>

<sup>5</sup> En los sistemas completamente descentralizados, los actos de ejecución por parte de los súbditos, son parte de los actos que hacen posible una constitución consuetudinaria.

Consideremos el segundo nivel del sistema. En este nivel, como en el primero, se representan a las normas como relaciones condicionales en donde se vinculan imputativamente actos condición a actos consecuencia. Así, aparecen las normas  $C \rightarrow D$  y  $E \rightarrow F$ . Esto es, las entidades del segundo nivel, al que hemos caracterizado como la legislación, se constituyen por actos condición *legislativos* unidos a actos consecuencia *legislativos*. Pero ¿las sanciones, es decir, las ejecuciones y las penas, son actos legislativos? El legislador, al igual que el constituyente, puede prever todo género de sanciones —la legislación penal es justamente un ejemplo—. Pero prever sanciones determinando las características que tienen que satisfacer ciertos comportamientos para ser considerados como sanciones no es acto de ejecución de sanciones, es un acto legislativo. Cuando se elabora, por ejemplo, un código penal, se legisla, no se sanciona.

Si, por su parte, la legislación condiciona todos los actos que la aplican —judiciales, administrativos, etcétera— no es en tanto acto-consecuencia. Los actos-consecuencia, por definición, no pueden ser aplicados por ninguno.

Lo que hemos dicho de la constitución y de la legislación, bien puede decirse de los tratados, reglamentos, contratos, etcétera.

De lo anterior se infiere que los elementos que se encuentran en los diferentes niveles de la llamada 'pirámide jurídica' no vinculan imputativamente el comportamiento humano. Es decir, no son normas jurídicas. Ahora bien, si los elementos que se encuentran en los diferentes niveles no son normas completas, entonces, no puede darse una superposición de normas jurídicas.

Si, por otro lado, los elementos de los diferentes niveles fueran completos, éstos serían independientes entre sí. Pero, entonces, no existiría ningún medio que nos permitiera relacionar o agrupar las normas del sistema. En efecto, en el esquema que representa una estructura jerárquica de normas no hay ningún elemento que unifique o permita unificar las normas que ahí aparecen. No existe unión entre las normas de diferente nivel ni, aun, entre las normas del mismo nivel. ¿Qué unión existe, por ejemplo, entre las normas  $A \rightarrow B$  y  $G \rightarrow H$  o entre las normas  $I \rightarrow J$  y  $W \rightarrow X$  o, simplemente, entre las normas  $C \rightarrow D$  y  $E \rightarrow F$ ? Ninguna. Todas estas normas, como puede verse, se constituyen de eventos (condiciones y consecuencias) que no tienen nada en común. En esta circunstancia no habría respuesta intrasistemática para la pregunta: ¿por qué las normas  $C \rightarrow D$ ,  $I \rightarrow J$  y  $K \rightarrow L$  pertenecen al mismo sistema? Ni tampoco la habría para esta otra pregunta: ¿por qué todas estas normas forman un sistema? La unidad de estas normas no puede explicarse. El esquema representa únicamente una mera yuxtaposición de normas jurídicas.

Ciertamente que para la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico, las normas que lo componen no son independientes las unas

de las otras sino que se encuentran estrechamente relacionadas formando una unidad. Esta unidad se produce por la conexión que resulta del hecho de que la creación de una norma está determinada por otra norma. La norma que determina la creación de otra norma es superior con respecto a ésta. De esta manera, la existencia de una norma depende de si ha sido creada de conformidad con otra, cuya existencia depende de una tercera. Así, hasta la norma suprema.<sup>6</sup> ¿Cuál es, pues, la función de una norma superior en esta estructura jerárquica? “Determinar meramente el procedimiento por el cual otra norma será creada”<sup>7</sup> —la constitución determina la creación de normas generales (leyes, reglamentos).<sup>8</sup> Por tanto, la estructura jerárquica sólo sirve para explicar “la relación entre la norma que regula la creación de otra y la norma creada en conformidad con la primera”.<sup>9</sup>

Si la estructura jerárquica sólo sirve para señalar la conexión de conformidad que se da en los diferentes niveles, entonces, los elementos que ahí se encuentran no pueden ser normas completas sino momentos de un condicionamiento —determinación-conformidad— escalonado o sucesivo de actos jurídicos. Estos elementos no vinculan imputativamente el comportamiento humano sino simplemente señalan las características que han de tener los actos que los completan. Para que se vincule imputativamente el comportamiento humano, es necesario que se den todos los actos —constitucionales, legislativos, judiciales, etcétera— que condicionan la imputación de las consecuencias. Una cosa es, pues, una norma jurídica y otra los momentos de su creación, los cuales para diferenciarlos de aquella son denominados, por Kelsen, ‘normas no-independientes’.

Una categoría más de normas jurídicas no-independientes —dice Kelsen— está constituida por aquellas que habilitan . . . si se entiende por habilitación (*ermächtigen*) conferir a un individuo un poder especialmente jurídico, es decir, el poder de crear normas jurídicas. Estas normas de habilitación *no hacen más que determinar una de las condiciones* a las cuales un acto de coacción va a ser vinculado. Estas normas son aquellas que confieren el poder de crear normas jurídicas generales, las normas de la constitución que regulan la legislación o que instituyen a la costumbre como hecho creador de derecho. También lo son las normas que regulan el proceso jurisdiccional o el procedimiento administrativo por medio de los cuales las normas generales creadas por la ley o la costumbre serán aplicadas en las normas individuales por parte de las autoridades jurisdiccionales o administrativas. Un ejemplo ilustrará esta proposición. Consideremos la situación que se presenta

<sup>6</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 221-222; *idem.*, *Téorie pure du droit*, cit., p. 229; *idem.*, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 228-229.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 221; *ibid.*, p. 299; *ibid.*, p. 228.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 222-223; *ibid.*, p. 299; *ibid.*, pp. 228-229.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 221; *ibid.*, p. 299; *ibid.*, p. 228.

cuando en un orden jurídico el robo es jurídicamente prohibido por una pena de prisión. La condición de la pena así instituida no es, de ninguna manera, el sólo hecho de que un individuo ha cometido un delito. Es necesario que el hecho del delito sea establecido, según un procedimiento determinado por las normas del orden jurídico, por el tribunal investido de poder para tal efecto. Es necesario que después de esta constatación, el tribunal ordene una pena determinada por la ley o por el derecho consuetudinario y es necesario, en fin, que un otro órgano ejecute tal pena. El tribunal sólo tiene el poder de pronunciar, de acuerdo con cierto procedimiento, una pena contra el ladrón, cuando una norma general, que vincula al robo una cierta pena, ha sido creada siguiendo un procedimiento conforme a la constitución. La norma de la constitución que habilita la creación de esta norma general determina *una de las condiciones* a las cuales la sanción se encuentra vinculada. Para describir esta situación de una manera completa, es necesario enunciar una proposición como ésta: 'si los individuos que han recibido el poder de legislar o de establecer una regla según la cual los ladrones deben ser alcanzados por una pena, y si el tribunal investido por el código de procedimientos penales ha establecido, según el procedimiento instituido en dicho código, que tal individuo ha cometido un robo, y si ese tribunal ha ordenado la pena legalmente prevista, entonces un tal órgano debe ejecutar la pena'. Tal presentación muestra el carácter de normas no independientes, primero, de las reglas de la constitución las cuales otorgan el poder de crear normas generales regulando la organización y el procedimiento de la legislación. También, aparece el carácter de normas independientes de las reglas del código de procedimientos penales que habilitan a la creación de normas individuales que constituyen las resoluciones judiciales al organizar y regular el proceso penal. Unos y otros no hacen más que determinar las *condiciones* a las cuales las sanciones penales deben ser vinculadas. La ejecución de todos los actos de coacción creados por el orden jurídico son instituidos de esta manera.<sup>10</sup>

En el pasaje citado se observa fácilmente que, para Kelsen, una norma no-independiente no es sino *una* de las condiciones a las cuales se vinculan los actos consecuencia y, por tanto, no es una norma jurídica completa. Ahí donde no se da una relación de imputación no existen normas jurídicas. Creemos, sin embargo, que llamar 'normas' a los elementos de los diferentes niveles conduce a graves errores —tales como la oposición entre derecho vigente y positivo, validez y eficacia— que hacen difícil la comprensión del derecho. Por ello, es conveniente sólo denominar 'norma jurídica' a aquellos comportamientos que puedan ser descritos mediante enunciados de la forma  $\phi \rightarrow \psi$ , y 'actos-condición' a los actos jurídicos condicionantes que determinan o regulan la creación de los actos que les completan.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 56-57; *ibid.*, pp. 76-77. *ibid.*, pp. 57-58.

### 3. *Derecho vigente y derecho positivo*

De lo anteriormente expuesto, se infiere que los actos constituyentes o las disposiciones constitucionales, así como la legislación, etcétera, no son normas jurídicas completas sino sólo parte de ellas. No obstante, se les denomina 'normas vigentes' o 'derecho vigente' y se les opone al derecho positivo.

El conocido dualismo entre derecho vigente y derecho positivo resulta, pues, de dos procedimientos completamente insostenibles. Primeramente, se identifica una parte —disposiciones constitucionales, legislativas, etcétera— con el todo, es decir, se identifica uno de los elementos de la norma con la norma completa. Después de servirse de esta *pars pro toto*, se produce una cosificación al oponer esta supuesta norma, llamada 'vigente', a las normas jurídicas positivas. Mediante estos procedimientos, una parte de la norma es *sacada* de ella y opuesta a ella.

La transformación de una parte de la norma en norma vigente origina graves problemas. Particularmente grave es el problema de la eficacia, el cual resulta de la *confrontación* entre el derecho vigente y el derecho positivo. El derecho vigente que se aplica sería, además de vigente, positivo. Tal y como es producido el derecho vigente, el problema de la eficacia que de él resulta es un pseudoproblema. En realidad, la aplicación del derecho vigente se reduce al hecho de la aplicación de un acto-condición —la legislación, por ejemplo— por los actos-condición que le suceden —reglamentos, procesos jurisdiccionales, contratos, etcétera—. El problema de la eficacia se reduciría, así, al problema del condicionamiento sucesivo de los actos-condición. Decir que el derecho vigente es eficaz, equivale a decir que ciertos actos-condición son aplicados o continuados por ciertos actos que se conforman a las características que aquéllos establecen para los actos que los continúan o aplican.

De acuerdo con el condicionamiento sucesivo de los actos-condición, una norma jurídica aparece a medida en que los actos jurídicos condicionantes van siendo completados por los actos jurídicos condicionados desde el acto más mediato al más inmediato de las consecuencias. De esta manera, un cierto comportamiento es acto-condición —es parte de una norma— si, y sólo si, tal norma existe. Entonces, el llamado 'derecho vigente' —que, como ya vimos, no es sino una parte de la norma— sólo existe como tal, es decir como disposición constitucional, legislativa, etcétera, si, y sólo si, la norma jurídica —positiva— existe. Sólo en virtud de la existencia de normas positivas es posible que ciertos actos reciban el carácter de constitución, legislación, contrato, etcétera. De esto se infiere que no existe derecho vigente por fuera del derecho positivo.

Si la norma jurídica es resultado del progresivo proceso de creación descrito por el condicionamiento sucesivo de los actos-condición, en el cual los actos jurídicos condicionados se conforman y aplican a los actos

jurídicos condicionantes, entonces, no puede haber norma jurídica que no sea eficaz.

Ahí donde los actos no representan sino una parte de la condición de la norma jurídica, no existe una norma jurídica. Las disposiciones constitucionales, así como la legislación, no vinculan imputativamente el comportamiento humano. Tales disposiciones, habitualmente conocidas como 'normas vigentes', no constituyen normas jurídicas sino tan sólo los momentos del proceso que las crea.

Por tanto, los actos y disposiciones constitucionales, los actos y disposiciones legislativas, las decisiones administrativas, los actos y resoluciones jurisdiccionales, etcétera, no son normas jurídicas superpuestas las unas a las otras, sino etapas del proceso jurídico de creación. El orden jurídico es, ciertamente, un sistema escalonado de creación —de condicionamiento sucesivo—, pero no un orden compuesto de normas dadas, ordenadas jerárquicamente.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Esta hipótesis puede perfectamente ser verificada en cualquier derecho positivo. Pensemos, por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil en el derecho mexicano. ¿Qué dispone la constitución sobre el particular? La constitución mexicana dispone que "El Congreso tiene facultad... para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal" (artículo 73, fracción VI), así como "...ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley (artículo 17). Ahora bien, ¿ésto es suficiente para vincular imputativamente el comportamiento humano en materia de responsabilidad? ¿Quién es el sujeto responsable? Las disposiciones constitucionales señaladas no son una vinculación imputativa de actos humanos condición con actos humanos consecuencia. Las disposiciones constitucionales que consideramos, son solamente los actos que condicionan la legislación del Distrito Federal, así como el establecimiento de tribunales competentes. Estas disposiciones constituyen, por un lado, el acto que habilita al Congreso a legislar, el acto que nos permite reconocer como legislación regular a aquella que es elaborada por el Congreso y que se refiere al Distrito Federal. Esto es, dicho acto no tiene más función que indicar el acto legislativo regular que lo completa (si no se completa quiere decir que nunca nace el sistema que propone la constitución). Por otro lado, estas disposiciones constituyen el acto que habilita a ciertas personas a componer los conflictos que se presentan en materia de su competencia. Esto es, este acto tiene como función señalar el órgano judicial que el constituyente propone.

Como puede observarse, la simple edicción de disposiciones constitucionales no es suficiente para vincular imputativamente el comportamiento humano (inclusive, los elementos como daño, responsabilidad, reparación, propios de la responsabilidad civil no se encuentran siquiera mencionados).

La legislación del Distrito Federal (actos legislativos regulares, en tanto que se encuentran condicionados por la constitución), al respecto dispone: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo" (Código Civil del Distrito Federal, artículo 1910). "La acción para exigir la reparación de los daños... prescribe en dos años..." (*ibid.*, artículo 1934). "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello no sea posible, en el pago de daños y perjuicios" (*ibid.*, artículo 1915). "...el juez señalará al deudor el término de cinco días para que cumpla (la sentencia)" (Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, artículo 506). "Pasado el plazo... se procederá al embargo" (*ibid.*, artículo 509).

El material legislativo señalado —limitado a indicar el más relevante, cfr., los artículos 1910 a 1934 del código civil citado; los artículos 1, 25, 255 y ss., 266 y ss., 278 y ss., 426 y ss., 500 y ss., y 534 del código de procedimientos citado; véase la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, actos legislativos que completan, entre otros, el artículo 17 constitucional— prevé que el individuo que realice un daño que no satisfaga deberá soportar una ejecución forzada en su patrimonio (embargo). Pero cabe preguntar ¿la edicción de estos artículos es suficiente para vincular imputativamente el comportamiento humano? ¿Basta la producción del

Los diferentes niveles de una estructura jerárquica de normas no se encuentran ocupados por normas jurídicas completas. Y ahí donde no hay vinculación imputativa del comportamiento humano, no existen normas jurídicas. No existen, pues, cuasinormas o pseudonormas ni tampoco normas imperfectas; una norma jurídica existe ahí donde se realiza totalmente el procedimiento de creación de las normas positivas. Nosotros rechazamos, por consecuencia, la errónea concepción que cree ver en el orden jurídico una superposición jerárquica de normas en vigor. Por el contrario, el orden jurídico es un sistema de actos y procedimientos jurídicos, más o menos innovadores, que van creando el derecho positivo cambiante y relativo.

Si no existen normas en vigor (como normas jurídicas completas), entonces, las disposiciones constitucionales o los artículos de un código no son –insistimos– normas jurídicas, sino, simplemente, etapas del procedimiento de creación normativa. Aquellos que se obstinan en ver en la constitución o en los artículos de un código vinculaciones imputativas de comportamientos humanos, confunden el derecho con las palabras de un texto, produciendo una duplicación del objeto de la ciencia del derecho, lógicamente insostenible. Es necesario distinguir con claridad ahí donde existe una vinculación imputativa de conductas humanas de ahí donde existe una hoja de papel.

#### 4. *La creación progresiva del sistema jurídico*

Las anteriores explicaciones revelan que los comportamientos jurídicos que ocupan los diferentes niveles del orden jurídico no son sino etapas

material legislativo señalado para que alguien deba soportar las consecuencias de una ejecución forzada? ¿La promulgación de leyes y códigos es bastante para determinar el destinatario de las consecuencias patrimoniales de la reparación de la sanción prevista?

En primer lugar, la legislación comentada supone –en tanto legislación regular– los actos constituyentes y su resultado: la constitución. De manera que la legislación, siendo condicionada, no es un acto jurídico suficiente sino que es complemento de otros. Pero aun suponiendo tanto las disposiciones constitucionales como las legislativas no podemos señalar a nadie como destinatario de las consecuencias. Si no se completa la condición normativa, no pueden imputarse las consecuencias (la ejecución en el patrimonio de un individuo). Para que la condición se complete es necesario que se determine judicialmente (lo que implica el ejercicio de la acción, todas las actuaciones procesales hasta la sentencia) la existencia del daño y se ordene la ejecución de las consecuencias en el patrimonio del individuo declarado responsable en la sentencia. Sólo así estamos en posibilidad de vincular imputativamente las consecuencias –el embargo– a la condición –todos los actos constituyentes, legislativos, judiciales– a la cual dicha consecuencia se imputa.

Para que aparezca la norma que establece la responsabilidad civil que comentamos, es necesario que se produzcan los actos que continúan el sistema de responsabilidad civil que la legislación prevé –que, a su vez, continúa el sistema que la constitución propone–, hasta la vinculación imputativa de las consecuencias. De otra manera, no es posible el tipo de responsabilidad civil que la legislación prevé.

Es obvio que en el ejemplo que hemos expuesto (como aquel de la norma que define y castiga el robo), las disposiciones constitucionales o legislativas no vinculan imputativamente el comportamiento humano. Las disposiciones legislativas, habitualmente conocidas como ‘normas en vigor’, no son en realidad una norma jurídica sino una parte del procedimiento jurídico-creador que las establece.

del condicionamiento sucesivo (actos constituyentes, legislativos, jurisdiccionales, etcétera) que constituyen la norma jurídica. En repetidas veces hemos señalado que las normas jurídicas se crean mediante un procedimiento escalonado, que se inicia con el acto-condición más mediano a las consecuencias y termina con la vinculación imputativa de éstas a los actos que las condicionan. Ahora bien, puesto que el orden jurídico es un conjunto de normas jurídicas, lo que sucede con una norma, sucede por igual con el orden jurídico en su conjunto. En efecto, la creación sucesiva del orden jurídico se inicia con el acto-condición más mediano del sistema, es decir, en el caso de nuestro esquema,  $Q_1$ . Esto es, la creación del orden jurídico se inicia con aquel acto que es condición común de todas las normas que el sistema reúne. Así pues, el orden jurídico *se va creando* a medida que se presentan los actos-condición que, progresivamente, completan el comportamiento  $Q_1$ .

Para que el orden jurídico que inicia  $Q_1$  se produzca, es necesario que se realicen los actos que lo completan, actos-condición que van creando, progresivamente, las distintas normas del sistema. Si no hubiera actos que continuaran y, progresivamente, completaran el comportamiento  $Q_1$ , entonces, no existiría el sistema propuesto en  $Q_1$ , es decir, no existiría semejante orden jurídico. Sólo un orden jurídico es eficaz: el que existe.

El comportamiento  $Q_1$  se completa primeramente por los actos que inmediatamente le suceden y aplican —legislación, reglamentos autónomos, decisiones administrativas de emergencia—. Toda la actividad legislativa (códigos civiles, penales, mercantiles, fiscales, etcétera), por ejemplo, no sería sino un paso más en la creación del orden jurídico que  $Q_1$  propone. Por supuesto, la legislación no completa el sistema jurídico. Los procesos de individualización de la legislación —negocios jurídicos, procedimientos administrativos, sentencias judiciales, etcétera— constituyen un paso más en la creación del sistema que  $Q_1$  inicia y que la legislación prosigue. El sistema sólo se completa cuando las consecuencias se vinculan imputativamente a las condiciones que inmediatamente las condicionan.

Así como una norma existe si, y sólo si, todos y cada uno de los actos que la componen se presentan, de la misma manera, para que el orden jurídico se cree y exista son necesarios todos los actos que lo *constituyen*, actos que no son sino los mismos que *constituyen*, progresivamente, las distintas normas que componen el sistema. Cada acto que va completando el sistema es *parte* del sistema y, en esa medida, lo crea (incluyendo los actos de ejecución).

Esta concepción completamente dinámica fue claramente concebida por Kelsen:

Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos; por tanto, si la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido, resulta que la positividad del derecho constituye, desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización; la creación y la aplicación del derecho son, pues, problemas jurídicos, y el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, *una cadena de creaciones sucesivas*.<sup>12</sup>

Es fácil percatarse de que las normas que forman un sistema no se encuentran relacionadas de una manera circunstancial o por criterios externos al sistema (extrasistemáticos), es decir, ajenos al orden jurídico en cuestión. Por el contrario, las normas que forman el orden jurídico se encuentran relacionadas por los mismos actos que las *constituyen*. Las normas de un sistema jurídico se encuentran estrechamente relacionadas en razón de que los actos que progresivamente las establecen son momentos *constitutivos* del sistema. Por eso es particularmente exacta la afirmación kelsiana de que “el derecho regula su propia creación”.

Esto último nos conduce a considerar la función constitutiva o, mejor, la función constitucional que opera en el orden jurídico.

### 5. La función constitucional<sup>13</sup>

Si observamos con atención el orden jurídico, nos daremos cuenta que, contrariamente a lo que se cree habitualmente, la constitución no es una *cosa* sino una función. Esta función *constitucional* es esencial al orden jurídico, puesto que es la que permite crear y *relacionar* los diferentes elementos que forman un orden jurídico. Los actos jurídicos (leyes, testamentos, tratados, constitución, embargos, etcétera) no son independientes los unos de los otros. Estos actos jurídicos se encuentran en tal forma relacionados que, para que el orden jurídico sea posible, es necesario que dichos actos se produzcan o efectúen en un cierto orden que va —como hemos visto— de los actos jurídicos *condicionantes* (por ejemplo, constitución, tratados, leyes, etcétera) a los actos jurídicos *condicionados* (por ejemplo, sentencias, decisiones administrativas, etcétera), conexión sin la cual no es posible la creación *escalonada* del derecho.

Puesto que todos los actos jurídicos se encuentran condicionados por los actos jurídicos que les preceden, los actos que componen una norma —como, por ejemplo:  $Q \rightarrow R$ — los hemos descrito en forma de un condicionamiento sucesivo de actos jurídicos, esto es:

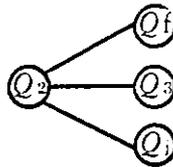
<sup>12</sup> *Teoría general del Estado*, cit., p. 327.

<sup>13</sup> Este tema ha sido tratado con anterioridad por el autor (cfr. *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 139-140).



El condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos —decíamos— no se limita al solo hecho de que ciertos actos jurídicos —los condicionantes— precedan a otros, sino que los actos jurídicos que preceden a otros *señalan siempre las características que han de acompañar a los actos jurídicos que los suceden (o aplican), para que estos últimos puedan ser considerados como tales. De manera que, los actos jurídicos adquieren sentido mientras señalan o definen los actos jurídicos que les suceden o aplican y mientras se conforman a los actos jurídicos que les condicionan.*

Sabemos que algunos actos jurídicos son aplicados o sucedidos inmediatamente por *varios* actos jurídicos, basta que estos últimos se conformen a las características previstas por un mismo acto jurídico que los condiciona. Cuando varios actos jurídicos se conforman a las características señaladas por un mismo acto jurídico condicionante —por ejemplo, una ley—, entonces, dichos actos poseen una *condición común*. Esta situación la hemos representado así:



Este *carácter común* de ciertos actos jurídicos es lo que nos permite relacionar todas las normas que posean la misma condición común.

Hemos dicho que los actos jurídicos, mientras más mediatos se encuentran de las consecuencias, son comunes a un mayor número de normas jurídicas y, por tanto, el acto-condición tenido como el *más* mediatos, en virtud de ser la condición común y punto de relación de todos los actos jurídicos, relacionará la *totalidad* de las normas que constituyen un sistema jurídico.

De acuerdo con lo anterior, hemos representado el sistema jurídico como un haz de luz, cuyo foco lo constituye el acto jurídico más mediatos y donde los demás actos jurídicos condicionados, como focos secundarios, van ampliando y distribuyendo la luz hasta que ésta llega a las consecuencias.<sup>14</sup>

En ese diagrama observamos que todas las consecuencias (los últimos actos condicionados) *A, B, C...*, *BB* se encuentran inmediatamente condicionadas por ciertos eventos jurídicos, los cuales, conforme a la naturaleza del condicionamiento sucesivo de los actos-condición, no se

<sup>14</sup> Cfr. *supra*, p. 96.

limitan a preceder a las consecuencias sino que las hacen posibles, en tanto que señalan o determinan las características que éstas deben tener para poder ser consideradas como consecuencias de estos actos. Así, por ejemplo, las consecuencias *A* se encuentran inmediatamente condicionadas por un cierto acto jurídico, sin el cual las consecuencias *A* no serían posibles. Ahora bien, si *A* es tal, en virtud de que se conforma o aplica lo dispuesto por el acto jurídico que inmediatamente la condiciona, entonces, puede decirse que *A* encuentra su base y su origen en este acto jurídico condicionante. Es así como ciertos actos jurídicos realizan una función *constitutiva* en relación con los eventos jurídicos que les suceden y completan, es decir, que los aplican (en el caso: las consecuencias *A*), Las cuales son tales, en base y en virtud del acto jurídico que las condiciona y *constituye*.

Todos los actos jurídicos que condicionan a otros (o que son aplicados por otros), realizan la misma *función constituyente*. En efecto, en todas las etapas del condicionamiento sucesivo de actos jurídicos se presenta *la misma* relación condicional de determinación<sup>15</sup> entre un *acto jurídico constituyente* y un *acto jurídico constituido*. Así, por ejemplo, los actos jurídicos que son condición inmediata de las consecuencias *A* (así como aquellos que lo son de *C*, *D*, *H* o *T*) se encuentran, a su vez, condicionados o constituidos por otro de la columna  $\gamma$ , el cual es base y fundamento de ellos. Ahora bien, si todos los actos jurídicos que condicionan a otros, realizan la misma función constituyente, entonces, la función que realiza  $Q_1$ , en relación con los comportamientos que la aplican, es decir, que inmediatamente le suceden, es *exactamente igual* a la que existe entre las consecuencias *A* y el acto jurídico que inmediatamente las precede. Ningún elemento ajeno al condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos tiene cabida en *ningún* momento de la creación progresiva del derecho.

A este respecto, es necesario insistir en que la relación que existe entre  $Q_1$  y los eventos que la aplican es *exactamente igual* a la que ocurre

<sup>15</sup> "La relación entre una grada superior y una grada inferior del orden jurídico, por ejemplo, entre la constitución y la ley, o entre la ley y la sentencia judicial, es una *relación de determinación* o vinculación: la norma de grado superior regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior (o el acto de ejecución, según los casos); así pues, no sólo determina el procedimiento con arreglo al cual ha de crearse la norma, sino que, eventualmente, prescribe también cuál ha de ser el contenido de la misma. En la relación entre la constitución y la ley predomina la regulación del procedimiento; sin embargo, hay también la determinación del contenido de algunas leyes futuras: la regulación constitucional de los derechos fundamentales y de libertad es un intento de determinar, al menos negativamente, el contenido de algunas leyes, prohibiéndoles ciertos contenidos (ataques a la libertad y la propiedad). En relación entre la ley y la sentencia judicial o el acto administrativo, hállanse equilibradas la regulación del procedimiento y la del contenido de la norma inferior, la norma inferior está determinada tanto por lo que afecta al procedimiento en el cual es creada, como respecto de su contenido (derecho material civil, penal y administrativo)" (Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales* . . . , cit., pp. 57-58, lo que se encuentra subrayado es nuestro; Véase: *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 347 y ss.; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 349 y ss.; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 454 y ss.).

en cualquier momento del condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos. Esta insistencia tiene como fin evitar todos los elementos emocionales que la dogmática constitucional incorpora al problema de la creación del derecho cuando se trata de la *aplicación* de esta primera (o última) condición del orden jurídico, la cual se conoce con el nombre de 'constitución'.

Como hemos podido observar, el concepto constitución es más o menos relativo; pertenece a cualquier evento jurídico que funciona como condicionante de otro u otros. Empero, reservaremos este término para designar aquellos actos jurídicos que no se encuentran condicionados por ninguno, como en el caso de  $Q_1$ . De modo que la constitución del orden jurídico la forman los actos jurídicos que funcionan como la condición primera (o última) del orden jurídico.

La sola diferencia que existe, pues, entre la constitución y cualquier otro acto jurídico condicionante —leyes, reglamentos, etcétera— es que la constitución, por ser la condición común más mediata, relaciona o unifica la totalidad de los actos jurídicos que componen el orden jurídico; pero esta diferencia no altera o modifica la determinación condicional que existe entre  $Q_1$  y los actos que la aplican. Esta relación es, como hemos visto, *exactamente igual* a la que se produce en cualquier momento del condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos. En efecto, la constitución juega el mismo papel, en relación con los eventos jurídicos que la aplican, que el que juega cualquier acto jurídico condicionante del orden jurídico (éstos como la constitución de un orden jurídico parcial, aquélla como la constitución de un orden jurídico total: el estatal).<sup>16</sup>

Si la constitución es el acto jurídico que funciona como la condición primera (o última) del condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos (como en el caso  $Q_1$ ), entonces, la constitución, al señalar las características que deben tener los actos que inmeditamente la aplican, contiene las determinaciones (prescripciones) más generales de la creación progresiva o escalonada del orden jurídico. Podemos, pues, caracterizar a la constitución como el conjunto de las prescripciones más generales de la creación del orden jurídico<sup>17</sup> (siempre que *funcione* como tal, es decir, siempre que se produzca el orden jurídico que ella propone).

No obstante que, en el proceso de creación del derecho, todas las etapas del condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos funcionan

<sup>16</sup> Al respecto, es necesario observar que los órdenes jurídicos nacionales son, considerando la totalidad de la experiencia jurídica, órdenes jurídicos parciales que forman parte de la comunidad internacional (véase: Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 87; Tamayo y Salmorán, *L'Etat sujet des transformations juridiques*, cit., pp. 217-229).

<sup>17</sup> Esta noción corresponde, en gran medida, a la de 'constitución' en sentido material de Kelsen (cfr. *General Theory of Law and State*, cit. pp. 124-125; *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 147-148); véase *supra*, nota 25 cap. anterior.

exactamente igual,<sup>18</sup> la jurisprudencia dogmática ha considerado que ciertos actos jurídicos son diferentes y se aplican (o *deben* aplicarse) de manera muy diferente a como se aplican los demás.<sup>19</sup>

¿De qué manera es diferente la constitución a los otros actos jurídicos condicionantes? Como evento jurídico condicionante, la constitución, al igual que cualquier otro, determina las características que han de tener los actos que la aplican, es decir, determina el cuadro de la regularidad de los actos jurídicos que la suceden. Desde este punto de vista, la constitución no es en nada diferente a los demás actos jurídicos condicionantes. Si se piensa que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos condicionantes por considerarla el primer acto condicionante, entonces, habría que reconocer que sería tan diferente como lo es el segundo con relación al tercero, el tercero con relación al cuarto, etcétera. Establecer una diferencia de objetos en atención a su prelación (prelación completamente relativa) es tan absurdo como pensar que el padre de un individuo no sería objeto de la antropología en el mismo sentido que este último.

La constitución es una función no una *cosa*. La constitución es una función que puede realizar cualquier acto jurídico condicionante en relación con el comportamiento jurídico que lo aplica. Esto es, cualquier acto jurídico condicionante puede ser el *primer* acto condicionante de un orden jurídico (total o parcial), todo depende de la dimensión de la experiencia jurídica que se considere. Así, por ejemplo, una ley puede ser considerada como la constitución de un orden jurídico parcial (*v.gr.* la ley que determinaba la organización de una colonia, si se considera sólo la colonia; la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal (la capital federal), si se considera sólo esa entidad de nuestro Estado federal; lo mismo que un contrato de sociedad, si sólo se considera el orden jurídico parcial que el contrato constituye, etcétera). Asimismo, la constitución de un orden jurídico nacional no funciona como tal si se encuadra en la totalidad de la experiencia jurídica, en donde se encuentra condicionada por el derecho internacional (tratados y convenios internacionales y, en última instancia, por la constitución consuetudinaria de la comunidad internacional). La circunstancia de aparecer como primer acto condicionante no es inmanente a cierto acto jurídico.

La dogmática constitucional considera que la constitución es diferente

<sup>18</sup> Como una relación condicional de determinación entre un material jurídico condicionante (constituyente) y un material jurídico condicionado (constituido). En el cual este último se conforma al cuadro de regularidad determinado por el primero, a efecto de continuar y completar el proceso de creación del derecho.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, para aplicar la constitución —dicen— se requiere una especial aptitud: una particular sensibilidad (véase: Fix-Zamudio, Héctor, *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*, en: "Revista Jurídica Veracruzana", núm. 4, octubre-diciembre de 1970, Jalapa, México, p. 9), puesto que el acto jurídico conocido como 'constitución' es diferente a los otros, en razón de la *especialidad de la norma constitucional* (!).

de los otros actos jurídicos, en atención al *contenido*. En efecto, se sostiene que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos en razón de que su *contenido dice cosas diferentes*.<sup>20</sup> Ciertamente, en razón de su contenido, la constitución es diferente, es tan diferente como lo es un contrato de hipoteca celebrado entre *a* y *b*, de un acto de matrimonio celebrado entre *c* y *d*; actos jurídicos cuyo contenido es diferente, dicen cosas diferentes.

El *contenido* constitucional no es constitucional por denominarse así, sino porque *funciona* como tal; puesto que el contenido de una constitución bien puede ser contenido de una ley. Pensemos, por ejemplo, en una ley que organiza a una colonia que al obtener su independencia convierte esa ley en constitución. El contenido constitucional fue primero ley y luego constitución. El contenido no es, pues, intrínsecamente constitucional.

Se ha insistido además en que la constitución es diferente en virtud de poseer un *procedimiento dificultado* de reformas. Esta diferencia hace que la constitución sea tan distinta, como lo es la transmisión de dominio de las acciones nominativas, las cuales, a diferencia de otros títulos, tienen o poseen un *procedimiento dificultado* de transmisión.

Frecuentemente se sostiene<sup>21</sup> que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos en virtud de que la constitución es elaborada por el *constituyente*, en cambio la ley es hecha por el legislador, etcétera. Esto es, ciertamente, indiscutible, tan indiscutible como el hecho de que los contratos son realizados por los contratantes, las leyes por el legislador, las sentencias por el juez, etcétera. Esta diferencia, como puede observarse, es propia de cada acto que forma parte de la experiencia jurídica. Todos los actos jurídicos son producto de actos humanos, y si al acto constituyente se le priva de los contenidos emocionales que la dogmática constitucional le proporciona, éste se concreta a ser un conjunto de actos y voliciones humanas que producen un acto jurídico condicionante —exactamente igual al conjunto de actos legislativos que producen otro acto jurídico condicionante: la ley—. Por otro lado, el predicado 'constituyente' no es un algo *anterior* al orden jurídico, no es algo jurídico en sí y, por tanto, jurídicamente superior. Ciertos actos reciben el significado de constituyente —así como otros de legislador, contratante, etcétera—, si, y sólo si, dichos comportamientos funcionan como constitución, esto es, como el primer acto condicionante de un orden jurídico histórico. Es decir, únicamente se es constituyente cuando existe una constitución. No existe, pues, un constituyente en sí, como mera virtualidad y que posea cualidades jurídicas con anterioridad y con independencia de la constitución. Ocurre simplemente, que cier-

<sup>20</sup> Véase: Carpizo, Jorge, *La interpretación constitucional*, en: "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año IV, núm. 12, septiembre-diciembre de 1971, México, pp. 384 y ss.

<sup>21</sup> Véase: *ibidem*.

tos actos serán interpretados como constituyentes si, y sólo si, estos actos son el primer acto condicionante de un orden jurídico. Antes de una función constitucional no existe nada que pueda ser considerado como constituyente. Puede decirse, en consecuencia, que es porque ciertos actos existen como constitución que dichos actos reciben el nombre de 'constituyentes'. Los actos constituyentes son parte del orden jurídico y son derecho con el mismo título que los demás momentos del sistema.

## 6. El concepto de constitución

Con respecto a la función constitucional, podemos señalar los siguientes conceptos de constitución:

a) *Concepto relativo de constitución*. El cual se aplica a todos los actos jurídicos condicionantes. Todos los actos jurídicos condicionantes realizan una función constitutiva en relación con los actos que los suceden y completan.

b) *Concepto absoluto de constitución*. El cual se aplica al acto-condición *tenido como el más mediato de un cierto sistema de normas* —sea este un orden jurídico departamental, distrital, provincial, nacional o internacional—. La constitución, en este sentido, relaciona la totalidad de actos del sistema considerado, en virtud de que es el acto-condición común a todos ellos. Este acto, en razón de su mediatez, determina o señala las características más generales en el proceso de creación del sistema.<sup>22</sup>

c) *Concepto originario de constitución*. Ciertos actos son la constitución de un sistema jurídico, si dichos actos funcionan como el primer acto-condicionante de un sistema jurídico.  $Q_1$  será la constitución de un sistema jurídico —de un orden jurídico nacional si, y sólo si, es continuado o seguido por los actos que completan el orden jurídico por él *propuesto*. Los destinatarios, al continuar y establecer el orden jurídico propuesto por  $Q_1$ , aceptan este orden jurídico. Si los destinatarios *aceptan* lo mismo, es decir, si los destinatarios continúan y aplican los mismos actos —en el caso  $Q_1$ —, entonces, los destinatarios convienen en establecer un cierto sistema jurídico —el sistema propuesto por  $Q_1$ — confiriendo a ciertos actos el carácter de primer acto condicionante del sistema. Es, pues, la *convención ficta* —de la que ya hemos hablado—, la constitución en sentido originario, constitución que nos permite entender toda creación jurídica. Es en esta convención donde reside el poder constituyente originario. De esta manera, resulta clara la afirmación de Kelsen de que una constitución se supone válida sólo cuando el orden jurídico que crea es largamente eficaz.<sup>23</sup> Es decir, un acto es

<sup>22</sup> Cfr., *supra*, nota 17.

<sup>23</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 201; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 204; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 266; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 118-119; *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 139-140.

constitución de un sistema de normas si, y sólo si, es aplicado y continuado por los actos que hacen posible el sistema por él propuesto.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> La convención ficta hace las veces de la norma hipotética fundamental. Cfr. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 199; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 200-201; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 262-263.