

EL ORDEN JURÍDICO Y SU CONSTITUCIÓN * 1

(Breve descripción del proceso de creación del derecho)

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN 2

SUMARIO: 1. *Preliminaria*. 2. *El orden jurídico*. 3. *La creación jurídica*.
4. *Estructura básica del orden jurídico*. 5. *La función constitucional*.
6. *Las variaciones jurídicas*. 7. *El concepto de constitución material*.

1. *Preliminaria*

Los juristas dedicados al estudio del derecho constitucional habitualmente comienzan su explicación con la búsqueda de una definición persuasiva o de un concepto *ad hoc* de 'constitución' o de 'derecho constitucional'. Una vez "satisfecho", con mayor o menor éxito este cometido, consideran que han dado cuenta, aunque sea en parte, de tales fenómenos. Esto, a mi juicio, es un error. Una correcta explicación de la constitución *de un orden jurídico* presupone un claro enten-

* Versión escrita de la conferencia "La idea de la Constitución" dictada en la UNAM el día 26 de marzo de 1987.

¹ Este ensayo es una versión revisada y compendiada del capítulo VIII de mi libro *Introducción al estudio de la Constitución* (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986) en el que se introducen las ideas expuestas en mi conferencia *La idea de la constitución* dictada en la Coordinación de Humanidades, UNAM, el 26 de enero de 1987, dentro del ciclo: *La constitución mexicana setenta años después*. (Las modificaciones que aparecen en este trabajo serán introducidas en la tercera edición).

Existe versión alemana de este trabajo: "Die Rechtsordnung und ihre Verfassung. (Eine kurze Beschreibung des Prozesses der Rechtsschöpfung)".

² Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor por oposición de *Introducción al Estudio del Derecho*, *Teoría General del Estado y Filosofía del Derecho* en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Licenciado en Derecho (1967: Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México), Diplomado en Derecho Comparado (1966: *Faculte Internationale pour l'Enseignement du Droit Compare*, Estrasburgo), Doctor en Derecho (1970: *Faculte de Droit et Science Economiques, Université de Paris*), *Visiting Scholar*, University of Oxford, (1979-80), Investigador Nacional (Sistema Nacional de Investigadores, de 1984 a la fecha), Jean Monnet Fellow, *Istituto Universitario Europeo*, Florencia (1985-1986).

dimiento de los conceptos jurídicos de los cuales el concepto de constitución es dependiente.

El concepto de constitución, contrariamente a lo que podría suponerse, no es un concepto jurídico primario. Tres son, *inter alia*, los conceptos que necesariamente presupone: los conceptos de norma, de facultad y de orden jurídico. Cualquier intento por penetrar la "naturaleza" de la constitución de un orden jurídico sin un adecuado conocimiento de estos conceptos no puede ser fructífero. Aún más, considero que una noción correcta de constitución (y, consecuentemente, de derecho constitucional) depende de una teoría apropiada del orden jurídico, así como de una apropiada explicación de sus componentes (las 'normas' jurídicas).

2. El orden jurídico

Los órdenes jurídicos deben ser considerados como intrincadas urdimbres de actos y "materiales" jurídicos interrelacionados que realizan diversas funciones. Una de las funciones relevantes es, precisamente, la función constitucional. ¿Cuáles son las funciones de las que se ocupa una teoría del orden jurídico? ¿En cuáles es relevante el concepto de constitución?

Una teoría del orden jurídico se compone de las explicaciones a los siguientes problemas: existencia, identidad, estructura y contenido del orden jurídico.³ Los juristas distinguen entre órdenes jurídicos existentes y aquellos que han dejado de existir, e.g. el derecho visigodo. Los juristas dicen, por ejemplo, que el orden jurídico francés existe en Francia, no en Dinamarca; que el orden jurídico alemán de nuestros días es diferente del que existió en Alemania durante el *Tercer Reich*. Uno de los objetos de una teoría del orden jurídico es, precisamente, proporcionar un criterio que nos permita verificar o refutar tales enunciados. A estos se suman otros problemas. ¿Qué normas forman un (mismo) orden jurídico? ¿A qué orden jurídico pertenece una norma? ¿Hay una estructura común a todos los sistemas jurídicos? ¿Hay algún elemento que, de una u otra manera, ocurra en todos los órdenes jurídicos o en ciertos tipos de órdenes jurídicos?, etcétera.

Toda teoría del orden jurídico debe proporcionar necesariamente una respuesta apropiada a los problemas de existencia e identidad del orden jurídico. Los criterios de existencia e identidad son parte necesaria de

³ Vid. Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 1-2.

cualquier definición apropiada de 'orden jurídico'.⁴ El concepto de constitución es relevante para la formulación de tales criterios.

Para penetrar la "naturaleza" del derecho, *el cual sólo se da en forma de órdenes jurídicos históricos*, es necesario considerar las relaciones que sus componentes guardan entre sí.⁵ Un claro entendimiento del concepto de orden jurídico es condición de una correcta explicación de cualquiera de sus componentes.⁶ La explicación del orden jurídico consiste esencialmente en el esclarecimiento de las funciones y de las relaciones que realizan las "unidades" que lo componen. Una de estas funciones es la función constitucional.

3. La creación jurídica⁷

Si se observa con atención el orden jurídico, uno se percató que, contrariamente a lo que habitualmente se cree, los diferentes elementos que forman un orden jurídico, los "materiales" jurídicos (leyes, testamentos, tratados, constituciones, sentencias, etcétera), así como los actos que crean y aplican, no son independientes los unos de los otros. Los "materiales" jurídicos se encuentran de tal forma relacionados que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que los crean se produzcan o efectúen en un cierto orden que va de los actos jurídicos

⁴ *Ibid.*, p. 2.

⁵ "El derecho —dice Hans Kelsen— es un orden... Un 'orden' es un sistema de normas. El derecho es... un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad que entendemos como sistema. *Es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada.* Las relaciones que unifican las distintas normas de un orden jurídico son también esenciales para [entender] la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el orden jurídico puede ser entendida, de manera completa, la naturaleza del derecho. (*General Theory of Law and State*, New York, Russell & Russell, 1961, p. 45. *Vid. Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke Verlagsbuchhandlung, 1960, p. 31). (Lo que se encuentra en cursivas es mío).

⁶ Para Bentham un entendimiento completo (y una descripción completa) de una norma jurídica supone el entendimiento *de todas las condiciones comunes a ella y a otras normas*, i.e. supone la descripción del sistema jurídico *en su totalidad*. (*Vid. Hart, H.L.A. "Introduction" en Bentham, Jeremy. Of Laws in General*, H.L.A. Hart (Ed.), London, University of London, Athlone Press, 1958, p. xxxv). Un claro entendimiento de una norma jurídica presupone el entendimiento del "cuerpo completo del derecho, del *pannomion*" —para usar las propias palabras de Bentham—. Sobre el *pannomion* Bentham dice: "un cuerpo de normas jurídicas es una vasta y complicada pieza de mecanismo del cual ninguna de sus partes puede ser explicada sin el resto" (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H. Burns y H.L.A. Hart (Eds.), London, University of London, Athlone Press, 1970, p. 299 (XVII, 24, n b2)).

⁷ Algunas de las tesis que se exponen en esta parte han sido desarrolladas con anterioridad en otros de mis trabajos (*Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976; *Introducción al estudio de la constitución*, op. cit.).

condicionantes (e.g. actos legislativos) a los actos jurídicos condicionados (sentencias, resoluciones administrativas), conexión sin la cual no es posible la "creación escalonada del derecho".⁸

Puesto que todos los actos jurídicos se encuentran condicionados por los actos jurídicos que les preceden, entonces éstos pueden representarse como un condicionamiento sucesivo de actos jurídicos:



(Donde los actos jurídicos a_1 condicionan los actos a_2 , éstos, a su vez, los actos a_3 , etcétera. Es fácil percatarse de que el último elemento de la sucesión condicional de actos jurídicos, a_5 , no condiciona a ninguno otro; de ahí que sea considerado como las consecuencias de esta sucesión. Por su parte, a_4 será la condición inmediata de las consecuencias, mientras que a_1 será la condición más mediata de las consecuencias, condición que tiene la particularidad de no estar condicionada por ninguna otra.

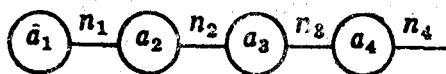
Con la expresión '*Rechtsornung*' (*ordre juridique, legal system*) los juristas indistintamente se refieren a un conjunto de "materiales" jurídicos (leyes, contratos, sentencias) o a un compuesto de actos jurídicos (actos legislativos, reglamentarios, judiciales) los cuales producen y aplican tales "materiales". En virtud de que la función esencial de estos "materiales" es *guiar* el comportamiento humano, de manera más bien dogmática, voy a llamarlos 'normas jurídicas' (i.e. instrucciones, reglas o directivos que definen y prescriben un curso de acción).⁹

⁸ Vid. Keisen, Hans. *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 228. En gran medida nuestra explicación es una reformulación de esta tesis. Sobre este particular, véase: Ohlinger, Theo. *Der Stufenbau der Rechtsornung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975.

⁹ Ciertamente, aquí me refiero a un tipo de norma, a aquel que Kelsen llama: 'unselbändige Rechtsnormen', las cuales realizan (o participan en) la función de facultamiento (Ermächtigung): "Auch Rechtsnormen, die zu einem bestimmten Verhalten ermächtigen sind unselbändige Normen, sofern man unter 'ermächtigen' versteht: einem Individuum eine Rechtsmacht verleihen, das ist die Macht verleihen, Rechtsnormen zu erzeugen" (*Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 57).

Es importante observar que cuando hablo de 'normas jurídicas' no me refiero a un artículo, párrafo o sección de un texto jurídico (ley, código o reglamento), me refiero a aquel material jurídico que *sin exceso ni deficiencia* confiere facultades jurídicas a ciertos individuos, señalando las formas de su ejercicio, así como sus efectos normativos. La cuestión de saber qué cantidad de material jurídico (legislado o consuetudinario) contiene una norma jurídica completa es el problema de la indi-

Haciendo abstracción de los actos, la dogmática jurídica normalmente considera al orden jurídico como un conjunto de normas *dadas*, produciendo una imagen *estática* del orden jurídico (imagen estática que, en gran medida, es resultado de la fijación legislativa). Sin embargo, es necesario insistir, el orden jurídico se forma de ambos componentes: el *fáctico*¹⁰ (los actos de creación y aplicación del derecho)¹¹ y el *normativo* (las normas jurídicas que son creadas y aplicadas por tales actos). Ambos componentes (normas y actos) se encuentran estrechamente relacionados.¹² Lo anteriormente expuesto me obliga a introducir nuevos elementos en el diagrama:



Cada línea representa una norma que *faculta* o autoriza el acto que crea la norma que le sucede. De esta manera tenemos que la norma n_1 faculta o autoriza el acto a_2 cuya realización crea la norma n_2 . Los círculos siguen representando los actos creadores (y aplicadores) de normas jurídicas. (He eliminado del diagrama el último acto de ejecución —las consecuencias—, en virtud de que no es indispensable en la explicación que sigue). En lo sucesivo, voy a llamar a este diagrama

viduación de normas jurídicas. La idea de que una norma jurídica no es idéntica a una disposición (legislativa o reglamentaria), la idea de que muchas leyes, reglamentos, costumbre, de diferentes ramas del derecho contribuyen al contenido de una norma jurídica completa, fue una de las aportaciones más importantes hechas por Bentham a la filosofía del derecho. (Vid. *Of Laws in General*, op. cit., p. 156). Kelsen claramente ha señalado que los diferentes elementos de una norma jurídica pueden estar contenidos en diferentes productos de los diversos procedimientos de creación. (*General Theory of Law and State*, op. cit., p. . . .; *Reine Rechtslehre*, op. cit., pp. 57-8).

¹⁰ Este rasgo es el responsable de la positividad del derecho. Sobre la positividad del derecho y el carácter empírico de la ciencia jurídica, véase mi artículo "The Legal Science and Its Empirical Aspect. (A note on the Legal Statements and Their Falsifiability)", in Edgar Bodenheimer's Festschrift, University of California (en preparación).

¹¹ Ciertamente, estos hechos no son cualquier tipo de evento. Son hechos que *crean* normas jurídicas. Sobre este particular, véase Kelsen: "Was ist ein Rechtsakt?", en *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. IV, 1952, pp. 263-74, reimpreso en Klecatsky, H., Marcic, R. y Schambeck, H. (Eds.), *Rechtstheoretische Schule*, Wien, Europa Verlag, 1968, t. II, pp. 1381-393.

¹² Corresponde principalmente a Kelsen haber advertido que el derecho es un sistema normativo dinámico compuesto por actos creadores y aplicadores de normas. (Vid. *Reine Rechtslehre*, op. cit., pp. 198-204; *General Theory of Law and State*, op. cit., pp. 112-14).

'cadena normativa'. En el diagrama claramente se observa que los actos jurídicos que componen una cadena normativa, tienen que satisfacer las condiciones impuestas por los actos jurídicos que les preceden.

Teniendo en cuenta lo anterior, voy a introducir un concepto de validez que me ayudará a describir el funcionamiento de las cadenas normativas. 'Validez' en el sentido de 'validez sistemática': x es n , si, y sólo si, $x \in N$, donde N es una cadena normativa de un orden jurídico (positivo) determinado. De esta forma, los componentes de una cadena normativa *valen* (i.e. son parte de dicha cadena normativa, *valen* como leyes, sentencias constituciones) si satisfacen las *reglas de formación del conjunto*, impuestas sucesivamente por los actos jurídicos que les preceden. Estas *reglas de formación* no son otras sino aquellas que se introducen por la norma que *faculta* la realización de ciertos actos. una norma subsecuente (e.g. n_1) es una norma de las que H.L.A. Hart que sus actos tengan los efectos previstos (los efectos jurídicos que dichos actos pretenden tener). La norma que autoriza la creación de una norma subsecuente (e.g. n_1) es una norma de las que H.L.A. Hart denomina: *power conferring rule*, i.e. una norma que confiere a un individuo el poder de crear normas jurídicas válidas.¹³ La relación de cada una de las etapas de creación jurídica adquiere así el carácter de relación *genética*, en la cual se determinan las condiciones bajo las cuales y los individuos por los cuales se crean las normas subsecuentes. Resulta claro que el concepto básico de esta relación lo constituye el concepto de facultad, concepto que explica la habilitación (*Ermächtigung*) de un poder o capacidad específicamente jurídica.¹⁴

Volviendo a nuestro diagrama ¹⁵ tenemos que para que n_2 sea una norma válida es necesario que n_1 faculte a alguien a crear n_2 y que a_2 se conforme a las condiciones de ejercicio impuestas por n_1 . La

¹³ Vid. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1972, pp. 27-32.

¹⁴ Ciertamente, las normas pueden realizar diferentes funciones normativas que corresponden a diferentes operadores modales. "... Auch ermächtigen, erlauben, derogieren sind Funktionen von Normen" (Kelsen, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 1, *Vid. Ibid.*, pp. 76-9 y 82-4). "... Denn eine Norm kann nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und insbesondere ermächtigen" (Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 5, *Vid. Ibid.*, pp. 150-54). Sobre las funciones de las normas que confieren derechos, véase mi artículo: "The Functioning of Human Rights in Legal Systems", en Arnau, J., Hilpinen, R. y Wroblewski, J. (Eds.), *Juristische Logik, Rationalität im Recht, Rechtslehre*, 46 Beih. 8. 1985, Berlin/Mainz, Verlag Dunker und Humblot, pp. 375-86.

¹⁵ Este diagrama es fundamentalmente similar al de Joseph Raz. (*Vid. The Concept of a Legal System*, op. cit., pp. 97-9). En virtud de su poder explicativo y de la similitud que guarda con mis propias tesis, haré mías algunas de las afirmaciones de Raz sobre el funcionamiento de las cadenas normativas.

ausencia de cualquiera de estas condiciones hace que la pretendida norma 'n₂' sea nula (o que 'a₂' no tenga los efectos jurídicos que pretendía tener). Dicho en otros términos: tales actos o "materiales" no son actos o normas que pertenezcan a la cadena normativa que comienza con a₁. Como puede observarse, las normas (i.e. n_i) no derivan de otras. El proceso de creación normativa *no opera por inferencia*.

Si para que los actos de alguien *valgan* como actos creadores de normas es necesario que exista la norma que faculte y que el ejercicio de tales facultades se conforme a las condiciones establecidas por la norma que faculta, entonces el enunciado que describe una creación (o modificación) jurídica es verdadero si, y sólo si, existe una norma *n* que faculte a un individuo *x* a crear (modificar o derogar) normas y *x* lo hace de conformidad con *n*. Consecuentemente, la fórmula de la creación normativa podría expresarse así: para cualquier norma *n_i*, (excepto *n₁*), *n_i* se crea (modifica o deroga) si, y sólo si, (*]n*) *n*[*x**F*,*ϕ*] & *x* *ϕ*. (Donde '*F*' indica el operador modal para *tener facultad (Ermächtigung)* y '*ϕ*' es una variable que cubre cualquier acto de creación (o derogación) normativa.

4. Estructura básica del orden jurídico

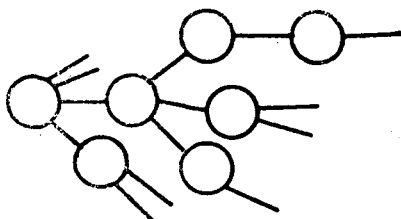
Una cadena normativa es el conjunto de todas aquellas normas (*n_i*) tales que: cada una autoriza la creación de otra norma del conjunto, excepto una (las consecuencias) que no autoriza la creación de ninguna otra, y la creación de cada una de ellas es autorizada por otra norma del conjunto, a excepción de una (*n₁*) cuya creación no es autorizada por ninguna norma de esta cadena de validez.¹⁶

Ciertamente, el condicionamiento sucesivo de una cadena normativa no se limita al hecho de que ciertas normas precedan a otras. Las normas que preceden a otras señalan *siempre* las características que han de acompañar a los actos que las aplican para que estos últimos puedan crear normas jurídicas válidas. Las normas (y los actos jurídicos) adquieren su sentido jurídico específico (dentro de un orden jurídico determinado) mientras determinen los actos que las aplican y se conforman a las normas que las condicionan.

En el diagrama anterior he representado a una sola cadena normativa considerada en forma aislada. Sin embargo, las cadenas pueden compartir varias normas (o actos).¹⁷

¹⁶ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, op. cit., p. 97.

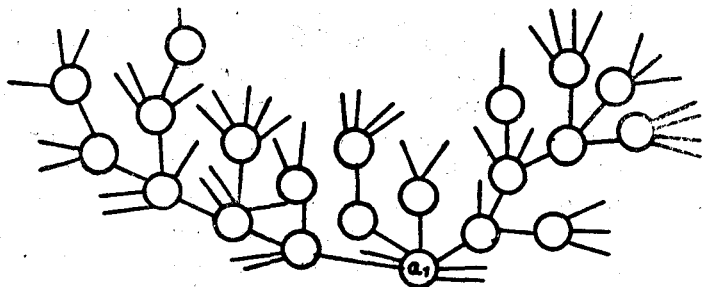
¹⁷ *Ibid.*, p. 98.



El carácter común de ciertas normas (en el sentido de ser compartidas por varias cadenas normativas) permite la "construcción" de órdenes jurídicos. Formarán un mismo orden jurídico (parcial) aquellas normas que posean, al menos, un acto jurídico creador común. De acuerdo con esto, el criterio de identidad de un orden jurídico podría formularse de la manera siguiente: (1) hay por lo menos un acto (de creación normativa) que es común a cualquier cadena normativa que pertenezca al mismo orden jurídico y (2) hay al menos un acto jurídico que es parte de todas las cadenas normativas de un orden jurídico. A partir de aquí podemos obtener nuestros conceptos de acto constituyente y de constitución: para todo orden jurídico el acto jurídico común a todas las cadenas normativas de un orden jurídico (histórico) es el acto *originario*, el acto *fundante* del sistema, o si se prefiere: el acto *constituyente* del orden jurídico. La constitución no es sino la(s) norma(s) establecida(s) por dicho acto.

De esta suerte, las cadenas normativas que forman un orden jurídico total (un orden jurídico nacional) podrían representarse de la siguiente manera:¹⁸

¹⁸ En trabajos anteriores (*Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 96) las cadenas normativas de que forman un orden jurídico total (nacional) las representaba en forma de un haz de luz cuyo foco era el acto creador más mediato a las consecuencias, la luz se dispersaba, se propagaba, a través de los sucesivos actos de aplicación. He preferido la representación en forma de arborecencia como lo propone Joseph Raz porque esta representación, por un lado, muestra claramente la creación escalonada del orden jurídico y, por el otro, evita algunas implicaciones erróneas que se seguían de mi diagrama anterior (en forma de haz de luz) y que se siguen del diagrama piramidal. La representación en forma de arborecencia evita la más indeseable de todas las implicaciones que se siguen del modelo piramidal, a saber: que exista el mismo número de escalones en la pirámide de todo orden jurídico, i.e. que exista el mismo número de etapas en todas sus cadenas normativas. (Vid. Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, op. cit., p. 99, n. 1).



Las normas de cualquier cadena normativa se encuentran inmediatamente precedidas por los actos jurídicos que las crean. Estos actos son actos de creación de normas jurídicas en tanto se conforman con las normas que les preceden, las cuales determinan las características que éstos deben tener para ser considerados actos *válidos*.¹⁹ Una norma autoriza la creación de otra norma confiriendo facultades a ciertas instancias, las cuales, haciendo uso de estas facultades, producen normas jurídicas válidas. La última norma de una cadena normativa, una sentencia, por ejemplo, es una norma válida del conjunto en la medida en que ha sido creada por un acto jurídico que ha satisfecho las *reglas de formación* del conjunto (reglas de formación que fueron introducidas, en primera instancia, por el acto constituyente y, subsecuentemente, por los actos que progresivamente lo aplican). De esto se sigue que toda norma de una cadena normativa encuentra su *fuerza*,²⁰ su origen o, si se prefiere, su fundamento de validez, en el acto que la crea.

5. La función constitucional

De lo anteriormente expuesto se sigue que todos los actos jurídicos realizan una función constitutiva o *constituyente* con respecto al "material" jurídico que les sucede. En todas las etapas del proceso escalonado de creación jurídica se presenta la misma relación condicional de determinación²¹ entre el acto jurídico constituyente y el material jurídico constituido.

¹⁹ Existe una variedad de formas por las cuales una norma puede determinar los actos jurídicos que le suceden que van desde el establecimiento de numerosas limitaciones, pasando por una mayor o menor discrecionalidad, hasta el silencio.

²⁰ Para los efectos del presente ensayo, entiendo por 'fuente del derecho' aquellos actos en virtud de los cuales una norma es válida y su contenido identificado. En este mismo sentido, véase: Raz, Joseph *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 47 y 48.

²¹ Sobre el grado y forma de determinación de una etapa a otra del procedimiento de creación, véase: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, op. cit.*, pp. 346-7.

De los argumentos expresados se puede concluir que la constitución (de un orden jurídico positivo) *no es una cosa, sino una función*. Ahora bien, con el fin de evitar (eliminar) los elementos emocionales que la dogmática constitucional incorpora al problema de la creación (o aplicación) del derecho cuando se trata del *primer* acto de creación del orden jurídico (más allá del cual no es posible jurídicamente remontar), debe subrayarse que la relación que existe entre a_1 y los actos que aplica(n) la(s) norma(s) que establece es exactamente igual a la que ocurre en cualquier momento de la creación escalonada del derecho. La función constituyente (o constitucional) es más o menos relativa; pertenece a cualquier acto jurídico que funciona como la *fuentes* de normas jurídicas válidas. Empero, podemos reservar este término para designar la función que realiza el primer acto creador del sistema. De la misma manera, denominaremos 'constitución' al conjunto de normas que son establecidas por el primer acto creador del sistema, normas que determinan las formas y los procedimientos de creación del orden jurídico.

Si la constitución es el conjunto de normas establecidas por el acto constituyente del orden jurídico, entonces la constitución, al señalar las características que deben tener los actos que (regularmente) la aplican contiene las primeras prescripciones de la creación progresiva o escalonada del orden jurídico (las primeras *reglas de formación* del sistema). Consecuentemente, cabe caracterizar a la constitución como el conjunto de reglas que establecen los primeros procedimientos de creación del orden jurídico²² (siempre que el orden jurídico que propone exista efectivamente).²³

Es fácil percatarse de que el acto creador del sistema es una instancia de un poder de creación jurídica. Claramente podemos observar que la arborecencia descansa en un poder (legislativo) *fundamental*. Este poder (legislativo) *fundamental* es el poder que crea la constitución. Ahora bien, con la ayuda de los conceptos de poder (legislativo) fundamental, *i.e.* acto originario, *constituyente*, y de constitución, podemos reformular el criterio de identidad de un orden jurídico de la siguiente manera: *un orden jurídico total (nacional) consiste en el acto consti-*

²² Esta noción corresponde, *mutatis mutandis*, a la de 'constitución en sentido material' propuesta por Kelsen. (Vid. *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, pp. 124-5; *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pp. 228-30).

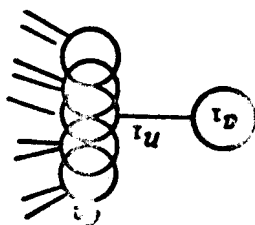
²³ Dicho en otros términos: siempre que el orden jurídico que se propone sea eficaz, *i.e.* sea un orden jurídico histórico. El problema de la eficacia como condición del establecimiento (mantenimiento y sustitución) del orden jurídico, es sin duda el problema más apasionante que enfrenta una teoría del orden jurídico. Lamentablemente, por razones de espacio, no nos podemos detener aquí.

*tuyente y en todas las normas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las facultades conferidas por la constitución.*²⁴

6. Las variaciones jurídicas

La creación jurídica no se produce de una vez y para siempre ni a intermitencias regulares. Por el contrario, la creación (o innovación) jurídica se produce de forma constante. Este carácter constante de la creación jurídica me condujo a considerar la experiencia jurídica como una variación jurídica continua. El orden jurídico no es sino el cuadro de las transformaciones jurídicas unitariamente consideradas.

Los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo; están en proceso continuo.²⁵ Es importante tener presente que las facultades conferidas por una norma jurídica para crear normas subsecuentes pueden ser ejercidas *repetidas* veces. La autoridad (individuo o grupo) investida con facultades de este tipo puede hacer uso de ellas todas las veces que así lo decida. De esta forma, la autoridad referida podrá crear varias normas en diferentes momentos. Esta circunstancia no puede apreciarse en los diagramas anteriores, toda vez que ellos representan a un orden jurídico en uno solo de sus momentos y no en su continuo devenir. Supongamos que la norma n_1 confiere a una determinada autoridad la facultad de crear normas jurídicas cada vez que realice una instancia del acto a_2 . La autoridad referida puede crear tantas normas como tantas veces haga uso de sus facultades (tantas veces como realice a_2):



Aquí se contemplan *algunos momentos* de un orden jurídico en donde se presupone que a_1 ha ocurrido sólo una vez y que, las normas creadas por tal acto (n_1) se mantienen inalterables y, además, se ignora la actividad ulterior del orden jurídico (así como la creación

²⁴ En el mismo sentido Joseph Raz (*Vid. The Concept of a Legal System, op. cit.*, p. 101).

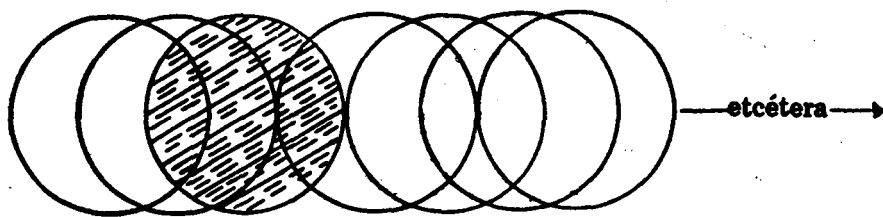
²⁵ *Vid. mi libro: Sobre el sistema jurídico y su creación, op. cit.*, p. 143.

paralela de todas las otras cadenas normativas posibles), simplemente se muestran varias instancias de a_2).

De esto se sigue que es pues necesario introducir una distinción entre orden jurídico 'momentáneo' y 'orden jurídico' propiamente dicho. A este último lo llamaré, arbitrariamente, 'sistema jurídico'. El orden jurídico momentáneo es un *subsistema* del sistema jurídico. Para cada orden jurídico momentáneo existe un sistema jurídico que contiene todas las disposiciones jurídicas del orden jurídico momentáneo. Es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener un orden jurídico momentáneo vacío. No existe un sistema jurídico que no contenga al menos un orden jurídico momentáneo.²⁶

Esta importante distinción entre orden jurídico momentáneo y sistema jurídico puede apreciarse fácilmente en el siguiente diagrama, en donde la sucesión de círculos entrelazados representa al sistema jurídico (u orden jurídico propiamente hablando) y cada uno de los círculos a los órdenes jurídicos momentáneos:

Resolver el problema de la continuidad de un orden jurídico (*i.e.* de



un sistema jurídico) consiste en explicar el paso de un orden jurídico momentáneo a otro dentro de un mismo sistema jurídico.

7. El concepto de constitución material

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, podemos formular un concepto de constitución que sin ser conraintuitivo y sin contradecir los usos del lenguaje, describe la constitución de un orden jurídico histórico. La constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico. Esta definición cubre todos los tipos de constituciones que existen y que es posible que existan.

²⁶ En el mismo sentido Joseph Raz (*Vid. The Concept of a Legal System, op. cit., pp. 34-5*).

De la anterior definición se sigue lógicamente que todo orden jurídico tiene necesariamente una constitución. Si un orden jurídico existe, posee, por fuerza, un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico, normas que determinan las formas y procedimientos de la creación sucesiva del derecho. Todo orden jurídico, del tipo que sea, con el régimen político que sustente, la ideología que defienda, tendrá siempre una constitución. Las normas que la componen pueden constar por escrito, surgir por prácticas sociales o ser una combinación de estos procedimientos.

Como he señalado con anterioridad, detrás de este concepto de constitución (constitución de un orden jurídico positivo) se encuentra la noción de facultad, noción sin la cual (conjuntamente con la de orden jurídico) el concepto de constitución sería poco explicativo si no es que incomprendible. Las normas que integran la constitución de un orden jurídico son normas que confieren facultades, es decir son normas cuya función prescriptiva consiste en otorgar poderes, habilitar (*Ermächtigung*) a ciertos individuos para que realicen actos jurídicos válidos (e.g. crear normas jurídicas válidas). Ciertamente estas facultades son normalmente acompañadas con los requerimientos que deben de satisfacer los actos que las aplican, así como de la determinación de las características y ámbitos que habrán de tener las normas que surjan del ejercicio de estas facultades. Como quiera que sea, el rasgo definitorio de estas normas es el de conferir facultades.²⁷ Esta idea podría ser reformulada de la siguiente manera: no existe una norma constitucional (material) que no sea una norma que confiera facultades (o que no sea parte de las condiciones de este facultamiento). ¿Existe acaso otra forma de establecer competencias?

Concluiré este trabajo señalando que la constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades establecidas por el acto constituyente del orden jurídico. Aquello que exceda esta

²⁷ Ciertamente, el *constituyente* podría establecer una disposición que pudiera ser formulada en términos muy distintos a los que habitualmente se usan para conferir una facultad. Podría establecer, por ejemplo: "en el orden jurídico X no habrá esclavitud". Esta fórmula tiene una de las formas típicas en las que se establece un mandato o una prohibición, formulación en que difícilmente se podría apreciar un otorgamiento de facultades (si estas dependieran de la formulación lingüística). Sin embargo, esta disposición, tal y como es formulada, indica claramente el límite de las facultades de aquellos que pueden legislar. Este acto *no es una prohibición*, ni establece ningún hecho ilícito. Simplemente no serán actos jurídicos válidos aquellos que pretendan establecer la institución de la esclavitud, serán actos nulos. Como lo son todos los actos que se realizan *ultra vires*, sobrepasando los límites de las facultades conferidas. La disposición "... no habrá esclavitud", tiene sólo sentido en relación con las normas que confieren facultades.

caracterización, esto es, aquello que no sean normas que establezcan los primeros procedimientos de creación (sus límites y condiciones) de un orden jurídico histórico, son palabras de un texto, prédicas sociales, idearios políticos, serán cualquier cosa; pero no una constitución de un orden jurídico positivo.

Estos argumentos serán fuertemente resistidos por aquellos que conciben a la constitución como una substancia, como una cosa ontológicamente constitución, siempre constitución, o que no han podido diferenciar entre la constitución de un orden jurídico del documento llamado 'constitución'.