

## EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA CONSTITUCIÓN

POR ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN\*

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. *Objetivo*; 2. *La constitución*, a) *La función constitucional*, b) *Concepto de constitución*; 3. *La 'constitución escrita'*, a) *La función específica de la 'constitución escrita'*, b) *La 'constitución escrita' y la constitución*; 4. *El procedimiento consuetudinario*; 5. *Los elementos del procedimiento consuetudinario*, a) *El carácter fáctico*, b) *El carácter normativo*. II. *El derecho constitucional consuetudinario*: 1. *Objetivo*; 2. *El 'derecho constitucional aplicable'*, a) *La legislación constitucional*, b) *La legislación constitucional y su eficacia*, c) *Pérdida de eficacia de la legislación*, a') *Ineficacia directa*, b') *Ineficacia indirecta*, d) *Consecuencias de la ineficacia*; 3. *El establecimiento de la constitución*, a) *La creación normativa*, b) *Carácter convencional de la creación normativa*; 4. *El proceso originario de creación y su carácter consuetudinario*, a) *El establecimiento del órgano constituyente*, a') *La propuesta de cierta normatividad*, b') *Los destinatarios de la propuesta*, b) *La solución de la disyuntiva 'o ↓ e' o la aceptación de cierta normatividad*; 5. *Los elementos de la creación o innovación normativa*, a) *El comportamiento jurídico innovador*, b) *La adhesión o aceptación convencional*, c) *El carácter consuetudinario del procedimiento*; 6. *Producción regular o irregular del procedimiento de creación*, a) *El Mantenimiento de Rex*, b) *La substitución de Rex por Rex<sub>1</sub>*, c) *La solución de la disyuntiva 'o ↓ e'*, d) *Prueba*, e) *Ejemplo*; 7. *La modificación constitucional (contra legem)*, a) *Prueba*, b) *Ejemplo*; 8. *Los elementos persistentes en estos procedimientos*.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. *Objetivo*

En el presente trabajo pretendemos señalar el papel que desempeña la costumbre dentro del derecho, especialmente en el derecho constitucional. Intentamos determinar primeramente qué es la costumbre, señalar cómo se produce, así como determinar su intervención dentro de la función constitucional.

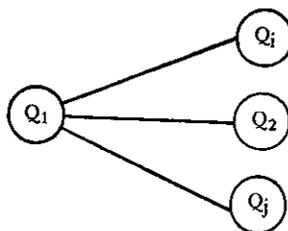
\* Investigador y secretario académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de teoría general del Estado en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Lic. en derecho, Facultad de Derecho, UNAM, 1967 y doctor en Derecho, *Faculté du Droit et Science Economiques Université de Paris*, 1970.



el contrario, los materiales jurídicos que preceden a otros señalan siempre las características que han de acompañar a los materiales jurídicos que los *aplican* para que estos últimos puedan ser considerados como tales. Por ejemplo,  $Q_2$  se encuentra condicionado por  $Q_1$ , de tal suerte que  $Q_2$  no puede, por decirlo así, contrariar a  $Q_1$ , puesto que es precisamente  $Q_1$  el acto que hace posible  $Q_2$ . Dicho en otra forma: para que  $Q_2$  se conforme a lo dispuesto en  $Q_1$  (para que *obedezca* a  $Q_1$ ) es necesario que se conforme u observe a lo previsto por  $Q_1$ .

De lo anterior se desprende que es de la naturaleza del condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos que los actos jurídicos condicionados se conformen a los actos jurídicos condición que les preceden. Los materiales jurídicos adquieren sentido mientras determinan los actos jurídicos que les 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:<sup>4</sup>



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

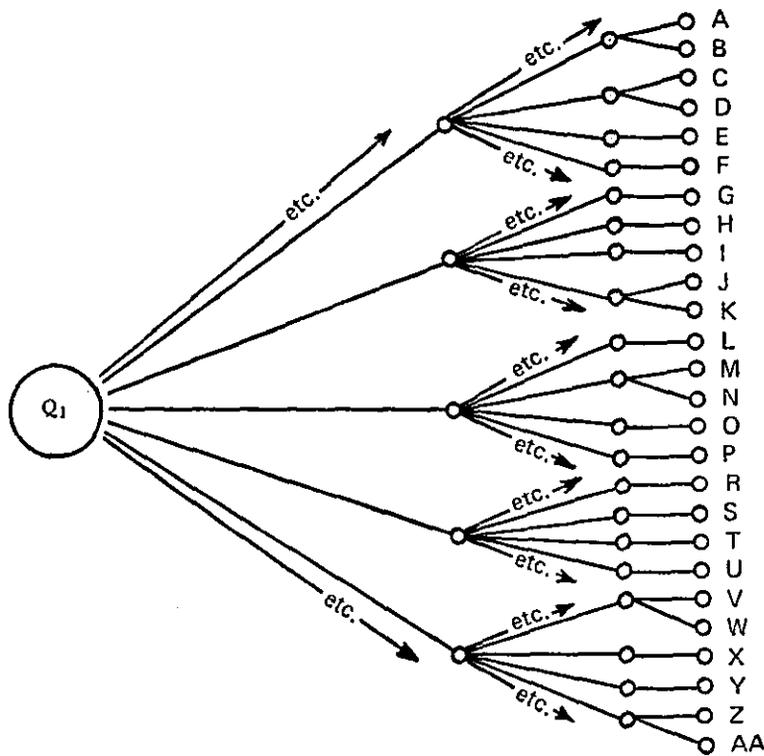
Ahora bien, los actos jurídicos, mientras más mediatos se encuentran de las consecuencias, son comunes a mayor número de normas jurídicas y, por tanto, el acto-condición tenido como el *más* mediatos, en virtud de ser la condición común y punto de relación de todos los actos jurídicos, relacionará la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

De acuerdo con lo anterior, podemos representar el orden 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>5</sup>

En el diagrama observamos que todas las consecuencias (los últimos actos

<sup>4</sup> Cfr., *ibid.*

<sup>5</sup> Tamayo y Salmorán. "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica." *Op. cit.*



condicionados)  $A, B, C, \dots, AA$  se encuentran inmediatamente condicionados por ciertos eventos jurídicos, los cuales, conforme a la naturaleza del condicionamiento sucesivo de los actos-condición, no se 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  $A$  y  $B$  se encuentran inmediatamente condicionadas por un cierto acto jurídico, sin el cual ni  $A$  ni  $B$  serían posibles. Ahora bien, si  $A$  y  $B$  son tales en virtud de que se conforma a lo dispuesto por el acto jurídico que inmediatamente la condiciona, entonces puede decirse que  $A$  y  $B$  encuentran 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 los aplican (es decir, que los suceden) en el caso: las consecuencias  $A$  y  $B$ , 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>6</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* y *B* (así como aquellos que lo son de *C*, *D*, *E* o *F*) se encuentran, a su vez, condicionados o *constituidos* por otro, 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  $Q_1$ , en relación con los comportamientos que la aplican (inmediata o mediatamente), es *exactamente igual* a la que existe entre las consecuencias *A* y el acto jurídico que inmediatamente las precede.<sup>7</sup>

A este respecto es necesario insistir en que la relación que existe entre  $Q_1$  y los eventos que la aplican es *exactamente igual*<sup>8</sup> a la que ocurre en cualquier

<sup>6</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 orden inferior (o el acto de ejecución según los casos); así pues, no sólo determina el procedimiento con arreglo al cual 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 la 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 la cual es creada, como respecto de su contenido (derecho material civil, penal y administrativo).” Kelsen. *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, p. 57-58; lo que se encuentra en cursiva es nuestro. *Vid.*, Kelsen. *Rechtslee*: 2. Aufl. Franz Deuticke. Viena, 1960, p. 347 y ss.; Kelsen. *Pure Theory of Law*. University of California Press. Berkeley, 1967, p. 349 y ss.; Kelsen. *Théorie Pure du Droit*. Dalloz, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1962, p. 454 y ss.

<sup>7</sup> “Ningún elemento ajeno al condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos, tiene cabida en ningún momento de la creación progresiva del derecho.” (Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*).

<sup>8</sup> La sola diferencia que existe entre la constitución y cualquier otro acto jurídico condicionante —tales como leyes, reglamentos, etcétera— es que la constitución, por ser la condición común más mediata, relaciona o unifica la totalidad de los actos jurídicos que compone 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 *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 total: el estatal). 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. (*Vid.*, Kelsen. *Teoría General del Estado*. EDINAL. México, 1959, p. 87; Tamayo y Salmorán. *L'Etat, Sujet des transformations juridiques* (tesis de doctorado). Faculté de Droit et Sciences Economiques de Paris. Paris, 1970, p. 217-229; Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*).

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* 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, vamos a reservarnos este término para designar aquellos actos jurídicos que no se encuentran condicionados por ninguno; como, en el caso,  $Q_1$ . Así, la constitución del orden jurídico la forman los actos jurídicos que funcionan como la condición primera del orden jurídico.

Si la constitución es el acto jurídico que funciona como la condición primera 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 inmediatamente 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>9</sup> (siempre que *funcione* como tal, es decir, siempre que se produzca el orden jurídico que ella propone).<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Esta noción corresponde en gran medida a la de "constitución en sentido material" de Kelsen (cfr., *General Theory of Law and State*. Harvard University Press. Cambridge, 1973, p. 124-125; Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM. México, 1969, p. 147-148).

<sup>10</sup> No obstante que en el proceso de creación del derecho todas las etapas del condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos, funcionan exactamente igual (como una relación condicional de determinación entre un material jurídico condicionante —constituyente— y un material jurídico condicionado —constituido—, la dogmática jurídica ha considerado sin embargo, que ciertos actos jurídicos son diferentes y se aplican (o *deben* aplicarse) de manera muy diferente a como se aplican los demás. Así por ejemplo, para aplicar la constitución —dicen— "se requiere una especial aptitud", "una particular sensibilidad" (*vid.*, Héctor Fix-Zamudio. "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 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. 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. (*Vid.*, Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*). 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

b) *Concepto de constitución.*<sup>11</sup> De acuerdo con lo anterior y para los efectos de nuestro trabajo entendemos por ‘constitución’ el conjunto de reglas, disposiciones o mandatos que funcionan como el primer acto condicionante de un sistema jurídico nacional. Con ello utilizamos una definición totalmente neutra que permite incluir en ella todos los tipos de constitución que existen y que es posible que existan. Asimismo incluye la modalidad de la constitución escrita como la no escrita. Sea pues, que conste por escrito, sea pues de tradición no escrita, será constitución aquel grupo de disposiciones, reglas o man-

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 immanente a cierto acto jurídico. (*Vid., ibid.*).

La dogmática constitucional considera que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos en atención a su *contenido*. En efecto, se sostiene que la constitución es diferente de los otros actos jurídicos en razón de que el *contenido dice cosas diferentes* (*Vid.,* Jorge Carpizo. “La interpretación constitucional” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año iv, núm. 12, septiembre-diciembre 1971, México, p. 284 y ss.). Ciertamente, en razón de su contenido, la constitución es diferente, es tan diferente como lo es un contrato de hipoteca un acto de matrimonio, actos jurídicos cuyo contenido es diferente, dicen cosas diferentes. Además, 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. Pensamos, 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 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 un *procedimiento dificultado de transmisión*. (*Vid.,* Tamayo y Salmorán. *Sobre los sistemas jurídicos y su creación*).

Frecuentemente se sostiene (*vid.* en este sentido J. Carpizo. *Op. cit.*, p. 384 y ss.) 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. Por otro lado el predicado ‘constituyente’ no es 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 primer acto condicionante de un orden jurídico histórico. No existe, un constituyente *en sí*, y que posea cualidades jurídicas con anterioridad y con independencia de la constitución. Antes de una función constitucional no existe nada que pueda ser considerado como constituyente. (*Vid.,* Tamayo y Salmorán. *Sobre los sistemas jurídicos y su creación*).

<sup>11</sup> Este tema ha sido tratado con anterioridad por el autor en su libro *Sobre el sistema jurídico y su creación*.

datos que funcionan como el primer acto condicionante (acto originario) de un orden jurídico nacional.<sup>12</sup>

De tal concepto de constitución se infiere que siempre que haya un sistema de normas, dicho sistema tendrá, forzosamente, una constitución, puesto que todo sistema posee, necesariamente, un conjunto de disposiciones, reglas o mandatos que funcionan como el primer acto condicionante del sistema. Podemos afirmar, por tanto, que todo orden jurídico del tipo que sea, con el régimen político que abrigue, de la ideología que sustente, tendrá siempre, necesariamente, una constitución. De todo lo anterior tenemos: sólo será constitución, el conjunto de disposiciones, reglas o mandatos que funcionen como el primer acto condicionante de un sistema; por el contrario, aquello que no funcione como el primer acto condicionante del sistema, es decir, aquello que no sean mandatos, reglas o disposiciones que originen un orden jurídico histórico son meras prédicas sociales, idearios políticos, palabras de un texto, etcétera, pero no una constitución.

### 3. La 'constitución escrita'<sup>13</sup>

a) *La función específica de la 'constitución escrita'* Por la historia constitucional y el constitucionalismo del siglo XVIII, sabemos cuáles fueron las razones que dieron origen a la 'constitución escrita'.

Así como los contratos de cierta importancia suelen otorgarse en escritura pública y solemne, del mismo modo se pensó en la conveniencia de extender el pacto constitucional en documento público, con la firma de los legisladores como partes contratantes. Hasta hoy ha quedado la idea de la necesidad de un acta constitucional.<sup>14</sup>

La aureola de solemnidad que envuelve a la 'constitución escrita' no tiene otro objetivo (consciente o inconsciente) que garantizar una mayor efectividad en su aceptación. En efecto, el documento llamado 'constitución' con todos los elementos que lo componen, tales preámbulos, exposiciones de motivos, declaraciones ideológicas, etcétera sirven sólo para darle a la constitución que contiene (si es que es tal) una mayor dignidad que a la vez asegure un mayor grado de eficacia.<sup>15</sup> Es indudable que el establecimiento de la 'constitución escrita' permitía que la voluntad del constituyente constara fehacientemente (con lo cual se pretendía incrementar la seguridad jurídica de los gobernados). Sin embargo, esto

<sup>12</sup> Nacional en la medida en que nos vamos a referir a Estados.

<sup>13</sup> No siendo la constitución escrita la constitución de un sistema, la escribiremos entrecuillada tal y como se menciona a los nombres.

<sup>14</sup> Hans Kelsen. *Teoría General del Estado*, p. 331.

<sup>15</sup> Cfr., Hans Kelsen. *General theory of Law and State*, p. 260-261; Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 308-309.

no agotaba la función de la 'constitución escrita' en efecto la 'constitución escrita' tenía además por objeto asegurar la permanencia y la regularidad de las funciones orgánicas (corolario del 'Estado de Derecho'). Para la consecución de dicho objetivo la 'constitución escrita' establece una *supralegalidad* constitucional, es decir una legislación que se diferencia, por su dificultad de reforma, de la demás legislación (desde entonces: 'legislación ordinaria').<sup>16</sup> Otra garantía de la supralegalidad constitucional lo constituyen los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración, particularmente por vía jurisdiccional.

b) *La 'constitución escrita' y la constitución.* La existencia de la 'constitución escrita' nos conduce necesariamente a la siguiente pregunta: ¿es la 'constitución escrita' una constitución en el sentido que la hemos descrito anteriormente? A este respecto no existe sino la siguiente respuesta: la 'constitución escrita' será constitución si, y sólo si, las disposiciones que contiene (excluyendo las declaraciones irrelevantes y las demás disposiciones formalmente constitucionales)<sup>17</sup> funcionan como el primer acto condicionante de un sistema jurídico nacional; esto es, cierto texto contendrá la constitución de un orden jurídico estatal si en él están, efectivamente las disposiciones, mandatos o reglas que son base y fundamento de todas las normas que forman un sistema jurídico nacional.

Ahora bien, ¿qué relación puede darse entre la 'constitución escrita' y la constitución (el primer acto condicionante de un sistema jurídico)? A esta pregunta es posible dar las siguientes respuestas: 1) la constitución se encuentra contenida, entre otras cosas, en el documento constitucional. En este caso la 'constitución escrita' expresa la constitución del orden jurídico nacional;

<sup>16</sup> Lo que busca con la legislación constitucional es que ciertas normas que no son constitucionales en sentido material, es decir que no forman parte del primer acto condicionante del sistema, se encuentran protegidas, aprovechando el sistema dificultado de reforma, de una relativa permanencia. Si un cierto grupo llega al poder deseará introducir reformas que favorezcan la consecución de su ideario político. Pero como nada les asegura que en las próximas elecciones salgan de nuevo victoriosos sus reformas no las harán sólo en la legislación ordinaria. Esta sería abrogada o modificada al momento de perder una mayoría parlamentaria. Se preocuparán por crear una norma constitucional de más difícil reforma. El Congreso Constituyente de 1916-1917 creó normas constitucionales que regulan las relaciones de trabajo. Este tipo de normas, sin embargo, puede constar en una legislación ordinaria, como sucede en muchos países. En el seno de ese congreso constituyente algunos diputados opinaban que se dejara a las leyes ordinarias reglamentar la cuestión de trabajo. Ante esa posibilidad, el diputado Manjarrez sostuvo: "...yo no opino que cuando fijen las leyes reglamentarias sea cuando se establezca tal o cual cosa en beneficio de los obreros, no, señores. ¿Quién nos garantiza que el nuevo congreso habrá de estar integrado por revolucionarios?... ¿Quién nos garantiza digo, que ese congreso general ha de expedir y ha de obrar de acuerdo con nuestras ideas?" (*Diario de debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*. México, 1960, p. 980.)

<sup>17</sup> El documento solemne llamado 'constitución' usualmente contiene también otras normas, normas que no son parte de la constitución en sentido material. (*Id.*, Kelsen. *General Theory of Law and State*, p. 124; Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 146-147.)

2) la 'constitución escrita' no contiene todo el conjunto de mandatos y disposiciones que funcionan como el primer acto condicionante de un sistema jurídico nacional. En este segundo caso la 'constitución escrita' es constitución sólo en parte; 3) la 'constitución escrita' no consigna absolutamente ninguna regla que funcione como la constitución del orden jurídico nacional. En este último caso la 'constitución escrita' es un simple texto llamado 'constitución', no forma parte de la experiencia jurídica. Para los efectos de la función constitucional este último caso puede ser equiparado con aquella situación en que no existía 'constitución escrita' (por ejemplo antes de 1776).<sup>18</sup>

De acuerdo con las anteriores explicaciones surge inmediatamente el siguiente problema: si todo orden jurídico tiene necesariamente una constitución (conjunto de disposiciones que son el primer acto condicionante —acto originario— del orden jurídico), en el caso de las dos últimas hipótesis, ¿cómo podemos determinar cuál es la constitución del orden jurídico en ausencia de textos que la consignent? Si, la constitución, en dichos casos, no es producto del proceso legislativo constitucional ¿no sería acaso razonable pensar en que dichas disposiciones constitucionales son producto de otro procedimiento de creación, por ejemplo, el procedimiento consuetudinario?

#### 4. *El procedimiento consuetudinario*

Entendemos por costumbre aquella regla, norma o disposición que resulta del procedimiento consuetudinario de creación.<sup>19</sup> El procedimiento consuetudinario de creación es aquel mediante el cual cierto acto realizado *con mayor o menor frecuencia*, se convierte por medio de una adopción más o menos consciente (por parte de un órgano aplicador) en el contenido de una disposición, regla o norma. De esta manera algo (un acto) que es hecho se convierte en el contenido de una regla o norma.

Este procedimiento se explica por la necesidad de *encontrar* (en este caso por vía de referencia) el *derecho aplicable* con objeto de justificar o de garantizar la eficacia de una decisión. Cuando existe una legislación que es en general observada la determinación del 'derecho aplicable' por parte de un órgano de la comunidad le es relativamente fácil, basta con individualizar la disposición contenida en el texto de dicha legislación. ¿Qué pasa cuando el texto es insuficiente? En este caso, señalar el derecho aplicable en un procedimiento más complejo que lleva al juez a imaginar ciertos sistemas de inter-

<sup>18</sup> *Constitution of the United States, National and State*, t. 2, Virginia Constitution. Oceana Publications. Dobbs Ferry, 1967.

<sup>19</sup> "Cuando los autores de teoría de derecho afirman que la costumbre es una fuente del derecho quieren significar primordialmente que en cualquier caso una pauta de conducta persistente en todos o en la mayoría de los miembros de una sociedad, engendra una norma jurídica que prescribe mantener tal pauta de conducta." (E. K. Braybrooke. "Custom as a Source of English Law." *Michigan Law Review*, vol. 50, 1951, p. 71.)

pretación que únicamente sirven para *encontrar* el *derecho aplicable* esté o no consignado en el texto del legislador.<sup>20</sup> Pero aún más ¿qué pasa cuando no existe texto?, ¿cómo se determina el derecho aplicable? En este caso, el procedimiento consuetudinario, es un medio que permite al órgano aplicador ‘encontrar’ el ‘derecho aplicable’ haciendo del comportamiento repetido el contenido de una ‘norma aplicable al caso’. En esta forma el procedimiento consuetudinario genera una norma haciendo que el caso concreto no sea sino una *instanciación de la pauta repetida* de comportamiento. Cuando un órgano aplicador (*i.e.* un juez) reconoce que cierto acto es, según dicho órgano aplicador, un hecho que cae, bajo esa repetida forma de conducta, entonces dicho órgano, en realidad, decide, acepta o genera una norma cuyo contenido es justamente esa repetición de comportamiento.

### 5. Los elementos del procedimiento consuetudinario

Podemos señalar dos elementos en el procedimiento consuetudinario de creación (generalmente señalados por la inmensa mayoría de tratadistas).

a) *El carácter fáctico*. El primer elemento (carácter fáctico comúnmente llamado ‘elemento material’ de la costumbre) lo constituyen los actos humanos. Es habitual que dentro de este carácter fáctico o elemento material de la costumbre se señale el hecho de la repetición.<sup>21</sup> Esto es, no se trata simplemente

<sup>20</sup> *Vid.*, R. Tamayo y Salmorán *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica*, p. 153-154.

<sup>21</sup> Si partimos de la tesis de que todo comportamiento humano tiene una dimensión exclusiva —dimensión temporal, espacial y personal— (*Vid.*, Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 113), entonces no existe ninguna situación en que un comportamiento se repita. Pero, si un comportamiento, en estricto sentido, no se repite ¿cómo es posible pensar en una tradición o costumbre?

Consideremos un conjunto de comportamientos de cualquier comunidad conjunto que denominaremos ‘R’, donde  $R = \{e_1, e_2, e_3, e_5... e_n...\}$ . Ahora, si una costumbre supone un conjunto de comportamientos, entonces, una costumbre en la comunidad R será siempre un subconjunto de R. Supongamos que en dicha comunidad se produce una costumbre, la cual, como vimos, será un subconjunto de R. Pero ¿cómo determinarla? Si todo comportamiento es exclusivo, entonces, una costumbre no es *dada* en sí y, por tanto, no es inmediatamente reconocible. Las propiedades de las cosas o acontecimientos tales como dureza, bondad, similitud, etcétera, no se encuentran en ellos. Las cosas no son duras por participar de la dureza (como si la dureza fuera una substancia o una entelequia); las cosas son más o menos duras según un cierto criterio. Este criterio se establece —de forma más o menos arbitraria— y todas las cosas que satisfagan tal criterio serán, de acuerdo con él, más o menos duras. De la misma manera los comportamientos no son buenos *en sí*. Son buenos toda vez que satisfacen un cierto criterio de bondad previamente establecido. Lo mismo sucede con la similitud, como con cualquier otro tipo de propiedad que se predique de cosas o acontecimientos.

Es habitualmente aceptado que una tradición o costumbre se compone de eventos que son, en alguna medida, similares o parecidos. Ahora bien, si una costumbre no es *dada* ¿cómo se establece o determina la existencia de una costumbre?, o mejor ¿cómo puede decirse de ciertos comportamientos que constituyen o forman una costumbre?

de actos humanos sino de actos humanos dichos: '*repetidos*', 'producidos con una mayor o menor frecuencia', 'de un uso inveterado' etcétera.<sup>22</sup> La repetición, sin embargo, parece no pertenecer al elemento fáctico del comportamiento. *La repetición es, en realidad, un criterio que permite establecer qué actos forman una secuencia que pueda llamarse 'pauta de conducta'*.

Si un evento no es nunca repetición de otro y si en esa medida, no es posible que los actos se repitan, entonces la repetición no se presenta a nivel fáctico (con el comportamiento). '*Repetición*' señala únicamente un conjunto de actos con propiedades similares. Propiedades que son adscritas, por parte del órgano aplicador, según cierto criterio, el criterio de la repetición. Sólo si establecemos un criterio que nos permita reconocer las mismas propiedades en diferentes actos podemos decir que dichos actos se repiten. Por tal razón no podemos incluir a la repetición dentro del elemento material. Lo único que ahí se encuentran considerados, actos humanos que son la condición necesaria, *la conditio sine qua non* para la aparición del procedimiento consuetudinario. Los criterios que nos permiten establecer que ciertos actos forman una pauta de conducta o que nos permiten establecer que cierto acto es una instanciación de una repetición, pertenecen a un nivel diferente del comportamiento, es una determinación más o menos arbitraria por parte de aquél que contempla dichos actos.

Sea *C* una costumbre contenida en *R*. Ahora bien, si *C* es un subconjunto de *R* busquemos las reglas de formación y las entidades de *C*. Supongamos por hipótesis que  $C = \{e_1, e_3, e_5 \dots\}$  ¿Qué características tiene  $e_1, e_3$  y  $e_5$  que son, por ejemplo, diferentes de  $e_2$  y  $e_4$ ? Sucede, simplemente que  $e_1, e_3$  y  $e_5$  satisfacen un criterio de pertenencia, al que puede llamarse 'similitud', que no satisface  $e_2$  ni  $e_4$ . De esta forma puede decirse que todos aquellos comportamientos de *R* que satisfagan el criterio de similitud establecido por *C* son similares y, por tanto, pertenecen a *C*, esto es, son instanciaciones de la costumbre *C*.

$e_1, e_3$  y  $e_5$  son similares porque satisfacen los criterios de similitud de *C*. Pero es necesario subrayar que tal criterio, como todo criterio, es establecido por alguien o algunos. Dichos criterios podrán ser por ejemplo: 1) son similares ciertos comportamientos (cuando menos dos) que se produzcan dentro de un mismo período de tiempo; 2) los que se realicen por un mismo tipo de personas (cónyuges, deudores, comerciantes, etcétera); 3) aquellos que se produzcan dentro de un mismo lugar (municipio, parroquia, Estado, etcétera) 4); los que persigan un mismo objeto 5); los que produzcan las mismas consecuencias; etcétera. Los criterios de similitud señalados pueden encontrarse combinados entre sí o incluir varios otros requisitos. Pero, sin importar lo simple o complejo del criterio de similitud, éste tendrá que ser satisfecho si queremos predicar de que, cuando menos dos comportamientos, son similares. Ahora bien, si la similitud es una propiedad que resulta de la conformidad de cierto objeto o acontecimiento con un específico criterio establecido por alguien, entonces resulta que la costumbre (conjunto de comportamientos similares) es siempre determinada por alguien o por algunos. De lo anterior se infiere que la existencia de los comportamientos son condición necesaria de la costumbre, pero no condición suficiente. Para que ciertos comportamientos constituyan una costumbre tales eventos tendrán que ser considerados como comportamientos *similares* o *repetidos* de acuerdo a ciertos criterios establecidos por alguien o algunos.

<sup>22</sup> "...By Long and Immemorial Usage..." (Blackstone. *Comentarios*, t. 1, 5ª. ed., p. 64, 1809.

b) *El carácter normativo.* El segundo elemento del procedimiento consuetudinario generalmente llamado 'elemento moral' u '*opinio juris*', es la adscripción de una significación normativa a los actos considerados. Esta determinación funciona de la siguiente manera, un individuo puede considerar que, según cierto criterio, determinados actos *se repiten* con cierta frecuencia en un cierto periodo de tiempo y deciden que un acto concreto es una instanciación de la secuencia o repetición es decir, se encuentra incluida en cierta pauta de conducta. Desde el momento que este individuo decide que este acto pertenece al conjunto de conductas que forman, según su criterio, esa repetición de conducta, entonces convierte dicha repetición de conducta en el contenido de una norma, norma que constituye el 'derecho aplicable' al caso contemplado (al caso que se incluye en la repetición). Obviamente este procedimiento se efectúa por el hecho de que un individuo (el órgano aplicador) establece (consciente o inconscientemente) un cierto criterio que le permite determinar que ciertos actos son instanciaciones de una "repetición".

Ahora bien, al incluir el acto que contempla dentro de esa repetición quiere decir que este acto satisface las características o los criterios de pertenencia que él ha establecido para ese conjunto de actos *repetidos*. Desde el momento que lo incluye ahí y decide o resuelve el caso o el conflicto de conformidad a tal pauta de conducta convierte los actos *repetidos* en el contenido de una regla de conducta, que funciona como el *derecho aplicable*. De esta manera dicho individuo, indirectamente, al incluir en un determinado conjunto de actos concebidos como formas de conducta, determinada (establece) el *derecho aplicable*. El individuo, al considerar el caso, crea una regla aplicable a tal caso, con independencia de que dicho individuo esté consciente de que es él quien la ha creado.

Este procedimiento puede ser más o menos complicado según que en esta decisión participen varios individuos como puede ser el caso en un contradictorio, esto es, en un proceso jurisdiccional. El momento más sencillo de tal determinación es cuando el órgano de decisión actúa de manera completamente independiente y unilateral, tal podría ser el caso de un brujo, augur o sacerdote que tuviera que resolver ciertos problemas determinando el *derecho aplicable*. Este proceso, es decir, este sistema de decisión va progresivamente complicándose a medida en que la decisión es realizada por jurisdicciones donde aparece la participación de las partes en el proceso. En tal caso la determinación del acto, será decidido después de cierto tipo de confrontaciones de argumentos, argumentos que no tendrán otro significado que señalar si, en última instancia, dos o más actos estimados *repetidos*, según el criterio imperante en el tribunal, se convierten o no en el contenido del derecho aplicable. Es enormemente importante recalcar que la jurisdicción *latissimo sensu* no únicamente resuelve el conflicto, sino que lo resuelve en tanto que establece que siempre tiene que determinar el 'derecho aplicable'. El derecho aplicable que

resulta de este procedimiento (establecido por este procedimiento) es una norma consuetudinaria que denominaremos ‘costumbre’.

## II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONSUECUDINARIO

### 1. *Objetivo*

En esta parte del trabajo nos proponemos señalar cuál es la función del derecho consuetudinario y, por ende, de la costumbre en el establecimiento, aplicación, substitución y reforma de la constitución. Ahora bien, con el propósito de demostrar el papel que juega la costumbre dentro del derecho constitucional, empezaremos por determinar de qué manera el proceso consuetudinario de creación de normas afecta la creación y aplicación de la legislación constitucional o, lo que es lo mismo, empezaremos por determinar cuáles son las relaciones que guarda la costumbre con la ‘constitución escrita’.

2. *El derecho constitucional aplicable.*<sup>23</sup> (Las fuentes del derecho constitucional)

a) *La legislación constitucional.* La legislación constitucional, entendiéndolo por tal expresión a la ‘constitución escrita’, nos va a permitir observar ciertos problemas por lo que atraviesan las normas respecto a su validez. Entendiéndolo al documento constitucional, esto es, la ‘constitución escrita’ (excluyendo de él las declaraciones jurídicamente irrelevantes), como la legislación constitucional, encontraremos que dicha legislación se ve afectada de los mismos problemas que enfrenta la legislación ordinaria,<sup>24</sup> concretamos en lo que respecta a su eficacia. Problema perfectamente perceptible en el derecho legislado. Veamos qué aspecto toma el problema de la eficacia en el derecho constitucional.

b) *La legislación constitucional y su eficacia.* Si partimos de la idea de que ‘eficacia’ quiere decir conformidad del comportamiento a lo dispuesto en una norma, entonces una legislación será eficaz si existe conformidad, de parte de los destinatarios, a lo dispuesto por el texto legislativo. Por el contrario, una legislación no es eficaz cuando no es observada o aplicada por el comportamiento respectivo. Haciendo caso omiso de casos límite, podemos determinar que un texto legislativo que no es observado u obedecido por nadie, durante un largo periodo de tiempo, pierde su función normativa; es decir, no existe como norma.

<sup>23</sup> Consideraremos dentro de este rubro sólo a la legislación y a la costumbre.

<sup>24</sup> “A este respecto es necesario insistir en que la relación que existe entre  $Q_1$  y los materiales y los actos que la aplican, es *exactamente igual* a la que ocurre en cualquier momento del condicionamiento sucesivo de los materiales jurídicos. Esta insistencia tiene como fin evitar todos los elementos emocionales que la dogmática constitucional incorpora al problema de la aplicación del conjunto de actos o disposiciones que funcionan como la primera condición del orden jurídico, la cual se conoce con el nombre de ‘constitución’.” (Tamayo y Salmorán. “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica.” *Op. cit.*, p. 143; *cfr.*, *supra*, nota 10.)

¿Qué ocurre a la desaparición de la norma? La desaparición de la norma legislada, por pérdida de su eficacia, produce necesariamente un cambio del *status* normativo anterior.

Ahora bien, si la desaparición de una norma legislada produce un cambio de la normatividad anterior ¿Cuál es el derecho que existe cuando una legislación ha perdido su eficacia? ¿Cómo podemos determinarlo? Creemos que la solución de este problema sólo es posible mediante la determinación de normas que sean producidas por procedimientos diferentes al procedimiento de legislación. El derecho que existe después de que una legislación pierde su eficacia, no habiendo sido derogada por otra legislación, tiene que ser creado por un procedimiento consuetudinario de creación. Aquí en términos generales podría decirse que aplicamos la expresión ‘procedimiento consuetudinario de creación’, a aquel procedimiento de creación de normas que existe cuando no es posible referir el derecho aplicable a un procedimiento legislativo o a un procedimiento de precedente judicial.

c) *Pérdida de eficacia de la legislación.* Sobre el particular pueden señalarse dos diferentes situaciones: La ineficacia indirecta y la ineficacia directa.

a') *Ineficacia indirecta.* Si tenemos en cuenta que determinada legislación pertenece, necesariamente, a un orden jurídico, entonces resulta que una legislación es tal si, y sólo si, el orden jurídico al cual dicha legislación pertenece, efectivamente existe. Esta situación se aplica, también, a la legislación constitucional. En efecto, es condición de validez (de existencia normativa) de la legislación constitucional que el orden jurídico del cual la legislación constitucional es parte y, en gran medida, fundamento, exista efectivamente. Por tanto, la legislación constitucional será tal (conjunto de normas que constituyen el primer acto condicionante del sistema), si el sistema que pretende crear puede ser determinado históricamente. De esta manera si no existe sistema alguno que aplique u observe tal legislación constitucional, entonces dicha ‘legislación’ no será sino una simple *hoja de papel*, con mayor o menor relevancia política pero su función estrictamente normativa desaparece. Si el sistema no existe no existe ninguna de sus partes.

b') *Ineficacia directa.* La pérdida de la eficacia puede ser referida sólo a ciertas disposiciones de la legislación, aunque el sistema al que tales disposiciones pertenecen sea más o menos eficaz. Esta pérdida de eficacia puede presentarse de dos formas: 1). Cuando nunca se da acto alguno que aplique u observe la disposición constitucional en cuestión. En este caso existe una ineficacia de origen 2). Cuando la pérdida de eficacia se produce después de que la disposición constitucional ha sido eficaz durante cierto tiempo. En este caso existe una ineficacia sobrevenida.

d) *Consecuencias de la ineficacia.* Como quiera que la ineficacia se produzca nos encontramos con el problema siguiente: ¿Cómo determinar el derecho que existe a la desaparición de la legislación constitucional?, y, en particular, ¿cómo

determinar el conjunto de normas que funcionan como la constitución del orden jurídico de la comunidad?

Si la causa de la desaparición de la legislación constitucional no es debida a una legislación constitucional posterior —se trata de desaparición por ineficacia— pensamos que la determinación del derecho (especialmente del derecho constitucional) que resulta de la desaparición de la ‘constitución escrita’, sólo es posible a través del análisis de procedimiento consuetudinario de creación jurídica. Único procedimiento de creación capaz de crear derecho en ausencia de legislación. Dicho análisis permitirá ver qué derecho constitucional se generó paralelamente a la pérdida de eficacia de la ‘constitución escrita’. Si todo orden jurídico tiene una constitución, la desaparición de la constitución escrita —a consecuencia de la ineficacia— tiene que dar paso a una constitución no escrita.

Con el objeto de determinar cómo surge esta constitución no escrita permítasenos explicar primeramente cómo se establece una constitución, así como la función que en este proceso tiene el procedimiento consuetudinario de creación.

### 3. El establecimiento de la constitución

a) *La creación normativa.* Todo individuo está en posibilidad de darle una cierta significación a sus actos. Por tanto cualquier individuo puede —imprimiéndole a sus actos una significación normativa— pretender establecer de *manera subjetiva* una norma.<sup>25</sup>

Ahora bien, si ‘norma’ supone una función prescriptiva, entonces para que ‘norma’ tenga un cierto sentido, es necesario preguntarnos por una disposición, regla, o imperativo que, como tal, se encuentre por *encima* de la voluntad subjetiva de los individuos. Esto es, una regla objetiva, que *valga* para todos, aun contra la voluntad de aquel a quien se dirige.

Atendiendo, pues, a la función prescriptiva de la norma, tenemos que ésta es, necesariamente, objetiva. Sólo la norma jurídica vale por encima —y aun en contra— de la voluntad individual de los destinatarios.<sup>26</sup> En virtud de esto último podemos entonces considerar que delante de cualquier pretensión subjetiva de la normatividad aparece la norma jurídica como única base sobre la

<sup>25</sup> “Sin duda todo hombre que realiza un acto y que obra de manera racional asocia a su acto una cierta significación... Es lo que llamamos ‘la significación subjetiva de los actos.’” Kelsen. *Reine Rechtslehre*, p. 2; Kelsen. *Théorie Pure du Droit*, p. 3; Kelsen. *Pure Theory of Law*, p. 3.

<sup>26</sup> Esta idea coincide, aunque por otras razones, con la tesis que sobre la obligatoriedad de las normas jurídicas sostiene la ciencia del derecho. Véase, simplemente, las explicaciones dadas a la heteronomía.

que reposa la normación —objetiva por definición— el comportamiento humano.<sup>27</sup>

Ahora bien, ¿cómo puede establecerse una norma jurídica?, o, mejor ¿quiénes son capaces de crear o *imponer* una norma jurídica? A este respecto debemos observar que si el acto o violaciones de un individuo no son suficientes para regular —con carácter objetivo— la conducta humana, entonces es evidente que los actos y violaciones de uno o varios hombres —considerados desde un punto de vista psicosomático— no bastan para crear, por sí solos, una norma jurídica.<sup>28</sup> Para que los actos humanos puedan establecer normas, esto es, reglas obligatorias, es necesario que dichos actos posean la peculiaridad de ser *actos orgánicos de creación normativa*.

Para que los actos de alguien o de algunos se puedan interpretar como actos *orgánicos* de creación normativa es necesario así haberlo *convenido*. El carácter creador de normas jurídicas que poseen los actos humanos se adquieren sólo por *convención*.

b) *Carácter convencional de la creación normativa*. Las normas, en tanto prescripciones o mandatos, dirigidos a los hombres, no pueden ser establecidas más que por voliciones o actos humanos.

Sin embargo, como ya vimos, los actos humanos, por sí mismos, no son capaces de crear normas jurídicas. Ahora bien, si los actos humanos, en tanto tales, no pueden crear normas jurídicas, entonces los actos humanos que las crean tienen que poseer una cierta peculiaridad que los haga capaces de establecer normas jurídicas. Si los comportamientos humanos como eventos naturales no pueden crear normas jurídicas, entonces la peculiaridad a la que nos referimos tiene que consistir en la posesión, por parte de los actos humanos, de un carácter jurídicamente creador. Este carácter jurídico creador se obtiene

<sup>27</sup> Las relaciones normativas que poseen solamente un sentido subjetivo no son propiamente normas puesto que se reducen a simples deseos que no superan el marco individual del sujeto volante. Por tanto, estas pretendidas relaciones normativas no regulan el comportamiento humano. Tienen de normativo sólo su esquema imputativo-condicional. Por el contrario, las relaciones normativas, que tienen un sentido objetivo, esto es, las normas jurídicas, se imponen a los destinatarios con independencia de su voluntad subjetiva y, por tanto, vinculan obligatoriamente su conducta, es decir la *norma* (Tamayo y Salmorán. "Algunos problemas generales sobre la creación normativa," en *Anuario Jurídico*. UNAM, 1974, p. 281-282; Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, nota 56, cap. I.)

<sup>28</sup> Sin embargo, Jellinek sostiene que el comportamiento constante posee una tendencia a considerarse como obligatorio. "Para comprender la evolución del derecho y de la normatividad, es de gran importancia conocer la fuerza normativa de los hechos... no nace este derecho del espíritu popular que lo sanciona de la convicción común de que algo ha de ser derecho en fuerza de su necesidad interna; no nace de un acto de voluntad tácita del pueblo, sino de las propiedades generales psíquicas que hace se considere como normativo lo que constantemente se viene repitiendo en la realidad... porque lo real tiene, en general, una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio." (Jellinek. *Teoría General del Estado*. GECSA. México, 1958, p. 278-279.) En el mismo sentido Heller considera que la realidad natural espontáneamente se normativiza siguiendo una simple ley natural de previsión. (*Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1961, p. 267 y ss.)

por *convención*. De todo esto se desprende que el problema que nos toca ahora abordar es el relativo a la naturaleza de esa *convención*.

Los actos humanos establecen normas jurídicas que se imponen a los miembros de una comunidad —grupo o conglomerado humano— si, y sólo si, estos actos son *convencionalmente* referidos a la comunidad. Es la comunidad —el grupo humano— la que mediante cierto procedimiento —mediante actos humanos— crea las normas jurídicas que se imponen a los miembros del grupo.

Los actos humanos son normativos creadores cuando constituyen *el procedimiento de creación* de normas de la comunidad. Así pues, los actos humanos crean normas jurídicas, no por ser actos humanos sino porque es *convencionalmente* aceptado que tales actos son actos de los *órganos* de la comunidad. Ahora bien ¿quiénes realizan esa *convención*?, esta *convención* únicamente puede ser realizada por los miembros de la comunidad —no hay otros—. El conjunto de normas de una comunidad es producto de los actos y voliciones de sus miembros. Éstos son los que crean *su* derecho. Dicho de otra manera: si en una comunidad rige un conjunto de normas, y dichas normas sólo pueden ser establecidas por actos o voliciones humanas, entonces, esas normas son sólo aquellas que, en última instancia, han *convenido* los miembros de la comunidad.<sup>29</sup> Ahora bien, si los actos humanos que crean normas jurídicas son aquellos que, en última instancia, son *convencionalmente* determinados sin aplicar ninguna norma anterior, entonces la *convención* es, en este sentido, un procedimiento *originario* de creación de derecho.

#### 4) *El proceso originario de creación y su carácter consuetudinario*

Los actos que crean las normas jurídicas son aquellos actos que, convencionalmente son considerados momentos del proceso de creación jurídica de la comunidad. Por tanto, únicamente sobre la base de esta *convención* originaria

<sup>29</sup> “El hecho de pertenecer a *una* y no a *otra* comunidad implica hacer posible el sistema de normas jurídicas —cualquiera que éste sea— de *una* y no de *otra* comunidad. La pertenencia a cierta comunidad implica la participación mayor o menor —aun meramente pasiva—, en el establecimiento del derecho de esa comunidad. Si un individuo pertenece a una determinada comunidad, entonces acepta un *determinado sistema de normas* —el que, en mayor o menor medida, él lleva a cabo—. Tomando en consideración que todos los que pertenecen a una misma comunidad *aceptan* un mismo sistema de normas, puede decirse que los miembros de una misma comunidad convienen en aceptar un mismo sistema de normas —el sistema que ellos hacen posible—. Es indispensable subrayar que esta *convención* no es una comunión de las voluntades psicológicas de los individuos. La *convención* a la que nos hemos referido es una *convención ficta*. La “norma fundamental es una norma ficticia basada en un acto ficticio de voluntad” (Kelsen. “Grundlage der Naturrechtslehre,” en *Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht*, 1963, p. 19-20, citado por Alf Ross. *Directive and Norms*. Rautlege and Kegan Paul. London 1968, p. 156) que constituye una hipótesis explicativa de la creación jurídica. (Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, nota 60 del capítulo primero.)

es posible interpretar los actos de un individuo como jurídicamente creadores. Pero, ¿cómo se realiza dicha convención?

a) *El establecimiento del órgano constituyente.* La mencionada convención podemos describirla mediante la fórmula siguiente:

*X es Rex (primer legislador, órgano constituyente) si,  
y sólo si, X es habitualmente obedecido*

esto es, actos de un individuo 'X', adquieren el carácter de actos orgánicos (originarios) de creación normativa, siempre que las disposiciones o prescripciones de X (la normatividad que X propone) sean *habitualmente* aplicadas u observadas (sean eficaces).

Pasemos ahora a explicar detenidamente este procedimiento con objeto de determinar sus características.

a') *La propuesta de cierta normatividad.* Todo acto de normación (la emisión de disposiciones, órdenes o mandatos) intenta o pretende ser aplicado u observado. En efecto, las prescripciones, mandatos u órdenes al establecer las características del comportamiento que mandan u ordenan, esperan ser aplicadas u observadas por ciertos y determinados actos jurídicos,<sup>30</sup> los actos jurídicos que a ellos se conforman.

A medida en que los actos de normación determinan las características de los actos que los aplican, podemos decir que dichos actos de normación son actos jurídicos condicionantes y los actos de aplicación, actos jurídicos condicionados.<sup>31</sup> Ahora bien, si los actos jurídicos condicionantes intentan ser aplicados por ciertos y específicos actos jurídicos condicionados, entonces los actos jurídicos condicionantes (por ejemplo, los de X) *pretenden* o proponen el establecimiento de una determinada normatividad, es decir, *proponen* la creación de un específico orden o sistema jurídico.

De lo anterior se infiere que todo acto jurídico condicionante, como en el caso X, encierra la *propuesta* de una cierta normatividad. Un acto jurídico condicionante espera ser aplicado de una manera particular, esto es, espera ser aplicado por cierta y determinada clase de comportamientos jurídicos —aquellos que satisfacen las características que aquél establece para los actos que lo aplican u observan—. Así por ejemplo, los actos de X, que denominaremos 'Q<sub>1</sub>', intentan o pretenden ser aplicados u obedecidos, por cierta y determinada clase de actos jurídicos —los que observan lo que Q<sub>1</sub> dispone—. De manera que si Q<sub>1</sub> pretende ser aplicado por ciertos y determinados actos, entonces Q<sub>1</sub> propone el establecimiento de un específico sistema jurídico. Ahora bien, si ciertos actos se conforman a lo dispuesto por Q<sub>1</sub>, quiere decir que la

<sup>30</sup> Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación.*

<sup>31</sup> *Cfr., supra.* La función constitucional.

*propuesta* contenida en  $Q_1$ , la propuesta de  $X$ , ha sido aplicada, esto es, ha sido obedecida.

Pensemos en un momento cualquiera de una comunidad, momento al que podemos denominar '*o*' ('innovación cero' que señala el hipotético 'Estado de naturaleza') e imaginemos, igualmente cualquier acto jurídico condicionante (como el de  $X$ ), al cual llamaremos '*e*'. Ahora bien, si comparamos el evento jurídico  $e$  con el momento  $o$ , observaremos que  $e$  será siempre, en relación con  $o$ , normativamente innovador.

Tenemos que convenir que el mantenimiento de la situación  $o$  no es un comportamiento jurídico o institucionalmente innovador. Por el contrario,  $e$  es un comportamiento institucionalmente innovador que no se contenta con mantener la situación anterior, sino que se aleja, consciente o inconscientemente, del momento  $o$ .

Con base en la innovación del comportamiento  $e$  es posible hablar de innovación  $o$ , en su caso<sup>32</sup> de cambios institucionales. En efecto, hemos visto que un acto jurídico condicionante dirige a los miembros de la comunidad una propuesta para establecer una determinada normatividad. Esta propuesta será siempre de mayor o menor novedad, en virtud del carácter innovador del comportamiento  $e$ . Es fácil observar que todo comportamiento jurídicamente novedoso plantea a los miembros de la comunidad una disyuntiva del tipo siguiente:

$$o \downarrow e$$

es decir, seguir comportándose como hasta entonces (momento  $o$ ) o bien adherirse a la nueva normatividad propuesta por el comportamiento  $e$ . Ahora bien, en la medida en que esta disyuntiva se plantea podemos decir que el comportamiento  $e$  constituye una propuesta más o menos implícita de una nueva normatividad. La propuesta contenida en  $e$  pretende implantar  $o$ , como ya veremos, modificar, parcial o totalmente un orden jurídico. Alejándose, consciente o inconscientemente, del momento institucional  $o$  el comportamiento  $e$  intenta ser aplicado u obedecido a efecto de instalar una determinada normatividad. Es importante señalar que la propuesta que contiene el comportamiento jurídicamente innovador, esto es  $e$  no necesita presentarse de manera explícita, es decir, hecha de manera a informar o convencer. Es suficiente con que el comportamiento se aleje mayor o menormente del momento  $o$  para proponer el establecimiento de una determinada normatividad.<sup>33</sup> Esta propuesta puede ser explícitamente o implícitamente, brusca o imperceptible, violenta o

<sup>32</sup> *Vid., infra.*

<sup>33</sup> Puede suceder que el comportamiento jurídicamente novedoso sea de tal forma que la propuesta que contiene posea elementos que la hagan más o menos explícita. Pensemos, por ejemplo, en un comportamiento jurídicamente novedoso consistente en una alocución verbal —un debate— o un razonamiento expresado por escrito —sentencia—.

pacífica, etcétera, pero siempre es consecuencia de un comportamiento jurídicamente novedoso que intenta establecer una cierta normatividad.<sup>34</sup>

b') *Los destinatarios de la propuesta.* ¿A quiénes se dirige esa propuesta? A todos aquellos cuya conducta puede aplicarla u obedecerla: a los miembros de la comunidad. Son los miembros de la comunidad los que decidirán *mediante su comportamiento* si establecen el sistema propuesto por *e*.<sup>35</sup> En suma, la propuesta es dirigida a aquellos que pueden establecer el orden jurídico propuesto.

b) *La solución de la disyunción 'o ↓ e' o la aceptación de cierta normatividad.* La disyunción que plantea *e* (acto institucionalmente innovador) tiene que resolverse. Esta solución le corresponde a aquellos a quienes se encuentra dirigido el comportamiento *e*: es decir, a los miembros de la comunidad, a los destinatarios.<sup>36</sup> ¿Cómo se manifiesta la opción de los destinatarios? A través de su comportamiento: obedeciendo o aplicando la propuesta contenida en *e* o bien manteniendo la situación existente, esto es: *o*.

### 5. *Los elementos de la creación o innovación normativa*<sup>37</sup>

En las anteriores explicaciones advertimos dos elementos que se presentan como constantes en esta creación jurídica: el comportamiento innovador y la adhesión o aceptación convencional.

a) *El comportamiento jurídico innovador.* El comportamiento *e* aparece en toda creación puesto que él contiene la propuesta de la normatividad que se pretende establecer.

Puede suceder que el comportamiento jurídicamente novedoso se presente de tal modo que la propuesta que contiene posea elementos que la hagan más o menos explícita.<sup>38</sup> Existe la posibilidad de que el comportamiento jurídica-

<sup>34</sup> "No obstante el lugar que ocupa o pretende ocupar en el condicionamiento sucesivo de eventos jurídicos e independientemente del mayor o menor número de elementos que puedan llegar a acompañarlo, el comportamiento jurídicamente novedoso constituye una propuesta de una nueva normatividad que busca ser seguida o continuada. Esta propuesta puede ser explícita o implícita, brusca o imperceptible, centralizada o descentralizada, violenta o pacífica, etcétera, pero siempre es consecuencia de un comportamiento jurídicamente novedoso que, en cierto modo, niega o contradice, parcial o totalmente, la normatividad existente." Tamayo y Salmorán, *Sobre los sistemas jurídicos y su creación*.

<sup>35</sup> "En un sentido más limitado podría decirse que la propuesta se encuentra dirigida a aquellos que, inmediatamente, se encuentran en situación de aplicarla." *Idem*.

<sup>36</sup> Esta tesis, podría encuadrarse perfectamente entre aquellas teorías a las cuales el profesor Raz señala como teorías que dan énfasis a los órganos aplicadores de derecho en la determinación de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos. (Cfr., Joseph Raz. "The Identity of Legal System," en *California Law Review*, mayo 1970, p. 804.)

<sup>37</sup> La forma en que expone este tema, ha sido avanzada en mi libro sobre los sistemas jurídicos y su creación, que en gran medida se encuentra inspirada por los trabajos *Ética y jurisprudencia*. México, 1947 y *Ética y teoría jurídica pura* (tesis profesional, Facultad de Derecho. México, 1967), de los profesores Guillermo Héctor Rodríguez y Armando Morones.

<sup>38</sup> *Vid., supra*, nota número 33.

mente novedoso se vea acompañado de cantidad de elementos tendientes a informar o convencer a los miembros de la comunidad de las pretendidas ventajas de la normatividad propuesta.<sup>39</sup> Así, la propuesta que supone un comportamiento jurídicamente innovador será más o menos explícita mientras mayor o menor cantidad de información o elementos de convencimiento acompañan al comportamiento jurídicamente innovador. Pero independientemente del mayor o menor número de elementos que puedan llegar a acompañarlo, el comportamiento jurídicamente novedoso constituye, siempre, una propuesta de una determinada normatividad que busca ser implantada. Esta propuesta puede ser explícita o implícita, dentro de marcos religiosos o mágicos, brusca o imperceptible, programada o accidental, violenta o pacífica, etcétera; pero siempre constituye un comportamiento jurídicamente innovador que intenta establecer una cierta normatividad.

b) *La adhesión o aceptación convencional.* Toda creación o innovación jurídica se inicia siempre y necesariamente con un comportamiento innovador que constituye la *propuesta* de una determinada normatividad. Pues bien, todos los individuos pueden *proponer* una cierta normatividad realizando un comportamiento novedoso. Sin embargo, para crear o innovar jurídicamente no basta con *proponer* una cierta normatividad, es necesario que la conducta de aquel que la propone adquiera el carácter de acto jurídicamente creador. Dicho carácter —hemos visto— se adquiere por *convención*.

Dicha *convención* no es una convención de voluntades psicológicas sino una hipótesis que nos permite explicar la creación jurídica.<sup>40</sup> ‘Convención’ significa conjunto de comportamientos que hacen posible un sistema jurídico propuesto. En efecto, los miembros de una comunidad convienen en establecer la normatividad propuesta por *X* comportándose de modo a instalar el sistema que *X* propone, esto es lo que significa ‘obediencia habitual’ los actos de aplicación —conscientes o inconscientes— para hacer que *X* se convierta en *Rex* (primer legislador del sistema). Si los miembros de la comunidad se apartan del comportamiento o continuando o completando el comportamiento de *X*, entonces los miembros de la comunidad aceptan convencionalmente la normatividad propuesta por *X*. Sólo de esta manera los actos de *X* se convierten en actos de *Rex* y sólo de esta manera los miembros de una comunidad establecen convencionalmente su derecho.

De todo esto podemos inferir que no basta que alguien proponga la creación de una cierta normatividad sino que es indispensable que los actos de aquellos

<sup>39</sup> Los instrumentos de convencimiento pueden ser directos como la difusión a través de medios de comunicación o cualquier otro tipo de propaganda. Puede también producirse indirectamente aprovechando la ignorancia o los prejuicios de la población —por ejemplo, las alianzas con las iglesias—, pueden ser violentos —como el pánico, el tormento, etcétera—.

<sup>40</sup> *Cfr., infra.* Carácter convencional de la creación normativa.

que constituyen la comunidad se realicen de manera que se produzca una aceptación convencional, haciendo posible la normatividad propuesta.

Puesto que toda creación o innovación jurídica supone siempre a la aceptación convencional entonces es imprescindible para la creación o innovación jurídica que se produzcan los actos que esta convención implica —los actos que obedecen o aplican—, esto es, que hacen posible el sistema jurídico propuesto. De acuerdo con esto, se infiere que todos los actos que aceptan o se adhieren a una proposición participan en el proceso de creación jurídica.

El proceso de creación o innovación jurídica se compone de la totalidad de los actos humanos que en él participan. Se compone, tanto de los actos que proponen una cierta normatividad como de aquellos que convencionalmente la aceptan. Es justamente este conjunto de comportamientos humanos los que conservan o transforman las normas jurídicas, dando existencia a un específico sistema de normas jurídicas.

c) *El carácter consuetudinario del procedimiento.* Mediante este procedimiento descrito se establece el órgano primario de la comunidad. Dicha convención no es sino la *aceptación* —consciente o inconsciente— del orden jurídico que es propuesto por alguien o por algunos. Pues bien, un individuo en el caso *X* se convierte en *Rex* sólo cuando los miembros de la comunidad *hacen posible* (a través de sus actos) el orden jurídico que dicho individuo propone —observando *habitualmente* sus disposiciones o prescripciones—. De todas las propuestas posibles sólo *una* se convertirá en la base del orden jurídico de dicha comunidad.<sup>41</sup>

Este proceso convencional mediante el cual se establece a *Rex*, es un proceso de creación normativa ajeno al de la legislación. No crea legislación alguna —aunque establezca al (primer) legislador— ni tampoco aplica ninguna legislación. Este procedimiento simplemente otorga el carácter de acto jurídico creador a un individuo —el que es *habitualmente obedecido*—. <sup>42</sup>

En este proceso encontramos dos elementos persistentes: 1) los actos humanos que lo constituyen (los actos de *X* y los actos de obediencia a *X*) y 2) la adopción (consciente o inconsciente) de una norma que tiene como contenido dichos actos: ‘compórtense como lo ordena *Rex* (el primer legislador)’. Ahora bien, si observamos con atención veremos que tal procedimiento encaja perfectamente en la descripción del proceso consuetudinario. En efecto, en este

<sup>41</sup> La convención a la que hemos aludido la celebran los miembros de la comunidad, haciendo posible un sistema de normas propuesto por alguien, cuyos actos y voliciones adquieren, mediante esta convención, el carácter de actos orgánicos de creación jurídica. “Es indispensable subrayar que con la explicación de la creación convencional de los sistemas de normas jurídicas no pretendemos justificar un determinado procedimiento de creación o reprobar otros. La convención es una mera hipótesis que nos permite interpretar los actos humanos como jurídicamente creados sea cual fuere el sistema jurídico que creen.” (Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 28.)

<sup>42</sup> “Obedecer,” decíamos, significa realizar actos que conduzcan al establecimiento del sistema que *X* propone.

proceso aparece el carácter fáctico del proceso consuetudinario de creación: los actos humanos, los cuales son la *conditio sine qua non* de este procedimiento (los actos de *X* y los que se conforman o lo que *X* dispone). También aparece el elemento normativo: la determinación del derecho aplicable, determinación que convierte los actos de obediencia a *X*, actos que, según los miembros de la comunidad, estiman son frecuentes o habituales, en el contenido de una costumbre (norma consuetudinaria): ‘compórtense como lo ordena *Rex*’.

Esta costumbre tiene, para usar la terminología de Walter Heinrich, una función delegante. En efecto, dicha norma consuetudinaria no tiene más función que habilitar o facultar a un individuo (o grupo de individuos) a emitir normas jurídicas válidas (legisladas o no). Es de esta manera como los actos de *X*, esto es *Q*, se convierten en los primeros actos condicionantes de un conjunto de normas jurídicas, esto es, en la constitución del orden jurídico de una comunidad. Cabe decir a este respecto que mediante este procedimiento el ‘poder constituyente’ (todos los miembros de la comunidad) determinan el órgano constituyente: *Rex*.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> A finales del siglo VII se presentaron en Grecia ciertas condiciones que dieron origen al gran movimiento de colonización que habría de transformar el mundo griego. En efecto, al final del siglo VII la moneda hace su aparición, la división del trabajo entre la ciudad y el campo se acentúa y la comercialización de los productos agrícolas produce una convulsión en el régimen de la tierra provocando lo que los griegos llamaron *stenochoria* —la falta de tierras que no es sólo debida al crecimiento demográfico—. (Vid., C. Mosse. *Histoire des doctrines politiques en Grèce*. PUF. Paris, 1969, p. 7 y ss.) Pensemos que la falta de tierras y el régimen de las hipotecas obligó a un grupo de labriegos y pastores de Etolia, como a centenares de griegos, a establecerse en nuevas tierras del Asia Menor. Un problema, sin embargo, se plantea a los *oikistes* (fundadores). Entre ellos no se encuentra algún *basilei* (rey) o arconte (magistrado) o bien, cualquier individuo en el que Zeus hubiera depositado las *themistes*. No había, en suma, entre ellos, alguien que, de acuerdo con el *dikaion physikon* tuviera alguna característica que lo habilitara para mandar sobre los demás. Al respecto cabe decir que entre ellos existe una situación de *isonomia* (igualdad). Ahora bien, si, como es el caso, varias *polis* fueron fundadas, entre las cuales bien puede estar a la que nos referimos, ¿cómo hicieron los *oikistes* para establecer sus normas e instituciones? Denominemos al momento en que se encuentran los *oikistes* “momento cero” (momento institucional cero: donde no hay normas ni autoridades, situación que bien puede satisfacer la hipótesis conocida como “estado de naturaleza”). Pensemos ahora en la solución más sencilla. Imaginemos que entre ellos existe un individuo llamado Agelao que pretende mandar sobre los demás. Así Agelao dice “etólidos compórtense *A*” (donde “*A*” representa lo que quiere Agelao de los etólidos). Esta situación plantea a los etólidos la siguiente alternativa:

$O \downarrow A$

seguir en el momento institucional cero o bien seguir la normatividad *A*, propuesta por Agelao. Si los etólidos mantienen la situación cero, entonces no se produce ninguna innovación institucional —manteniéndose el “estado de naturaleza”—. Pero, por el contrario, si los etólidos realizan *A* —obedeciendo a Agelao, conformándose a lo que Agelao dispone—, entonces establecen la normatividad que Agelao ha propuesto. Ahora bien, si los etólidos, en este último supuesto hacen posible la normatividad *A*, quiere decir que, en cierta forma, convienen (*cf.*, *supra*, carácter convencional) en establecer la normatividad que Agelao propone. Agelao se convierte en primer constituyente de Etoliópolis,

### 6. Producción regular o irregular del procedimiento de creación

¿Qué ocurre cuando los actos condicionantes no se ven sucedidos por actos que los apliquen u obedezcan? Bueno, simplemente, que no se crea el orden jurídico *previsto* en estos eventos.<sup>44</sup>

a) *El mantenimiento de Rex*. Una vez establecida la norma “compórtense como lo ordene *Rex*” los actos de *Rex* (los cuales los hemos denominado ‘ $Q_1$ ’) se convierten en los primeros actos condicionantes del orden jurídico (en su constitución). Ahora bien, los actos que aplican o se conforman a  $Q_1$ , es decir, a lo dispuesto por *Rex*, pueden ser considerados como actos regulares, en tanto que aplican u observan el sistema normativo previsto en  $Q_1$ . La constitución del referido orden jurídico, en el caso  $Q_1$  (el conjunto de las prescripciones de *Rex*), proporciona el criterio que nos permite determinar qué actos son regu-

puesto que la investidura de Agelao no sería sino una instanciación de la fórmula “*X* es *Rex* (primer legislador) si, y sólo si *X* es habitualmente obedecido”.

Ciertamente que el problema que pudieron enfrentar los etólididos pudo ser más complicado. Supongamos que no es sólo Agelao quien propone el establecimiento de ciertas comunidades sino que Épafos dice “etólididos compórtense *E*”; Climene dice “etólididos compórtense *C*” y Meleagro dice “etólididos compórtense *M*”. Esta situación plantea a los etólididos una alternativa del orden siguiente:

$$O \downarrow ((A \downarrow E) \downarrow M) \downarrow C)$$

mantener el momento institucional cero o bien seguir la normatividad *A*, propuesta por Agelao; o la normatividad *E*, propuesta por Épafos; o la normatividad *C*, propuesta por Climene, o bien, seguir la normatividad *M* propuesta por Meleagro. Ahora bien, si suponemos que es el caso que los etólididos establecen una comunidad política llamada ‘Etoliópolis’, entonces alguno de los individuos mencionados, pero sólo uno, será el primer legislador de Etoliópolis y alguna, pero sólo una, de las normatividades propuestas, su derecho positivo. De entre Agelao, Épafos, Climene y Meleagro ¿quién se convertirá en primer legislador de Etoliópolis? Aquel que sea habitualmente obedecido por los etólididos. Sólo una de las normatividades propuestas será el derecho que *accepten* —que convencionalmente establezcan— los miembros de Etoliópolis.

Supongamos que los etólididos se apartan del momento *o* siguiendo el comportamiento *E* que propone Épafos, entonces los etólididos aceptan convencionalmente la normatividad propuesta por Épafos. Sólo de esta manera los actos de Épafos se convierten en actos de *Rex* (primer legislador de Etoliópolis) y sólo de esta manera los miembros de esta comunidad establecen convencionalmente sus autoridades y sus normas —sus instituciones—.

En cualquiera de las dos hipótesis señaladas la innovación institucional (en el caso, la fundación de Etoliópolis) supone siempre la aceptación convencional —los actos que obedecen o aplican lo dispuesto por Agelao, en un caso; o los que obedecen o aplican lo dispuesto por Épafos, en el otro—. A este respecto es importante señalar que todos los etólididos, los que hacen posible el sistema propuesto, participan aun pasivamente en el proceso de creación institucional.

Ambos modelos (el de Agelao y el de Épafos) sirven para describir cómo se establece el órgano primario de una comunidad (Etoliópolis). En ambos casos sólo se producen comportamientos que llegan a establecer las normas: “etólididos, compórtense como lo ordena Agelao”, en el primer caso, y “etólididos compórtense como lo ordena Épafos”, en el segundo; normas consuetudinarias que ignoran el derecho legislado.

<sup>44</sup> *Vid., infra*. La sustitución de *Rex* por  $Rex_1$ .

lares y qué actos no. De esto podemos inferir lo siguiente: todos los actos humanos que se produzcan de conformidad con el procedimiento previsto, serán actos jurídicos “regulares” y, por consiguiente, entidades de un determinado orden jurídico:<sup>45</sup> el orden jurídico que *Rex* origina. Ahora bien, mientras *Rex* sea habitualmente obedecido, esto es, mientras  $Q_1$  sea ampliamente eficaz, el orden jurídico de la comunidad será sólo el que *Rex* establece.

Al igual, que el establecimiento de *Rex*, el mantenimiento de *Rex* es producto de un procedimiento normativo de creación que ignora la legislación. En efecto, el mantenimiento de *Rex* resulta de un procedimiento consuetudinario cuyos elementos y resultados son exactamente los mismos que hemos descrito anteriormente. Podríamos incluso decir que, en realidad, es el mismo procedimiento toda vez que mientras *Rex* sea habitualmente obedecido, el derecho aplicable que se encuentra en la base del sistema es una costumbre delegante que prescribe ‘compórtense como lo ordene *Rex*’.

b) *La substitución de  $Rex_1$  por  $Rex_1$* . La interrupción de la aplicación prevista da origen a la irregularidad. Son actos irregulares aquellos que no se conforman a lo dispuesto o establecido en el sistema normativo previsto (en última instancia en el primer acto condicionante del orden, esto es en  $Q_1$ ). Por tanto, los actos irregulares, al no conformarse a lo que  $Q_1$  dispone, no pertenecen al sistema del cual  $Q_1$  es la base.<sup>46</sup>

El problema de la irregularidad no se agota con señalar qué actos son ajenos al sistema. La irregularidad no tendría ningún sentido si se limitara a indicar los actos ajenos al orden jurídico previsto; actos completamente irrelevantes. El verdadero problema de la irregularidad consiste en explicar de qué manera los actos irregulares (actos *contra legem*, desuetudo, insurrección, etcétera) pue-

<sup>45</sup> Es importante señalar que los sistemas jurídicos contienen —lo reconozcan o no— criterios de identidad que nos permiten reconocer como entidades del sistema a los actos anulables —aquellos actos que son provisionalmente entidades del sistema mientras son substituidos por actos regulares no anulables— existe pues, en todo sistema jurídico para este género de eventos una pertenencia provisional. *Vid.*, a este respecto Kelsen, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución.” Traducción de Tamayo y Salmorán, en *Anuario Jurídico*, p. 484-485.

<sup>46</sup> “La determinación de la conformidad o inconformidad de un acto a los actos jurídicos que le proceden pueden ser, sin embargo, un problema bastante complicado. En particular cuando existen procedimientos destinados a garantizar la regularidad del procedimiento previsto de creación. En estos casos habrá que distinguir entre la regularidad o irregularidad que resulta de la conformidad o no conformidad de un acto a las características previstas analíticamente en los actos jurídicos que le condiciona, y la regularidad o irregularidad que resulta del procedimiento de *control de regularidad*, en donde la regularidad —la conformidad de un comportamiento a las características previstas en los eventos jurídicos que le proceden— puede declararse irregular por decisión del procedimiento de control. Asimismo, la irregularidad —la no conformidad de un evento jurídico a las características señaladas (analíticamente) en algún acto o condición de sistema— puede estimarse regular por el procedimiento de control. De esta manera, el procedimiento de control, al declarar regular o irregular un cierto acto, puede llegar a modificar el sistema jurídico previsto.” Tamayo y Salmorán. *Sobre el sistema jurídico y su creación*.

den llegar a substituir, total o parcialmente, el orden jurídico considerado.<sup>47</sup> Esto es, ver de qué manera la propuesta contenida en los actos irregulares puede llegar a modificar la normatividad existente. Para tal efecto, permítasenos recordar las siguientes explicaciones.

Pensemos en un momento cualquiera de un orden jurídico al que podemos denominar ‘*o*’ (innovación institucional cero), e imaginemos cualquier acto jurídico —regular o irregular— al cual llamaremos ‘*e*’. Ahora bien, si comparamos el evento jurídico *e* con el momento *o* observaremos que *e* será siempre, en relación con *o*, de mayor o menor novedad.

Si *e repite* *o* tenemos que convenir que *e* es un comportamiento poco novedoso; pero por el contrario, si *e* no se contenta con *repetir* el comportamiento normativo anterior entonces *e* posee una mayor novedad.

El comportamiento *e* será jurídicamente más novedoso en tanto mayor sea la distancia que lo separe del momento *o* (que señala en este caso lo que tradicionalmente es llamado ‘orden establecido’), que puede ser, decíamos, cualquier momento de un sistema de normas jurídicas (o incluso señalar, como ya vimos el hipotético ‘Estado de naturaleza’). Inversamente, el comportamiento *e* será jurídicamente menos novedoso mientras más se acerque al momento *o*.

Con base en esta mayor o menor novedad del comportamiento *e* (o de cualquier acto jurídico —regular o irregular—) es posible hablar de cambios en los órdenes jurídicos. En efecto, hemos visto que todo acto jurídico —regular o irregular— dirige a los destinatarios del orden jurídico una propuesta de cierta normatividad. Ahora bien, todo comportamiento jurídicamente novedoso plantea a los destinatarios del orden jurídico (al igual que en el caso anterior) una disyuntiva del tipo siguiente:

$o \downarrow e$

es decir, seguir el comportamiento normativo contenido en el momento *o*, o bien adherirse a la nueva normatividad propuesta por el comportamiento *e* (comportamiento jurídico más o menos novedoso —el cual puede ser regular o irregular—). La propuesta contenida en el acto jurídico novedoso —regular o

<sup>47</sup> Ciertamente la substitución irregular no constituye la única forma de substitución del sistema jurídico. Por el contrario, el sistema busca, en gran medida, que sus cambios se produzcan regularmente mediante procedimientos previstos de creación jurídica. De ahí que el sistema jurídico pueda verse constantemente cambiado a través de procedimientos y actos regulares. Tengamos pues presente que la innovación jurídica puede presentarse tanto regular como irregularmente. A este respecto es conveniente señalar que los actos que irregularmente pretenden substituir o modificar el sistema pueden ser considerados actos regulares del sistema existente; por ejemplo, los delitos de insurrección, subversión, traición, etcétera. Así, por ejemplo, un evento que pretende irregularmente substituir la constitución del sistema, queda por supuesto, incluido en el sistema existente; no como un primer acto condición del sistema, es decir no como acto constituyente, sino como un acto considerado, regularmente, como delito.

irregular— pretende modificar, parcial o totalmente el orden jurídico. Alejándose, consciente o inconscientemente del momento *o*, el evento jurídico novedoso busca ser seguido o imitado<sup>48</sup> a efecto de instalar una normatividad diferente.<sup>49</sup>

No obstante el lugar que ocupe o pretenda ocupar en el condicionamiento sucesivo de eventos jurídicos<sup>50</sup> e independientes del mayor o menor número de elementos que puedan llegar a acompañarlo, el comportamiento jurídicamente novedoso constituye una propuesta de una nueva normatividad que busca ser seguida o continuada. Tal propuesta, en cierto modo, niega o contradice, parcial o totalmente, la normatividad existente.

*c) La solución de la disyunción o ↓ e (caso de substitución).* La disyunción que plantea el acto jurídico novedoso tiene que resolverse. Esta solución le corresponde a aquellos a quienes se encuentran dirigidos los actos que son términos de la mencionada disyunción, es decir, a los miembros de la comunidad.<sup>51</sup> Aquí, como en el caso anterior, la opción de los destinatarios se manifiesta a través de su comportamiento: obedeciendo o aplicando la propuesta contenida en *cualquiera* de los disyuntos, es decir, estableciendo el orden jurídico que cualquiera de los actos opuestos propone.

*d) Prueba.* Pensemos en una disyunción que se presenta al nivel del primer evento condicionante del sistema, esto es, al nivel de la constitución. Imaginemos que el acto  $Q_1$  (conjunto de las prescripciones de *Rex*) del orden jurídico que hemos considerado, se le opone un conjunto de prescripciones irregulares de un individuo  $X_1$ ; conjunto de prescripciones irregulares que denominaremos ' $T_1$ '. De tal manera que a los destinatarios de estos actos —los destinatarios del orden jurídico que  $Q_1$  constituye— se les presenta la disyunción siguiente:

$$Q_1 \downarrow T_1$$

Esto es, aplicar u observar lo dispuesto por el evento  $Q_1$ , rechazando la nueva normatividad propuesta por  $T_1$ ; o bien, obedecer o aplicar  $T_1$  substituyendo el orden jurídico del cual  $Q_1$  era el primer evento condicionante, del cual  $Q_1$  era la constitución.

<sup>48</sup> Un evento busca ser imitado, como en el caso en que un juez quiere que su sentencia se convierta en el patrón de otras sentencias futuras.

<sup>49</sup> Es importante subrayar que la propuesta que contiene el comportamiento jurídicamente novedoso no necesita presentarse de manera explícita, es decir, hecha de manera a informar o convencer. Es suficiente con que el comportamiento se aleje del mayor o menormente del momento *cero* para proponer una nueva normatividad. (*Vid., supra*, notas núms. 33, 38 y 39.)

<sup>50</sup> *Cfr., supra*. La función constitucional.

<sup>51</sup> *Cfr., supra*, nota núm. 46. Ciertamente puede darse el caso de que algunos destinatarios continúen  $Q_1$  y de que otros continúen  $T_1$ . De manera que se establezcan dos sistemas diferentes tal podría ser el caso de una secesión triunfante, de una guerra independiente, etcétera.

¿Qué ocurre con la propuesta rechazada? Ésta pierde o no adquiere —según el caso— el carácter de primer acto condicionante de un orden jurídico —deja de funcionar como constitución de un orden jurídico positivo—. Veamos: el acto  $T_1$  pretende substituir irregularmente a  $Q_1$  el cual, como hemos visto, funciona como la constitución (son el conjunto de prescripciones de *Rex*) de un orden jurídico. Ahora bien, si  $T_1$  nos es aplicado o seguido —al menos por un porcentaje importante de destinatarios—,<sup>52</sup> entonces no se crea o establece el orden jurídico propuesto por  $T_1$  y, por tanto,  $T_1$  *no adquiere* el carácter del acto constituyente de sistema ninguno. En este sentido, es decir, en tanto evento constituyente de un sistema jurídico, el evento  $T_1$  queda al margen de los órdenes jurídicos existentes (no es condición de ningún orden jurídico positivo).<sup>53</sup> Si, por el contrario,  $T_1$  es aplicado (esto es, si las disposiciones de  $X_1$  son obedecidas de forma que se produzcan los eventos que inmediata o mediatemente completan  $T_1$ ), entonces el evento  $Q_1$  deja de funcionar como acto constituyente del orden jurídico. Al dejar de producirse eventos que se conformen a lo dispuesto por  $Q_1$ ,  $Q_1$  deja de funcionar como la constitución de un orden jurídico histórico:  $X$  deja de ser *Rex*.

De lo anterior se infiere que si los destinatarios aplican u observan la propuesta contenida en un evento jurídico y no en otro, entonces puede decirse que los destinatarios, en cierto modo, *prefieren* (hacen posible) una *normatividad y no otra*.

Esto es, los destinatarios, al continuar y establecer la normatividad propuesta en un cierto acto jurídico, *quieren* o *aceptan* esta normatividad y no otra.<sup>54</sup> Si, por ejemplo, los destinatarios aplican u observan  $T_1$ , entonces los destinatarios *aceptan* o *quieren*, en cierta forma, sólo esa normatividad, es decir, establecen rechazando, simultáneamente, cualquier otro sistema posible. Ahora bien, si los destinatarios quieren lo mismo, es decir, si completan los mismos actos, entonces puede afirmarse que, en este sentido, los destinatarios *convienen* en establecer un cierto orden jurídico. Es esto lo que, a nuestro juicio, debe entenderse como el carácter convencional de la normatividad.<sup>55</sup>

e) *Ejemplo*. Lo anterior puede perfectamente verificarse con cualquier substi-

<sup>52</sup> Haciendo posible una comunidad política en donde  $T_1$  sea el primer acto condicionante.

<sup>53</sup> El evento  $T_1$  que pretendía irregularmente substituir la constitución del sistema queda, por supuesto, incluido en el sistema. Ciertamente no como  $T_1$  (primer acto condicionante de un sistema jurídico propuesto) sino como un acto regular del sistema reconocido como delito, como un evento más que  $Q_1$  constituye.

<sup>54</sup> Pero, en qué consiste este querer o aceptación del individuo; puesto que del hecho de realizar ciertos actos no podemos deducir lógicamente el contenido de una volición humana psicológicamente considerada. Al respecto podemos decir que, 'querer' o 'aceptación' no significa más que realizar aquellos actos que hacen posible o crean un sistema jurídico propuesto por ciertos actos condicionantes. (*Vid., supra*, nota núm. 42.)

<sup>55</sup> Sobre el carácter convencional de la normatividad *vid.*, Tamayo y Salmorán. "Algunos problemas generales sobre la creación normativa." *Op. cit.*, p. 282-288.

tución de un orden jurídico por vía revolucionaria. Pensemos, por ejemplo en el caso de México. Durante la vigencia de la Constitución de 1857, a consecuencia de los graves sucesos de la Decena Trágica, la XXII Legislatura del Estado de Coahuila, a iniciativa del gobernador (Venustiano Carranza), emitió el Decreto número 1421 en el cual se desconoce al presidente de la República y se concede facultades extraordinarias al jefe del Ejecutivo del Estado (Ejecutivo de la entidad federativa) para “*armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República*”.<sup>56</sup>

Analizando con atención, el acto realizado por la XXII Legislatura del Estado de Coahuila, tenemos que convenir que es un acto irregular (no puede referirse a ninguna norma positiva anterior, que no sea la norma del derecho internacional, que establece el principio de eficacia<sup>57</sup> que pretende convertirse en el primer acto condicionante del sistema. Es decir, es un acto revolucionario (llamaremos ‘revolucionarios’ todos los actos que intenten la sustitución del primer acto condicionante del sistema mediante un acto irregular o imprevisto). En efecto, la Constitución de 1857, que será en el caso  $Q_1$ , no autoriza a los gobernadores de los Estados o a las legislaturas locales a revisar, anular o a sustituir los actos de la autoridad federal, ni mucho menos a levantarse en armas para ejecutar tales decisiones. El Decreto 1421 de la XXII Legislatura, así como los actos de Venustiano Carranza, que en el caso serán  $T_1$  son actos irregulares (no aplica ni observa ninguna disposición local o federal del orden jurídico existente) y son actos revolucionarios en la medida en que pretenden sustituir, por vía irregular, el orden jurídico existente con objeto de instalar un orden jurídico nuevo: el orden provisional revolucionario; orden que va desde la emisión del Decreto 1421 de la XXII Legislatura del Estado de Coahuila hasta la promulgación de la Constitución de 1917.<sup>58</sup>

De esta forma la aparición de  $T_1$  plantea, a los destinatarios del orden jurídico mexicano la disyunción siguiente:

$$Q_1 \downarrow T_1$$

obedecer u observar  $Q_1$  (a Constitución de 1857) rechazando la normatividad por  $T_1$ , o bien seguir u observar la normatividad propuesta por  $T_1$  rechazando al normatividad existente. Esta disyunción se resolvió, paulatinamente, a favor

<sup>56</sup> Vid., Ulises Schmill Ordóñez. *El sistema de la constitución mexicana* Manuel Porrúa. México, 1971, p. 68.

<sup>57</sup> El principio de eficacia según el cual un orden jurídico tiene que ser eficaz para ser válido, es una norma positiva del derecho internacional. De acuerdo con esta norma del derecho internacional, una autoridad efectivamente establecida (habitualmente obedecida) es la autoridad legítima, el orden, los mandatos, órdenes y reglas dictados por esta autoridad, el derecho de la comunidad y tal comunidad, un Estado, desde el punto de vista del derecho internacional.

<sup>58</sup> Vid., Ulises Schmill Ordóñez. *Op. cit.*, p. 68 y ss.

de  $T_1$ . En efecto, el orden revolucionario fue incrementando su ámbito personal de validez —sus seguidores y sometidos— a medida que pasaba el tiempo; asimismo fue incrementado su ámbito espacial de validez a medida que fue dominando más partes del territorio nacional. Así, hasta que fue completamente eficaz, sustituyendo totalmente el orden jurídico anterior. La aceptación de  $T_1$  hizo que  $Q_1$  perdiera el carácter de primer acto condicionante del orden jurídico mexicano.<sup>59</sup>

### 7. La modificación constitucional (contra legem)

La modificación irregular de la constitución no sólo se realiza cuando un acto pretende convertirse en primer acto condicionante del sistema (por sustitución). La constitución se modifica irregularmente, también, cuando el orden jurídico del cual es base se *modifica* irregularmente. Éste es un caso bastante habitual que, además, nos permite presenciar la aparición de una norma constitucional consuetudinaria al lado de la legislación constitucional “escrita” y “rígida”.

a) *Prueba*. Pensemos que  $Q_1$  (el primer acto condicionante de un orden jurídico) dispone o prescribe que para ciertas materias —la materia  $m$ — sean de carácter jurisdiccional los actos que aplican la constitución. Supongamos que  $Q_2$  designa los actos jurisdiccionales que regularmente aplican  $Q_1$  (en lo que a las materias  $m$  se refiere). Imaginemos ahora un acto irregular  $Q_1$  que no obstante no tener el carácter de acto jurisdiccional (es un acto administrativo, y por tanto, anulable) pretende aplicar la constitución en el caso de las materias  $m$ . Como puede observarse la aparición de  $Q_1$  plantea a los destinatarios de dicho orden jurídico una disyunción del orden siguiente:

$$Q_2 \downarrow Q_1$$

es decir, mantener la normatividad propuesta por  $Q_2$  (la cual continúa regularmente a  $Q_1$ ), o bien aceptar la nueva normatividad propuesta por  $Q_1$ .

Ahora bien, la solución de la disyunción ' $Q_2 \downarrow Q_1$ ' corresponde a aquellos a quienes se encuentran dirigidos los eventos que son términos de la disyunción. Si los destinatarios deciden continuar con la normatividad contenida en  $Q_2$  (haciendo que el procedimiento de control —de legalidad o de constitucionalidad— anule  $Q_1$ , o mediante cualquier otro procedimiento), entonces  $Q_1$  no sustituye la normatividad existente (no habiendo sido para el sistema previsto más que un simple acto anulable). Si, por el contrario,  $Q_1$  es aplicado u observado (por no haberse seguido los sistemas de control de la regularidad o no

<sup>59</sup> En este proceso de creación, de establecimiento del primer legislador, no hubo un procedimiento de aplicación de legislación. En este sentido cabe indicar que tal procedimiento fue de carácter consuetudinario.

obstante éstos), entonces  $Q_i$  sustituye la normatividad existente modificando irregularmente la constitución del orden jurídico. Es decir, sustituye irregularmente los criterios de identidad del sistema, esto es, las características de identidad que la constitución establece para los eventos jurídicos que lo aplican.<sup>60</sup>

Esto último puede explicarse de la siguiente manera: si  $Q_i$  deviene una entidad del orden jurídico, éste —el orden— tiene que poseer un criterio que nos permita incluir y reconocer a  $Q_i$  (en la constitución). Si  $Q_i$  se convierte irregularmente en una entidad del sistema (no siendo el primer acto condicionante), entonces tiene que conformarse a  $Q_1$ , el cual, a partir de entonces ve modificarse, *irregularmente* (mediante un procedimiento no previsto) sus criterios de identidad para los actos que lo completan, incluyendo así a  $Q_i$  en el sistema.<sup>61</sup>

A partir de entonces  $Q_1$ , en lo que respecta a las materias  $m$ , será regularmente aplicado por un acto administrativo (en el caso  $Q_i$ ) con lo cual se sustituye el sistema anterior (tanto por lo que toca a sus entidades como a los criterios de identidad establecidos en la constitución). Al sustituirse —regular o irregularmente— las entidades del sistema, éste se sustituye y con él los criterios de identidad que establece la constitución. Todo cambio en las entidades del sistema trae aparejado un cambio de sistema jurídico y, por tanto, de los criterios de identidad y pertenencia que la constitución establece.

b) *Ejemplo.* Veamos un ejemplo concreto: la Constitución mexicana dispone (el constituyente de 1917 propone) en su artículo 16 que:

En ciertos casos... podrá la autoridad administrativa decretar la detención de un acusado poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

<sup>60</sup> Cfr. Todos los sistemas contienen una pertenencia provisional para los actos anulables. Vid., Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, p. 484-485. "Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria, en este caso no se puede admitir que la constitución indique un procedimiento legislativo único ni que fije realmente los principios en cuanto al contenido de las leyes. La constitución, sin duda, dice en su texto que las leyes deben ser elaboradas de tal o cual manera y que no deben tener tal o cual contenido, pero admitiendo que las leyes inconstitucionales serán también válidas, sucede, en realidad, que las leyes pueden ser hechas de otra manera y su contenido sobrepasar los límites asignados; ya que las leyes inconstitucionales —ellas también— no pueden ser válidas más que en virtud de una regla de la constitución. Esto es, ellas deben ser, también, en uno u otro modo, constitucionales, puesto que son válidas. Pero eso significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado en la constitución y en las direcciones señaladas ahí no son, a pesar de las apariencias, disposiciones exclusivas, sino solamente alternatiavs." (Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la constitución*, p. 510-511.)

<sup>61</sup> Esto opera con independencia de que este cambio se reconozca o no, especialmente cuando el documento constitucional no se ve alterado. Sobre ese particular tenemos que señalar que cuando decimos "constitución" pensamos en el primer acto condicionante del sistema, es decir, en el conjunto de actos o disposiciones más generales de creación de un sistema jurídico positivo, esté consignado en un documento o no.

Sea la constitución ' $Q_1$ ' lo que propone ' $m$ ' y ' $Q_2$ ' el acto que regularmente aplica  $Q_1$ . Ahora bien hemos visto que cierto acto deviene la constitución de un sistema si, y sólo si, este evento funciona como el primer acto condicionante de un sistema jurídico positivo.<sup>62</sup>  $Q_1$  será pues, el acto condicionante de un sistema (del sistema jurídico por él propuesto) si, y sólo si, es aplicado por los actos que prescribe.

Si, por el contrario,  $Q_1$  no es aplicado por los eventos jurídicos que prescribe, entonces este acto pierde (o no adquiere) el carácter de primer acto condicionante de sistema jurídico ninguno. Si, en el caso, la autoridad administrativa, en lo que respecta a  $m$ , se conforma a lo dispuesto por  $Q_1$ , es decir, se realiza  $Q_2$  haciendo posible  $m$  entonces el texto transcrito del mencionado artículo funciona, como la constitución del sistema.<sup>63</sup>

Sin embargo, la experiencia jurídica mexicana es otra. La autoridad administrativa (como en 1968, por ejemplo) no se conforma a  $Q_1$  en lo que a  $m$  se refiere. En efecto, la autoridad administrativa decreta detenciones disponiendo de los detenidos, reclusiéndolos en diferentes establecimientos —cárceles, prisiones militares, etcétera— y, a veces, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Este comportamiento irregular —inconstitucional en el caso— de la autoridad administrativa lo denominaremos ' $Q_1$ '. El comportamiento irregular  $Q_1$  de la autoridad administrativa (a la cual se encuentra inmediatamente dirigida la propuesta  $m$  contenida en  $Q_1$ ) al realizar indistintamente  $m$  o  $-m$  no ha aplicado u observado la normatividad propuesta por el *constituyente* (por *Rex*); la autoridad administrativa, en efecto, al hacer protestativo  $m$ , no ha continuado el sistema que el *constituyente* propuso, el cual no admite alternativa.

$Q_1$  se opone así a  $Q_2$  planteando a los destinatarios del sistema de disyunción siguiente:

$$Q_2 \downarrow Q_1$$

esto es, mantener la normatividad propuesta por  $Q_2$  —la cual continúa la propuesta contenida en el artículo 16 constitucional o bien aceptar la normatividad propuesta por  $Q_1$  —comportamiento *inconstitucional*— de la autoridad administrativa que pretende sustituir irregularmente la normatividad propuesta por el constituyente.

La resolución de esta disyunción correspondió a aquellos a quienes se encontraba dirigida la propuesta contenida en el acto irregular, en particular a aquellos que obedecían o ejecutaban las órdenes de detención de la autoridad

<sup>62</sup> Cfr., *supra*. La función constitucional.

<sup>63</sup> A este mismo resultado se llega si el acto irregular es anulado mediante los sistemas de control por ejemplo, mediante el juicio de amparo o, simplemente, por no ser obedecidos.

administrativa (productores, secretarios de Estado, elementos del ejército) y, en general a todos los destinatarios del sistema que actuando u omitiendo, hicieron posible la sustitución de  $Q_2$  (sistema previsto por el constituyente) por procedimiento acentuadamente autocrático que tenemos.

Ahora bien, si, como puede observarse, el texto transcrito del artículo 16 es decir, la propuesta  $m$ , no ha sido aplicada ni observada, ni han sido anulados (mediante nuestro procedimiento de control de constitucionalidad) los actos que no se hayan conformado a él (o no obstante estas anulaciones), entonces el sistema jurídico mexicano, en lo que a esto se refiere, no es el sistema propuesto por el artículo 16 y, por tanto, el texto transcrito del artículo que comentamos no funciona como parte del primer acto condicionante del sistema, es decir, no funciona como parte de la constitución del orden jurídico mexicano. Ahora bien, si  $Q_i$  (el comportamiento de la autoridad administrativa) deviene irregularmente entidad del orden jurídico mexicano, entonces éste tiene que poseer un criterio de identidad que nos permita incluir a  $Q_i$  como entidad del sistema. Y así, a partir de que  $Q_i$  ingresa al sistema,  $Q_i$  (la constitución del sistema) ve modificados *irregularmente* sus criterios de identidad para poder incluir a  $Q_i$  en el sistema. De esta manera, al no verse aplicado u observado por los destinatarios del sistema, el artículo 16 deja de funcionar como constitución, ocupando su lugar una disposición (consuetudinaria)<sup>64</sup> que podría ser descrita así:

La autoridad administrativa podrá decretar detenciones disponiendo libremente del detenido e, incluso, ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Ésta es la disposición que funciona como acto condicionante del sistema en lo que a  $m$  se refiere; disposición que nos permite reconocer a  $Q_i$  como entidad del sistema, la propuesta que, en suma, los destinatarios han seguido al construir el orden jurídico mexicano (el que existe).

Esto último es de particular interés no sólo para explicar la modificación irregular de la constitución por vía consuetudinaria, sino para observar cómo se crea una norma constitucional consuetudinaria (que en el caso no fue creada por el mismo constituyente).<sup>65</sup> Sobre este particular podríamos fácilmente multiplicar ejemplos *vgr.* desaparición de poderes, libertad de expresión, etcétera.

<sup>64</sup> “La única respuesta completamente satisfactoria a ésto (al procedimiento consuetudinario), parece ser la que proporciona Kelsen, que señala que si el derecho consuetudinario existe al lado del derecho legislado, la constitución (en sentido material) tiene que instituir a la costumbre como un hecho creador de derecho.” (E. K. Braybrooke. “Custom as a source of English law,” en *Michigan Law Review*, vol. 50, 1951, p. 91; *Cfr.*, Kelsen. *General Theory of Law and State*, p. 126. En el mismo lugar Kelsen agrega “pero la constitución misma puede, en todo o en parte, ser no escrita, ser derecho consuetudinario. De esta manera podría ser debido a la costumbre que la costumbre fuera un hecho creador del derecho. (*Ibid.*)

<sup>65</sup> Tamayo y Salmorán. *Sobre los sistemas jurídicos y su creación*, p. 150.

8. *Los elementos persistentes en estos procedimientos*<sup>66</sup>

En todos los casos expuestos advertimos dos elementos persistentes, el comportamiento jurídicamente novedoso y la adhesión o aceptación convencional. Los cuales funcionan de acuerdo a la fórmula 'X es *Rex* si, y sólo si, X es habitualmente obedecido' siguiendo, en todo caso, el procedimiento consuetudinario de creación.