

## CAPÍTULO V. EL SISTEMA JURÍDICO

### Primera parte

1. Introducción .....	93
2. La comunidad de los comportamientos jurídicos .....	94
3. La unidad del sistema jurídico .....	95
4. Criterios de identidad y pertenencia .....	97
5. La propuesta contenida en los actos jurídicos .....	100
6. Los destinatarios de la propuesta .....	100
7. La producción regular o irregular de los actos jurídicos. ....	101
8. La solución de la disyunción o la aceptación de cierta normatividad .....	104
9. Los elementos de la creación o innovación normativa. ....	110

## CAPÍTULO V. EL SISTEMA JURÍDICO <sup>1</sup>

### Primera parte

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La comunidad de los comportamientos jurídicos.* 3. *La unidad del sistema jurídico.* 4. *Criterios de identidad y pertenencia.* 5. *La propuesta contenida en los actos jurídicos.* 6. *Los destinatarios de la propuesta.* 7. *La producción regular o irregular de los actos jurídicos.* 8. *La solución de la disyunción o la aceptación de cierta normatividad.* 9. *Los elementos de la creación o innovación normativa.*

#### 1. *Introducción*

Existe la idea —bastante compartida entre los juristas— de que los comportamientos jurídicos —testamentos, tratados, indultos, embargos, etcétera— forman o constituyen un sistema que es generalmente denominado: 'orden jurídico' o bien 'sistema jurídico'. Pero ¿cómo es posible convertir en sistema una multitud de comportamientos jurídicos?, ¿a qué sistema jurídico pertenece cierto comportamiento?

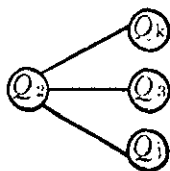
Si observamos con atención los comportamientos jurídicos —actos-condición y actos-consecuencia—, nos daremos cuenta que éstos no son independientes entre sí ni tampoco una mera yuxtaposición de comportamientos con cualidades más o menos afines. Los comportamientos humanos, una vez normativamente interpretados, se encuentran relacionados en un condicionamiento sucesivo, en el cual los actos-condición señalan las características a las cuales se han de conformar los actos que les suceden o les completan y se conforman a las características establecidas por los actos-condición que les preceden. Por tanto, tal y como lo describen los enunciados, los comportamientos jurídicos se encuentran relacionados constituyendo normas jurídicas.

El condicionamiento sucesivo de los comportamientos jurídicos no explica, sin embargo, la totalidad del sistema jurídico. Es, pues, necesario abordar este complejo problema. Ahora bien, si el condicionamiento sucesivo de los comportamientos jurídicos no resuelve el problema del sistema, sí nos proporciona el punto de partida para su solución.

<sup>1</sup> Este tema ha sido, en parte, desarrollado por el autor en un trabajo anterior (cfr. *La estructura de los sistemas jurídicos y sus criterios de identidad*, cit., pp. 179-204).

## 2. La comunidad de los comportamientos jurídicos

Si en el condicionamiento sucesivo de los comportamientos jurídicos, los actos-condición señalan las características que habrán de satisfacer los actos que les suceden, entonces, es fácil suponer que ciertos actos-condición pueden ser completados inmediatamente por *varios* comportamientos, basta que estos últimos se conformen a las características previstas por ellos para los actos que les suceden. Si varios comportamientos jurídicos se conforman a las características establecidas por un mismo acto jurídico, el cual los condiciona, entonces, estos actos jurídicos tienen una *condición común*. Esta situación puede perfectamente representarse en el siguiente esquema:



donde  $Q_2$  es condición común de varios y diferentes actos jurídicos ( $Q_3$ ,  $Q_k$  y  $Q_1$ ), los cuales completan o aplican a  $Q_2$  al conformarse a lo previsto por este evento para los actos que le suceden.<sup>2</sup>

Este carácter común de  $Q_2$  es lo que nos permite agrupar varios comportamientos jurídicos que no son componentes de una misma norma, como en el caso  $Q_3$ ,  $Q_k$  y  $Q_1$ . Comportamientos que denominamos 'diversos' en oposición a los actos-condición que guardan una relación *lineal* como, por ejemplo  $Q_1-Q_2$ ,  $Q_2-Q_3$ , etcétera. Por supuesto, todos los eventos pueden ser considerados en su relación *lineal* (esto es, dentro del marco de una misma norma) o en su relación de *comunidad*.

Con relación a la *comunidad* de los comportamientos jurídicos, hay que subrayar que a medida que éstos son más mediatos a las consecuencias, van condicionando a un mayor número de comportamientos jurídicos diversos. Ahora bien, el carácter *común* que presentan los eventos jurídicos es de enorme importancia para explicar la unidad del orden jurídico. En efecto, la comunidad de ciertos actos-condición constituye el punto de contacto que nos permite agrupar o relacionar un conjunto de comportamientos jurídicos diversos y con ello a distintas normas jurídicas. La *relación* unitaria de los comportamientos jurídicos diversos se debe, pues, a que todos ellos aplican o continúan un mismo acto jurídico condicionante.

<sup>2</sup> Piénsese, simplemente, en que el comportamiento legislativo que da por resultado un código civil, condiciona tanto el remate de bienes inmuebles pertenecientes a una persona deudora de un crédito hipotecario, como la privación de la patria potestad impuesta a un padre declarado interdicto; así como la adjudicación de los bienes de la sucesión a la persona declarada heredero en un juicio sucesorio.

Esto es, si ciertos comportamientos jurídicos diversos forman una unidad, es en virtud de que éstos poseen, cuando menos, una condición común.

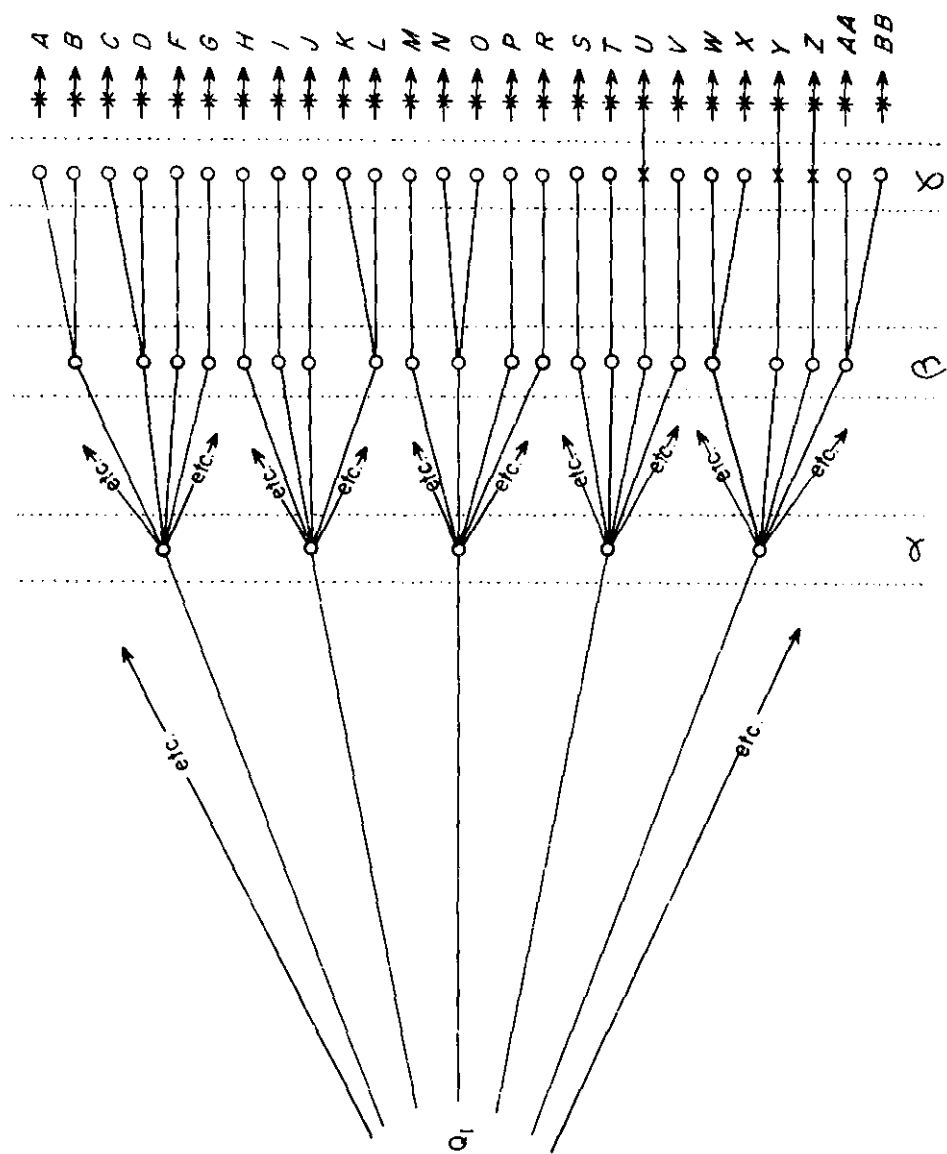
Así pues, un comportamiento jurídico nos permite agrupar todos los eventos jurídicos que condiciona y, por tanto, nos permite conocer y reconocer qué eventos jurídicos son entidades de un mismo conjunto o sistema (parcial) de comportamientos jurídicos. Ciertamente, los eventos jurídicos así agrupados podrán estarlo en razón de poseer varias condiciones que les sean comunes; sin embargo, es suficiente un solo evento jurídico para relacionar a todos los eventos jurídicos que condicione.

### 3. *La unidad del sistema jurídico*

Hemos dicho que los actos-condición, mientras más mediatos se encuentran de las consecuencias, son comunes a un mayor número de normas (al ser condiciones de un mayor número de eventos jurídicos diversos). Esto es, a mayor mediatez mayor comunidad. Ahora bien, si los actos-condición, a medida que se incrementa su mediatez, ganan en comunidad y, por ende, relacionan a un mayor número de normas, entonces, forzosamente, el acto-condición tenido como el más mediatos será el que agrupe mayor número de normas. Aún más, el acto-condición tenido como el más mediatos, relacionará a la *totalidad* de normas en virtud de que constituye el acto-condición común a todas ellas.

Una multitud de comportamientos jurídicos forman un sistema de normas, si estas normas poseen, cuando menos, un acto-condición común a todas ellas. Por tanto, *todas las normas que poseen un acto-condición común forman un orden o sistema de normas jurídicas*, son entidades de un mismo sistema. Una norma pertenece al sistema que su acto-condición más mediatos origina o constituye, es decir, una norma pertenece al orden jurídico que su acto-condición más mediatos hace posible.

De acuerdo con lo anterior, el orden jurídico podría representarse como un haz de luz cuyo foco lo constituye el acto-condición más mediatos y donde los demás actos-condición, como focos secundarios, van ampliando y distribuyendo la luz hasta que ésta llega a las consecuencias. Esto puede observarse, fácilmente, en el presente diagrama:



En este diagrama tenemos, entre otras, las normas  $Q \rightarrow A$ ,  $Q \rightarrow B$ ,  $Q \rightarrow C$ ,  $Q \rightarrow D$ , ...  $Q \rightarrow BB$ , las cuales forman un sistema en virtud de que poseen, por lo menos, un acto-condición común a todas: el acto-condición  $Q_1$ . Todas las normas que posean el acto-condición  $Q_1$  constituyen un específico orden jurídico, el que aquí se presenta.

En este diagrama, una multitud de comportamientos jurídicos (actos-condición y actos-consecuencia) se encuentran formando un sistema en virtud de que poseen una condición común. Comportamientos tales como  $C$ ,  $N$ ,  $U$ ,  $Z$ , etcétera, son entidades de un mismo sistema, en virtud de que poseen, por lo menos, una misma condición común. Esto puede verificarse fácilmente con cualquier ejemplo. Imaginemos que  $Q_1$  es la constitución de un Estado nacional<sup>3</sup> y los eventos de la columna  $\alpha$ , los actos que inmediatamente la aplican o completan (tales como leyes, decretos-leyes, reglamentos autónomos, etcétera); los actos de la columna  $\beta$ , los actos que aplican la legislación (tales como reglamentos administrativos, contratos colectivos, etcétera); los actos de la columna  $\gamma$ , que inmediatamente preceden a las consecuencias,<sup>4</sup> podrían ser los procedimientos administrativos, jurisdiccionales o particulares de individualización, y, por último, los actos  $A$ ,  $B$ ,  $C$ , ...  $BB$  serían las consecuencias (ejecuciones en los patrimonios, penas de prisión, etcétera).

En este diagrama tenemos que los eventos  $\alpha$ , los actos  $\beta$ , los  $\gamma$  y las consecuencias  $A$ ,  $B$ ,  $C$ , ...  $BB$ , son entidades de un mismo sistema, en virtud de que poseen, cuando menos, una condición común a todos: el evento  $Q_1$ . De ahí, que pueda decirse que todos los eventos que se encuentren condicionados por  $Q_1$  constituyen un específico sistema jurídico: el sistema que aquí se encuentra representado. Si nos preguntamos a qué sistema jurídico pertenecen los eventos  $D$ ,  $G$ ,  $J$ , etcétera, contestaremos que pertenecen al orden jurídico que su condición más mediata origina o *constituye*. Esto es, los eventos  $D$ ,  $G$ ,  $J$ , etcétera, así como los eventos  $\alpha$ , los eventos  $\beta$  y los eventos  $\gamma$ , pertenecen al orden jurídico que  $Q_1$  hace posible. Por tanto, todos los eventos jurídicos cuya condición más mediata es  $Q_1$  pertenecen al sistema jurídico que  $Q_1$  constituye.

#### 4. Criterios de identidad y pertenencia

Hemos visto que los actos-condición no agotan su función precediendo a otros; los actos-condición *señalan las características que han de tener los actos jurídicos que los completan*. Los actos jurídicos condicionados (actos-condición o actos-consecuencia) no únicamente suceden a los ac-

<sup>3</sup> Este ejemplo puede ampliarse si, por ejemplo, se considera a  $Q_1$  como la constitución consuetudinaria de la comunidad internacional; asimismo, puede reducirse si por ' $Q_1$ ' representamos la constitución estadual, es decir, de una entidad federativa, de una provincia, de un departamento, etcétera.

<sup>4</sup> Un orden jurídico puede tener varias etapas en el condicionamiento sucesivo, que no necesariamente han de coincidir en todas las normas. Podrían ser dos, tres o más. Nosotros usamos el de cuatro, por ser habitual pensar en constitución, legislación, reglamentación o actos administrativos y en actos judiciales o decisiones administrativas.

tos jurídicos que los condicionan sino que se *conforman* a los criterios establecidos por ellos para poder ser reconocidos como tales. Son, pues, estos criterios los que nos permiten identificar y reconocer a ciertos actos —los que los satisfacen— como entidades del sistema. Por ejemplo, las consecuencias *A, B, C, ... BB* se encuentran inmediatamente condicionadas por ciertos actos jurídicos —de la columna  $\gamma$ —, los cuales, conforme al condicionamiento sucesivo de los comportamientos jurídicos, no se limitan a preceder ciertos actos sino que señalan o determinan las características que dichos comportamientos deben tener para poder ser considerados como consecuencias jurídicas. Esto es, establecen los criterios que nos permiten identificar ciertos actos como *sus* consecuencias. Los actos de la columna  $\gamma$ , que son la condición inmediata de las consecuencias *A* y *B*, se encuentran, a su vez, inmediatamente condicionados por un mismo comportamiento jurídico —perteneciente a la columna  $\beta$ —, sin el cual tales actos, así como las consecuencias *A* y *B*, no serían reconocibles como miembros del sistema. Dichos actos —que inmediatamente condicionan a las consecuencias *A* y *B*— no se concretan simplemente a suceder el acto condición que los precede sino que tales actos son *reconocidos* o identificados como actos jurisdiccionales o administrativos —como sentencia, decisión administrativa, etcétera— del sistema, *en tanto que satisfacen los criterios establecidos en los eventos jurídicos que los condicionan*.

Ciertamente, esto no quiere decir que los eventos que condicionan a otros señalen con exactitud el acto o actos que los completen. Esto es, en todo caso, imposible.<sup>5</sup> Los actos condicionantes señalan con *mayor o menor* detalle las características que han de satisfacer los eventos jurídicos que los completen,<sup>6</sup> características que se pueden dividir en dos grandes clases: *cuadros de regularidad*<sup>7</sup> y *contenidos de la regularidad*.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Esta determinación no puede ser exhaustiva, esta determinación no es nunca completa "La norma de la grada superior (el evento jurídico condicionante) no puede vincular exhaustivamente al acto que lo ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material la norma (el evento) de la grada superior (condicionante) tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar. El mandato, la orden más concreta, tiene que abandonar una multitud de determinaciones al ejecutor de los mismos. Si el órgano *A* dispone que el órgano *B* debe detener al súbdito *C*, el órgano *B* ha de decidir según su libre apreciación, cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano *A* no ha previsto en su mayor parte, ni podía prever" (Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, en: "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1933, p. 58; véase, *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 347; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 349; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 454-455). Lo separado entre paréntesis es nuestro.

<sup>6</sup> En el caso de la delegación, los actos condicionantes señalan (omitiendo) las características que han de tener los actos que los completen: Cualquier acto puede completarlos. De esta forma, podemos *reconocer* qué actos son los que regularmente completan el acto que delega o habilita.

<sup>7</sup> Los cuadros de la regularidad son los marcos que señalan los actos condicionantes y dentro de los cuales los actos condicionados son regulares. Cfr. *supra*, pp. 85 y ss.

<sup>8</sup> Los actos condicionantes indican los contenidos que, para ser regulares, tienen que tener los actos condicionados, así como los contenidos que no deben tener dichos actos para ser regulares.

Si nos preguntamos a qué orden pertenecen las consecuencias *A* y *B*, contestaremos que dichos eventos pertenecen al orden jurídico cuyos criterios de identidad —establecidos por los actos-condición que les preceden— satisfacen. Los actos que inmediatamente preceden a las consecuencias pertenecen al orden jurídico *parcial* que hace posible el acto-condición —común a ellos— que les precede. Ello es así, en virtud de que tales actos satisfacen los criterios de identidad que el acto-condición que les precede (de la columna  $\beta$ ) establece para los actos que lo completan. Y, por tanto, *A* y *B* pertenecen al sistema donde ese orden jurídico parcial —ese subsistema— se encuentra incluido.

La inclusión de un orden parcial en un orden más comprensivo, se debe a que en todas las etapas del condicionamiento sucesivo de los eventos jurídicos se presenta la misma relación de *determinación* entre el evento jurídico condicionante y el evento jurídico condicionado. Así, por ejemplo, los eventos jurídicos  $\gamma$  que son condición inmediata de las consecuencias *A* y *B* (así como aquellos que lo son de *C*, *D*, *E* y *F*) se encuentran, a su vez, condicionados por eventos jurídicos  $\beta$ , los cuales —como todo acto-condición— señalan las características que tienen que poseer los eventos que los aplican. Esta misma función se presenta entre los comportamientos  $\alpha$  en relación con los comportamientos  $\beta$  y, por supuesto, entre  $Q_1$  y los eventos que inmediatamente lo aplican.<sup>9</sup>

De lo anterior, podemos inferir que *los criterios de identidad y pertenencia de un sistema jurídico se encuentran en todos los comportamientos jurídicos que funcionan como condicionantes de otro u otros*. En efecto, los actos jurídicos condicionantes van señalando qué actos habrán de completar el sistema y por tanto, qué actos pertenecerán al sistema. ¿Qué actos, pues, pertenecen a un sistema jurídico? *Las entidades de un sistema jurídico son todos aquellos comportamientos que lo van progresivamente completando al conformarse a los criterios de identidad establecidos en los actos jurídicos condicionantes*, desde el acto jurídico tenido como el más mediato a las consecuencias hasta la aplicación imputativa de estas últimas. El orden jurídico no es, en consecuencia, una mera yuxtaposición de comportamientos humanos con características similares sino un conjunto de comportamientos que, sistemáticamente relacionados, van constituyendo progresivamente el orden jurídico. Ahora bien, ¿qué es lo que nos permite reconocer un determinado orden jurídico y distinguirlo de cualquier otro? Son los comportamientos humanos, reconocidos como entidades del sistema, lo que nos permite identificar un sistema jurídico y diferenciarlo de otro.

<sup>9</sup> Por supuesto, ciertos eventos pueden determinar las características que han de acompañar a ciertos eventos que no les suceden inmediatamente. Este podría ser el caso de la constitución cuando determina las características que deben tener ciertas consecuencias (no se permiten los azotes, las mutilaciones, las penas trascentales, etcétera. Véase el artículo 22 de la constitución mexicana).



### 5. La propuesta contenida en los actos jurídicos

Todo acto jurídico condicionante —regular o irregular—<sup>10</sup> intenta o pretende ser seguido o continuado —si existen actos jurídicos condicionantes (constitución, leyes, etcétera) es para que haya actos jurídicos condicionados (contratos, sentencias, ejecuciones, etcétera)— por determinados actos jurídicos. En efecto, los actos jurídicos condicionantes, al establecer las características que han de tener los actos que los aplican o completan, esperan ser seguidos o continuados por ciertos y determinados actos jurídicos.<sup>11</sup> Ahora bien, si los eventos jurídicos condicionantes intentan ser seguidos o continuados por ciertos y específicos actos jurídicos, entonces, los actos jurídicos condicionantes *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 encierra la *propuesta* de una cierta normatividad. Todo acto jurídico condicionante espera ser aplicado de una manera particular, esto es, espera ser completado o continuado por cierta y determinada clase de comportamientos jurídicos —aquellos que satisfacen las características que aquél establece para los actos que lo completan—.  $Q_1$ , por ejemplo, intenta o pretende ser seguido o continuado por cierta y determinada clase de actos jurídicos —los que satisfacen las características de identidad establecidas por  $Q_1$  para los actos que lo completan o continúan—. De manera que si  $Q_1$  pretende ser aplicado por ciertos y determinados actos, entonces  $Q_1$ , propone el establecimiento de un específico sistema jurídico. Ahora bien, si el evento  $Q_2$  se produce, es decir, si un cierto acto se conforma a lo dispuesto por  $Q_1$ , quiere decir que la *propuesta* contenida en  $Q_1$  ha sido seguida o continuada, entre otros actos, por aquel que es reconocido como  $Q_2$ . Al establecer qué tipos de actos han de seguirlo o continuarlo, el evento  $Q_1$  intenta establecer un cierto sistema jurídico.

### 6. Los destinatarios de la propuesta

¿A quiénes se les dirige esa *propuesta*? A todos aquellos cuya conducta puede completar el sistema; los cuales decidirán, a través de su compor-

<sup>10</sup> En realidad, también los actos condicionados (los simples actos de ejecución material) proponen una cierta normatividad. Estos actos completan el sistema de una particular manera y en esa medida quieren un cierto sistema jurídico. El sistema jurídico, antes de estos actos de ejecución, es decir, antes de la producción de los meros actos condicionados, no se encuentra completo (véase *supra*, nota X). Son, pues, estos últimos actos los que le dan a un orden jurídico positivo sus últimas características distintivas. En esta forma, tales actos de ejecución proponen una cierta normatividad que quieren que se mantenga.

<sup>11</sup> El estricto sentido, todos los actos jurídicos y no sólo los actos jurídicos condicionantes contienen la propuesta de una cierta normatividad. Un simple acto de ejecución representa una propuesta que intenta ser seguida o imitada.

tamiento, si establecen el sistema propuesto. En un sentido más limitado, podría decirse que la propuesta se encuentra dirigida a aquellos que, inmediatamente, se encuentran en situación de aplicarla. Tal sería el caso de los individuos que están en posibilidad de realizar los actos contenidos en  $Q_2$ , en relación con la propuesta contenida en  $Q_1$ .<sup>12</sup> En suma, la propuesta es dirigida a aquellos que pueden completar el sistema propuesto. ¿Qué ocurre cuando los actos condicionantes no se ven sucedidos por actos que los apliquen o continúen? Bueno, simplemente, que no se crea el orden jurídico *previsto* en estos eventos.<sup>13</sup>

### 7. La producción regular o irregular de los actos jurídicos

El condicionamiento sucesivo de los actos jurídicos, tal como lo hemos ahora considerado, nos conduce a pensar tanto en el problema de la aparición *regular* o *prevista* de los actos jurídicos como en el problema de su aparición *irregular*.

a) *La producción regular o prevista.* Los eventos condicionantes, al determinar las características de los actos que los completan, intentan ser completados por actos que ellos han, mayor o menormente, *previsto*. El acto *que completa o aplica* el acto jurídico condicionante —por conformarse a las características establecidas por éste para los actos que lo aplican—, es un acto *regular*, es un acto que aparece de conformidad al procedimiento previsto del sistema. Pensemos, por ejemplo, en la relación:



en la cual ' $Q_2$ ' será el acto-condición que completa *regularmente* a  $Q_1$ , en la medida en que se conforma a las características establecidas por  $Q_1$  para los actos que lo completan.  $Q_2$  es un evento jurídico regular, en tanto que se produce de conformidad al procedimiento previsto por el acto jurídico que le condiciona.  $Q_1$  proporciona, así, el criterio o criterios que nos permiten determinar qué actos jurídicos son regulares o previstos y qué actos no lo son. Ahora bien, puesto que esta relación de *determinación* se presenta en *todas* las etapas del condicionamiento sucesivo de los eventos jurídicos, entonces, todos los eventos que se produzcan de conformidad con el procedimiento previsto en los actos jurídicos que les condicionan, serán eventos jurídicos regulares y, por tanto, entidades de un determinado sistema jurídico.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Esta relación de aplicación inmediata sólo se produce cuando los demás (los destinatarios del sistema) dejan a estos destinatarios realizar los actos de aplicación.

<sup>13</sup> Véase *infra*, desuetudo constitucional.

<sup>14</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

b) *La producción irregular o imprevista.* La interrupción de la sucesión regular o prevista da origen a la irregularidad. Son los criterios de identidad los que nos permiten determinar qué actos son irregulares. En efecto, los actos irregulares son aquellos que *no se conforman* a las características (formales o materiales) establecidas en algún acto-condición del orden jurídico.

La determinación de la conformidad o inconformidad de un acto a los actos jurídicos que le preceden, puede 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 condicionan, 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 preceden— 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-condición del 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.<sup>15</sup>

El problema de la irregularidad, como puede observarse, no se agota con determinar qué elementos son ajenos al sistema; la irregularidad no tendría sentido si se limitara a indicar elementos ajenos irrelevantes. El verdadero problema de la irregularidad consiste en explicar de qué manera los elementos ajenos o irregulares (actos *contra legem*, *desuetudo*, insurrección, etcétera) pueden llegar a substituir parcial o totalmente el sistema considerado.<sup>16</sup> Esto es, de qué manera la propuesta contenida

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. Véase a este respecto, Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución*; traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, en: "Anuario Jurídico", año I, núm. 1, México, 1974, p. 510.

<sup>15</sup> Sobre el particular, debemos distinguir claramente entre la creación irregular y el procedimiento en el cual un evento jurídico posee diferentes posibilidades alternativamente previstas en los eventos jurídicos que le preceden. Si el acto condición  $Q_4$  puede ser regular al poseer, indistintamente, los contenidos  $b, i, j, o k$ ; el cambio o substitución de  $i$  —comportamiento habitual— por  $j$  no es una substitución irregular (ambos satisfacen las características establecidas por  $Q_3$ ). Lo que en un cierto momento del procedimiento escalonado de creación aparece como una interrupción, resulta un procedimiento regular cuando consideramos estos eventos en relación con el evento que los condiciona.

<sup>16</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 por medio de procedimientos previstos de creación jurídica. De ahí, que el sistema jurídico pueda verse constantemente cambiado a través de procedimientos y actos regulares. Tengamos, pues, bien presente que la innovación jurídica puede presentarse tanto regular como irregu-

en los actos irregulares puede llegar a substituir o modificar el orden jurídico. Para tal efecto, permítasenos hacer las siguientes explicaciones.

Pensemos en un momento cualquiera de un orden jurídico al que podemos denominar '*o*', e imaginemos igualmente cualquier acto jurídico 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. Esto es, una de las diferencias que se pueden observar entre estos términos es la mayor o menor novedad de *e*, en relación con el momento *o*.

De acuerdo con el patrón escogido, tenemos que convenir que la repetición del momento jurídico *o* por parte de *e* es un comportamiento poco novedoso; dicho acto es, jurídicamente, poco innovador. Por el contrario, si *e* no se contenta con repetir el comportamiento normativo anterior y por ello se aleja de *o*, 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* (tradicionalmente llamado orden establecido), que puede ser, decíamos, cualquier momento de un sistema de normas jurídicas. Inversamente, el comportamiento *e* será, jurídicamente, menos novedoso mientras más se acerque al momento *o*, es decir, mientras menos se aleje del comportamiento normativo habitual.

Entre un comportamiento jurídico *conservador que repite el orden establecido* y un comportamiento jurídico *revolucionario* que se aleja considerablemente del momento *o*, es decir, del comportamiento jurídico habitual, existe únicamente una diferencia de grado. Por tanto, todos los actos jurídicos —regulares o irregulares— son siempre, jurídicamente, más o menos innovadores.

Con base en esta mayor o menor novedad del comportamiento *e* (o de cualquier acto jurídico —regular o irregular—) es posible hablar de transformaciones o variaciones de los conjuntos o sistemas jurídicos. En efecto, hemos visto que todo acto jurídico —regular o irregular— dirige a los destinatarios (aquellos que están en posibilidad de aplicarlo) una propuesta de cierta normatividad. Esta propuesta será siempre de una mayor o menor novedad, en virtud del carácter innovador del comportamiento jurídico.

Es fácil observar que todo comportamiento jurídicamente novedoso plantea a los destinatarios del sistema una disyuntiva del tipo siguiente:

$$o \downarrow e$$

larmente (véase: *infra*, p. ). A este respecto, es conveniente señalar que los actos que *irregularmente* pretenden substituir o modificar el sistema pueden ser actos perfectamente regulares del sistema (por ejemplo, delitos; véase: *infra*, nota 21).

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—). Ahora bien, en la medida en que esta disyuntiva se plantea, podemos decir que el comportamiento novedoso constituye una propuesta más o menos implícita de una nueva normatividad. La propuesta contenida en el acto jurídico novedoso —regular o irregular— pretende modificar, parcial o totalmente, el sistema jurídico. Alejándose, consciente o inconscientemente, del momento *o*, el evento jurídico novedoso busca ser seguido o imitado,<sup>17</sup> a efecto de instalar una normatividad diferente.

Es importante señalar 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, mayor o menormente, del momento *o* para proponer una nueva normatividad.<sup>18</sup>

No obstante el lugar que ocupe o pretenda 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.

### 8. La solución de la disyunción o la aceptación de cierta normatividad

La disyunción que plantea el acto jurídico novedoso tiene que resolverse. Esta solución le corresponde a aquellos a quienes van dirigidos los actos que son términos de la mencionada disyunción, es decir, a los

<sup>17</sup> Imitado, en el caso de que un juez quisiera que su sentencia fuera el patrón de otras sentencias futuras.

<sup>18</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 en un razonamiento expresado por escrito —sentencia—.

Por otro lado, existe la posibilidad de que el comportamiento jurídicamente novedoso se vea acompañado de cantidad de elementos tendientes a informar o convencer a los miembros de la comunidad normativa de las pretendidas ventajas de la nueva normatividad propuesta (control de los medios de información, la propaganda; prejuicios, iglesia, etcétera; tormentos, pánico, *sofronisteron*. Corresponde a la ciencia política el análisis de este problema). Por tanto, la propuesta que supone un comportamiento jurídicamente novedoso será más o menos explícito mientras mayor o menor cantidad de elementos de información o convencimiento acompañen al comportamiento jurídicamente novedoso.

destinatarios.<sup>19</sup> ¿Cómo se manifiesta la opción de los destinatarios? Simplemente continuando o siguiendo la propuesta contenida en cualquiera de los eventos jurídicos opuestos, es decir, estableciendo el orden jurídico que cualquiera de los actos propone. Pensemos en una disyunción que se presente en el primer evento condicionante del sistema. Imaginemos que al acto  $Q_1$  del sistema que hemos considerado, se opone el acto irregular  $T_1$ , de tal modo que a los destinatarios de estos actos —los destinatarios del sistema que  $Q_1$  constituye— se les presenta la disyunción siguiente:

$$Q_1 \downarrow T_1$$

Esto es, continuar y completar el evento  $Q_1$  —en el caso, mantenerlo— rechazando la nueva normatividad propuesta por  $T_1$ , o bien, continuar y completar el evento  $T_1$ , substituyendo el sistema del cual  $Q_1$  era el primer evento condicionante.<sup>20</sup>

¿Qué ocurre con la propuesta rechazada? Esta pierde o no adquiere —según el caso— el carácter de primer acto condicionante del sistema —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 el acto constituyente de un determinado sistema jurídico. Ahora bien, si el evento  $T_1$  no es continuado o seguido —al menos por un porcentaje importante de destinatarios—, entonces, no se crea o establece el sistema propuesto por  $T_1$  y, por tanto,  $T_1$  *no adquiere* el carácter de 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 primera de ningún orden jurídico positivo).<sup>21</sup> Si, por el contrario,  $T_1$  es seguido o continuado de forma que se produzcan los eventos que inmediata o mediatamente lo completan, entonces, el evento  $Q_1$  deja de funcionar como acto constituyente de un sistema de normas. Al dejar de producirse eventos que se conforman a las características dispuestas por  $Q_1$ , deja de haber eventos que pudieran ser reconocidos como entidades del sistema que  $Q_1$  propone. Por tanto, el evento  $Q_1$  deja de funcionar como la constitución de un orden jurídico histórico.

<sup>19</sup> Esta teoría podría encuadrarse perfectamente entre aquellas a las que el profesor Raz distingue como teorías que dan gran énfasis a los órganos aplicadores del derecho en la determinación de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos (cfr. *Raz, The Identity of Legal System*, cit., p. 804; *idem, La identidad de los sistemas jurídicos*, cit., p. 150).

<sup>20</sup> 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 independentista, etcétera.

<sup>21</sup> El evento  $T_1$ , que pretendía irregularmente substituir la constitución del sistema, queda, por supuesto, incluido en el sistema; no como  $T_1$ , sino como un acto regular del sistema, reconocido como delito. No sería pues  $T_1$  (primer acto condicionante de un sistema jurídico) sino un evento más del sistema que  $Q_1$  constituye.

De lo anterior se infiere que si los destinatarios continúan la propuesta contenida en un evento jurídico y no en otro, entonces, puede decirse que los destinatarios, en cierto modo, *prefieren 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>22</sup> Si, por ejemplo, los destinatarios continúan y completan la normatividad propuesta por el evento  $T^1$ , entonces, los destinatarios *aceptan o quieren*, en cierta forma, sólo *esa* normatividad, es decir, establecen el específico orden jurídico propuesto por  $T_1$ , 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 una cierta normatividad, *convienen* en establecer

<sup>22</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, debemos decir que este *querer o aceptación* no se refiere al querer causal de la psicología. Este *querer o aceptación*, no es más que el resultado del *querer* del condicionamiento sucesivo de los eventos jurídicos, en virtud del cual, se *quieren* jurídicamente los actos condicionantes si se realizan los actos de aplicación que aquéllos condicionan. Querer jurídicamente no es contenido de un acto de voluntad psicológicamente considerado. El querer jurídico es un querer condicional que se produce en la relación jurídica y, por tanto, no tiene nada que ver con el querer causal de la psicología, compuesto de instintos, apetitos y deseos, objeto propio de la ciencia natural. Voluntad psicológica y voluntad jurídica son cosas radical y diametralmente diferentes. "La voluntad jurídica —afirma Kelsen— no designa, como por error se sostiene frecuentemente, un hecho psíquico real que constituya un objeto del conocimiento de la ciencia causal, sino un instrumento del conocimiento jurídico normativo ..., su diferencia decisiva con el concepto psicológico de la voluntad se convierte en un medio eficaz que asegura la pureza de la teoría jurídica contra las invasiones psicossociológicas" (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* ..., cit., p. IX). Así, para *querer* cierta normatividad —la totalidad de actos jurídicos de la comunidad— es necesario realizar el acto o actos que continúan la normatividad propuesta en los actos condicionantes. Por tanto, *quiere* la totalidad de actos jurídicos de una comunidad, aquel individuo cuya conducta a ella pertenece. Podemos, pues, considerar que cuando se pertenece a una comunidad se *quiere* o se *acepta* una determinada normatividad. Esto es, la pertenencia a una comunidad implica la adhesión, del sujeto miembro, a un cierto sistema jurídico.

Tenemos que insistir en el hecho de que este *querer o aceptación* no es contenido de un acto de voluntad psicológicamente considerado, por tanto, la *aceptación o adhesión* de cierta normatividad, como efecto de una *voluntad* jurídica, no tiene nada que ver con el querer psicológico del individuo. El *querer* jurídico puede coincidir con el querer psicológico, pero también puede estar en franca contradicción con él. El *querer* jurídico o *voluntad* jurídica es tan diferente del querer psicológico que, por un lado, se puede deber sin querer lo debido, es decir, sin desearlo psíquicamente, y se puede, por otro lado, querer sin que lo querido sea normativamente debido, "*Ich kann sollen, ohne das Gesollte zu wollen, d.h. zu meinen zwecke zu machen, und ich kann wollen ohne zu sollen* (*ibidem*, p. 65). Puede suceder que alguien *quiera* jurídicamente un cierto sistema de normas jurídicas realizando los actos de aplicación y desear psicológicamente este sistema normativo. Algún otro, puede, a consecuencia de haber realizado actos de aplicación, *querer* jurídicamente el mismo sistema de normas, sin que este sistema normativo haya sido jamás objeto de su preocupación. De la misma forma, puede ocurrir que alguien, realizando algunos actos condicionados, *quiera* jurídicamente esta normatividad y, sin embargo, psicológicamente no desearla e, incluso, odiarla.

En consecuencia, la pertenencia a una comunidad puede constituir para los individuos, psicológicamente considerados, motivo de orgullo, de satisfacción, de indiferencia, de resignación o de indignación; pero desde el punto de vista normativo, la pertenencia a una cierta comunidad, es decir, la realización de actos que continúan o suceden las propuestas contenidas en los actos condicionantes, es el acto o actos mediante los cuales se *adhiera* o se *acepta* el orden jurídico.

un cierto orden jurídico. Es esto lo que, a nuestro juicio, debe entenderse como el carácter convencional de la normatividad.<sup>23</sup>

Con respecto a lo anterior, debemos aclarar que para que la disyunción ' $o \downarrow e$ ' se produzca no es necesario que el acto novedoso tenga la pretensión de convertirse en el primer acto condicionante del sistema. El acto novedoso puede producirse en cualquier momento del condicionamiento sucesivo de los eventos jurídicos con la pretensión de modificar, en menor o mayor proporción, los criterios de identidad del sistema y, por consecuencia, con la intención de substituir, parcial o totalmente, el sistema previsto. Pensemos, por ejemplo, que  $Q_1$  (el primer acto condicionante de un sistema) establece —o mejor—, propone que para ciertas materias —las materias  $m$ — es necesario que sean legislativos los actos que lo completen. Supongamos que  $Q_2$  es la legislación que regularmente aplica (y continúa) el evento  $Q_1$  en lo que respecta a las materias  $m$ . Imaginemos, ahora, un acto irregular  $Q_j$  que, no obstante no tener el carácter de legislación (es un supuesto reglamento autónomo y, por ello, anulable), pretende aplicar inmediatamente la constitución  $Q_1$  en el caso de las materias  $m$ . Como puede observarse, a los destinatarios de  $Q_2$ , en particular, y a todos los que hacen posible el sistema, en general, se les plantea una disyunción del orden siguiente:

$$Q_2 \downarrow Q_j$$

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

Ahora bien, la solución de la disyunción ' $Q_2 \downarrow Q_j$ ' corresponde a aquéllos a quienes van 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  $Q_j$  o mediante cualquier otro procedimiento), entonces,  $Q_j$  no substituye la normatividad existente (no habiendo sido para el sistema previsto más que un simple acto anulable). Si, por el contrario,  $Q_j$  es seguido o continuado (por no haberse seguido los sistemas de control de la regularidad o no obstante éstos), entonces,  $Q_j$  substituye la normatividad existente, modificando, irregularmente, los criterios de identidad del sistema, tanto para los eventos jurídicos que lo aplican como *para los criterios de identidad que le preceden*.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Sobre el carácter convencional de la normatividad, véase: Tamayo y Salmorán, *Algunos problemas generales sobre la creación normativa*, cit., pp. 282-288.

<sup>24</sup> "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, del 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



Esto último puede explicarse de la siguiente manera: si  $Q_j$  deviene una entidad del sistema, éste —el sistema— tiene que poseer un criterio de identidad que nos permita incluir a  $Q_j$  como entidad del sistema. Esto es, si  $Q_j$  se convierte regularmente 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 modificados, *irregularmente* (mediante un procedimiento no previsto), sus criterios de identidad para los actos que lo completan, incluyendo, así a  $Q_j$  en el sistema.<sup>25</sup>

A partir de entonces,  $Q_1$ , en lo que respecta a las materias  $m$ , será regularmente seguido por un reglamento autónomo (en el caso  $Q_j$ ), con lo cual se substituye el sistema anterior (tanto por lo que toca a sus entidades como a sus criterios de identidad).

Al substituirse —regular o irregularmente— las entidades del sistema, el sistema se substituye y con él los criterios de identidad. Todo cambio en las entidades del sistema trae aparejado un cambio de sistema jurídico y, por tanto, de criterios de identidad y pertenencia. Veamos un ejemplo concreto: la constitución mexicana dispone —*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

sea la constitución ' $Q_1$ ' lo que propone ' $m$ ' y ' $Q_2$ ' el acto que regularmente aplica a  $Q_1$ . 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.  $Q_1$  será, pues, el acto condicionante de un sistema (del sistema jurídico por él propuesto) si, y sólo si, es continuado y seguido por los actos que lo completan. Si, por el contrario,  $Q_1$  no es seguido o continuado por los eventos jurídicos que lo completan, 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

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 las direcciones señaladas ahí no son, a pesar de las apariencias, disposiciones exclusivas sino solamente alternativas". (Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., pp. 510-511).

<sup>25</sup> Esto opera con independencia de que este cambio se reconozca o no, especialmente cuando el documento constitucional no se ve alterado. Sobre este particular, tenemos que señalar que cuando nos referimos a 'constitución', pensamos en el primer acto condicionante del sistema, es decir, en el conjunto de actos o disposiciones más generales en la creación de un sistema jurídico positivo (esté consignado en un documento o no). Esta noción, corresponde, en gran medida, a la de 'constitución', en sentido material, de Kelsen (*General Theory of Law and State*, cit., pp. 124-125; *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 147-148).

decir, se realiza  $Q_2$  haciendo posible  $m$ , entonces, el texto transcrito del mencionado artículo funciona, como la constitución del sistema.<sup>26</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, recluyéndolos 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 ' $Q_j$ '. El comportamiento irregular  $Q_j$  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 seguido o continuado la normatividad propuesta por el '*constituyente*'; la autoridad administrativa, en efecto, al hacer potestativo  $m$ , no ha continuado el sistema que el '*constituyente*' propuso, el cual no admite alternativa.

$Q_j$  se opone así a  $Q_2$ , planteando a los destinatarios del sistema la disyunción siguiente:

$$Q_2 \downarrow Q_j$$

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

La resolución de esta disyunción correspondió a aquellos a quienes iba dirigida la propuesta contenida en el acto irregular, en particular, a aquellos que obedecían o ejecutaban las órdenes de detención de la autoridad administrativa (procuradores, secretarios de Estado, elementos del ejército) y, en general, a todos los destinatarios del sistema que, actuando u omitiendo, hicieron posible la substitución de  $Q_2$  (sistema previsto por el '*constituyente*') por el 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 seguida ni continuada, 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

<sup>26</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.

mexicano. Ahora bien, si  $Q_j$  (el comportamiento de la autoridad administrativa) deviene irregularmente entidad del sistema, entonces, éste —el sistema— tiene que poseer un criterio de identidad que nos permita incluir a  $Q_j$  como entidad del sistema. Y así, a partir de que  $Q_j$  ingresa al sistema,  $Q_1$  (la constitución del sistema) ve modificados *irregularmente* sus criterios de identidad para poder incluir a  $Q_j$ . De esta manera, al no verse completado y seguido por los destinatarios del sistema, el artículo 16 deja de funcionar como constitución, ocupando su lugar una disposición (consuetudinaria) y podría ser descrita así:

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

Esta es la disposición que funciona como acto condicionante del sistema en lo que a esto se refiere, la que nos permite reconocer a  $Q_j$  como entidad del sistema, la propuesta que, en suma, los destinatarios han seguido al construir el orden jurídico mexicano.

Esto último es de particular interés, sobre todo para explicar la modificación irregular de la constitución por vía consuetudinaria y clarificar la explicación de la función constitucional. Con ello, no es necesario recurrir a dualismos como *constitución jurídica y constitución social*, *constitución y realidad constitucional*, etcétera, productos de una duplicación inconsistente del objeto de conocimiento.<sup>26bis</sup>

### 9. Los elementos de la creación o innovación normativa <sup>27</sup>

En los anteriores ejemplos advertimos dos elementos que se presentan como constantes en toda innovación o creación jurídica: el comportamiento jurídicamente novedoso y la adhesión o aceptación convencional.

a) *El comportamiento jurídicamente novedoso.* Todo comportamiento jurídicamente novedoso plantea una disyuntiva a los miembros de la comunidad normativa: seguir el comportamiento normativo habitual o adherirse a la nueva normatividad propuesta por el comportamiento jurídicamente innovador. La propuesta contenida en el comportamiento jurídicamente novedoso, regular o irregular, pretende modificar o transformar, parcial o totalmente el *orden establecido*. Alejándose, consciente o inconscientemente, del punto considerado como innovación *cero*, el

<sup>26bis</sup> Véase Tamayo y Salmorán, *La constitución y el derecho consuetudinario*, en el volumen: Los cambios constitucionales, México UNAM (en prensa).

<sup>27</sup> La forma en que se expone este tema, se encuentra sugerida, en cierta medida, por el trabajo de Morones, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

comportamiento jurídicamente novedoso busca ser seguido o aplicado a efecto de instalar una normatividad diferente.

Puede suceder que el comportamiento jurídicamente novedoso sea de tal modo, 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 en un razonamiento expresado por escrito —sentencia—. Además, existe la posibilidad de que el comportamiento jurídicamente novedoso se vea acompañado de cantidad de elementos tendientes a informar o convencer a los miembros de la comunidad normativa de las pretendidas ventajas de la nueva normatividad propuesta<sup>28</sup> —sea comportamiento de *Rex*, sea de los súbditos—.<sup>29</sup> Así, la propuesta que supone un comportamiento jurídicamente novedoso será más o menos explícita mientras mayor o menor cantidad de información o convencimiento acompañen al comportamiento jurídicamente novedoso.

No obstante el lugar que ocupa en el procedimiento mencionado, e independientemente del mayor o menor número de elementos que puedan llegar a acompañarlo, el comportamiento jurídicamente novedoso constituye, siempre, una propuesta de una nueva normatividad que busca ser seguida o imitada. Esta propuesta puede ser regular o irregular, explícita o implícita, brusca o imperceptible, centralizada o descentralizada, violenta o pacífica, etcétera; pero siempre constituye un comportamiento jurídicamente novedoso que, en cierto modo, niega o contradice, parcial o totalmente, la normatividad existente.

b) *La adhesión o aceptación convencional.* Toda creación o innovación jurídica se inicia siempre y necesariamente con un comportamiento novedoso que constituye la *propuesta* de una cierta 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 aquél que la propone adquiera el carácter de acto jurídicamente creador. Dicho carácter —hemos visto— se adquiere por *convención*.

Dicha convención —hemos dicho— no es una comunión de voluntades psicológicas sino una hipótesis que nos permite explicar la creación jurídica. 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. Si los miembros

<sup>28</sup> Los instrumentos de convencimiento pueden ser (directos) como la difusión a través de medios de información o cualquier otro tipo de propaganda. Puede, también, producirse indirectamente, aprovechando la ignorancia o los prejuicios de la población —por ejemplo, las alianzas con la iglesia—. Pueden ser violentos —pánico, tormento, o el uso del *sofronisteron*—. Véase *supra* nota 18.

<sup>29</sup> Piénsese en un procedimiento legislativo o en los *planes* de insurrección.

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 comunidad normativa o su transformación, sino que es indispensable que los actos de aquellos 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 convención *ficta*, entonces, es imprescindible para la creación o innovación jurídica que se produzcan los actos que esta convención implica —los actos que continúan o hacen posible el sistema jurídico propuesto—. Tomando en cuenta que todos los actos que aceptan o se adhieren a una proposición participan en el proceso de creación jurídica, entonces, podemos decir que todos estos actos tienen una dimensión jurídica creadora.

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.